

A TRANSMUTAÇÃO DA SIGNIFICÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA (INCLUINDO-SE A ABRANGENTE CONCEITUAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS), NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Telma Aparecida Rostelato¹

Artigo submetido em: 27/03/2014

Aprovado para publicação em: 23/12/2014

Resumo: Este artigo tenciona expor a atual concepção do direito de acesso à justiça no Brasil, adentrando na órbita da inarredável indicação das diversas nomenclaturas empregadas para nominar este direito, tudo isso com o intuito de lançar reflexões que se deságuam na necessidade de ampliar a conceituação, almejada pela própria Constituição Federal. Considerada a pertinência, realiza uma sumária explicitação dos conceitos: direito, garantia e princípio constitucional. Ainda, justamente com o fito de fundamentar a pretensão, a que se propõe, a autora descortinará a transmutação histórica que versa a respeito daquele direito constitucional sob comento, pesquisando e estabelecendo um cotejo entre as constituições brasileiras, a fim de averiguar quando houve a inserção deste direito e qual foi o âmbito de concessão aos seus jurisdicionados, cuja amplitude encontra guarida em Tratados Internacionais, face a aplicação dos festejados direitos humanos. Conclui que o acesso à justiça é enquadrado como sendo um direito e, que portanto, todos os jurisdicionados devem dele usufruir, de forma ampla e irrestrita, eis que a hodierna concepção deste preceito constitucional deveu-se ao clamor do seu povo, em 1988, quando da decorrada ditatorial, para que o Direito acompanhasse o desenvolvimento da Nação, focando doravante, a justiça em diversificadas conjecturas, em virtude da necessária observância ao princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Jurisdição; Direito Constitucional; Princípio; Garantia.

THE TRANSMUTATION SIGNIFICANCE 'S OF ACCESS TO JUSTICE (INCLUDING A COMPREHENSIVE CONCEPT OF HUMAN RIGHTS), IN THE BRAZIL CONSTITUTIONS

Abstract: This article intends to expose the current conception of the right of access to justice in Brazil, entering the orbit of immovable indication of the various nomenclatures used to name this right, all this in order to launch reflections that flow into the need to broaden the conceptualization, longed by the Constitution itself. Considered the relevance, performs a brief explanation of concepts: law, warranty and constitutional principle. Yet, precisely with a view to substantiate the claim, it proposes the author descortinará transmutation historic versa about that constitutional right under comment, researching and establishing a comparison between the constitutions of Brazil, in order to ascertain if there was the inclusion this right and what was the scope of its jurisdictional grant, whose amplitude is a place in international treaties, given the application of the celebrated

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela ITE – Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC – Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT – Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Procuradora Jurídica Municipal.

human rights. Concludes that access to justice is framed as a right, and that therefore all jurisdictional should enjoy it so broad and unrestricted behold, today's design of this constitutional provision was due to the cry of his people in 1988 when decorrada dictatorial, that the Law accompany the development of the nation, focusing henceforth justice in diverse conjectures, because of the need to respect the principle of legal certainty.

Keywords: Access to Justice; Jurisdiction; Constitutional Law Principle; Warranty.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é propor uma reflexão a respeito do direito constitucionalmente resguardado, o acesso à justiça, posto ser afirmado peremptoriamente como “garantia salvaguardada a todas as pessoas”.

Para tanto, tenciona estabelecer um cotejo, quanto ao tema, com a evolução das constituições brasileiras, salientando as inovações engendradas com a Constituição Federal de 1988, além de verificar o cabimento da utilização dos Tratados Internacionais para atingimento desta finalidade.

Proceder-se-á a análise da natureza jurídica do direito de ação: o baluarte do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

E ainda, em virtude da correlação ao tema, intenta demonstrar de forma minuciosa as inovações trazidas pela Constituição de 1988, a respeito do acesso à justiça, para o que, indicará a forma acautelatória introduzida como medida preventiva do direito de ação, a qual veio parear aquela medida repressiva já contemplada desde a Constituição de 1824 e ressaltará que esta concepção recebeu nuances diversificadas, para atingimento da segurança jurídica.

2. O ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS

A observância dos diversos princípios e garantias constitucionalmente consagrados atinge os fins propugnados pelo Estado Democrático de Direito, cujos anseios colimados sintetiza-se na preservação da segurança jurídica, pelo que podemos afirmar que o marco inicial desta, recai sobre a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A aludida garantia conclama a todos, o resguardo do direito de acesso à prestação jurisdicional; assim sendo, é de se ver que atualmente vem ocorrendo imposições das mais variadas, que se traduzem em verdadeiras restrições para o exercício deste direito, posto que, se o alicerce do Estado Democrático de Direito encontrar-se estremecido, todo o sistema jurídico sofre as consequências, repercutindo finalmente, na ausência de segurança jurídica, princípio que nos é tão caro hodiernamente.

Isto porque, já o artigo inaugural de nossa Constituição Federal conduz à dedução de que a vontade popular deve ser preservada, de modo que a lei será aplicada, na extensão e alcance daquilo que contém em seu texto, em conformidade com as transformações sociais, políticas, culturais, atendidas a valoração que lhe atribuiu a própria sociedade.

Por outro lado, compete ao Estado a disponibilização de meios hábeis e assecuratórios, a todos os jurisdicionados, ao gozo das virtudes depositadas em cada um destes direitos e destas garantias fundamen-

tais, fincadas na Constituição Federal, possibilitando, com isso, o alcance da maior destas virtudes, que é a Justiça.

2.1 OUTRAS NOMENCLATURAS EMPREGADAS

Na realidade, o acesso à justiça, é nominado também, como sendo o princípio constitucional do acesso à jurisdição, que por sua vez, pode ainda ser-lhe feita remissão, como sendo, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, alcançado através do direito à ação.

Para Mauro Capeletti e Bryant Garth (1988, p. 08), que realizaram estudos sistemáticos e pesquisas sobre o tema do acesso à justiça, a definição da referida expressão pode ser sintetizada da forma adiante transcrita:

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 deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...].

Releva notar que os insignes autores atribuíram o vocábulo – justiça, ao se referir à jurisdição e que pode ser sintetizada no sentido de que a prestação jurisdicional busca a justiça, mas não é o único meio de implantação desta, perante a sociedade.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional é garantia constitucional e sua efetivação se dá com o direito de ação.

A doutrina através da natureza jurídica da ação vem consagrando como definição a de que a ação é um direito público, subjetivo, autônomo, de buscar a prestação jurisdicional, sendo que quanto ao seu resultado, seria classificado como abstrato.

Diante disso, passamos a explicar o que significam cada um destes vocábulos. O direito, tido como público, é aquele conferido a todos pelo Estado, têm-se que a lei processual é de ordem pública, diferindo-se do direito privado que se destina a atender as pretensões dos particulares, em isolado.

Coletado da obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 133-135), temos que o privado, na tradição romanística era o *privus*, cujo sentido era o de que o homem se submetia às necessidades de sua natureza, de modo a viver a família na casa onde eram desenvolvidas as atribuições do labor, que se destinavam a atender às suas necessidades, tal como o alimento. O *pater familias* era o senhor que comandava a família, todos se submetiam a atuar continuamente para atender às suas necessidades, não tinham liberdade, justamente para que pudessem garantir a sua sobrevivência.

Já, segundo o autor citado, os cidadãos, os *cives*, exerciam a atividade nas *polis*, cidades, local onde se encontravam em grau de igualdade e a atividade própria era a ação, que também era um ato contínuo. Nesta, a ação dignificava o homem, tanto que lhe conferia liberdade e a dominação da palavra imperava, de modo que a vida pública, era voltada para o objetivo de bem governar e esta vida política constituía a esfera pública.

Importa destacar que tanto a atividade no âmbito familiar (privado) quanto o político (público) guardam em si um aspecto social e este é o ponto de partida para averiguação do que passa a ser efetiva-

mente privado e público; o intermediário é o Estado, através deste verifica-se qual a repercussão da atividade das famílias e qual a repercussão causada pela atividade política, visto que o Estado ostenta Poder, soberania, porque pressupõem a manifestação social, propugnando pela aplicação da justiça. A referida soberania subordina-se à legalidade.

Assim, tomando-se por base, o destinatário das normas, podemos dizer que se trata de direito público aquele que tem como destinatário o Estado e, direito privado, aquele que tem como destinatários os particulares. Entretanto, há normas que se destinam aos entes de direito público, mas o ato jurídico é de natureza particular.

Muito embora perceba-se que as diversas teorias trazidas para definir o que seria direito público e direito privado apresentem imperfeições, como assevera André Franco Montoro (1994, p. 403-405) podemos concluir que o direito público, advém da manifestação da vontade da sociedade, que a transmite ao Estado e este em nome daquela atua para atender os seus interesses, limitando-se às determinações da lei, posto que prevalecem sobre os interesses privados; regula, portanto, as relações ou situações jurídicas em que o Estado é parte.

O direito privado advém da manifestação da vontade manifestada pelos particulares, os quais se encontram em pé de igualdade na relação jurídica, ou seja, não visa atender os interesses sociais, como um todo, mas os interesses individuais.

O Direito Constitucional disciplina normas que detêm, em geral, natureza jurídica de normas públicas, manifestadas com tanta relevância que interessa ao Estado a sua solução efetiva, tais como as dirigidas a proteger os direitos fundamentais da pessoa, as de proteção à família, etc. Neste diapasão, o direito à ação (englobando as cíveis, trabalhistas, penais, tributárias, ou seja, as ações como um todo), deve ser igualmente considerado.

Como assevera Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 143) que: “[...] não é a natureza das coisas, mas a natureza jurídica das normas (seu caráter cogente e soberano) que as qualifica como públicas”.

E, ainda: José Marcelo Menezes Vigliar (2001, p. 19) engendra a afirmativa no sentido de que a ação é pública porque o demandante busca a tutela jurisdicional do Estado, exigindo deste a atuação. Assim, por haver a intervenção estatal não há que se falar em direito privado como definição do direito de ação.

O direito subjetivo é aquele que pertence a cada indivíduo, cabe à cada detentor do direito, querer invocar a prestação jurisdicional ou não, diferindo-se do direito objetivo que é o direito positivo em si mesmo, regulando as relações humanas e a forma de exercício de direitos.

Todo titular do direito tem a faculdade de buscar do Estado a tutela jurisdicional, o qual tem o dever de julgar, por esta razão o direito à ação é subjetivo. O direito objetivo confere ao titular do direito, a garantia de liberdade e se esta for violada, garante igualmente, instrumento jurídico para buscar a reparação da lesão efetiva ou iminente.

A ação existe independentemente do direito material, por esta razão não é sempre que se intenta uma ação que se sai vitorioso, por isso denominado o direito autônomo: o direito de ação existe independentemente do direito material.

E, trata-se de direito abstrato porque o direito à ação existe ainda que a mesma venha a ser julgada improcedente. Seria direito concreto, se aquela ação que ajuizada resultasse procedente para a parte litigante, mas este é um fator de risco, não se sabe a forma como vai ser resolvido o conflito de interesses, o que se

sabe é que se tem direito em buscar a tutela jurisdicional, ainda que não se tenha razão, é abstrato, portanto.

Julgado do STF (2004, p. 1574), afirma este posicionamento, cuja ementa transcrevemos, *in verbis*:

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Agravo de instrumento em recurso de revista. Admissibilidade de recurso trabalhista. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim, não é porque a ação é julgada improcedente que não há prestação jurisdicional.

A Constituição Federal assegura o direito de ação a todos as pessoas e se encontra estabelecida em seu art. 5º, inciso XXXV, a qual após minuciosa análise tecida alhures, pode ser definida como sendo direito público, subjetivo, abstrato e autônomo.

Para se obter a efetivação do acesso à jurisdição, o Estado põe à disposição das pessoas instrumentos hábeis para o exercício do direito de ação, porque tem interesse em resolver os conflitos de interesses surgidos na sociedade, é de sua incumbência democratizar a efetivação da prestação jurisdicional. É direito público.

Acrescente-se: o Estado é inerte, precisa ser invocada a prestação jurisdicional para que atue e esta é garantia posta à disposição das pessoas, de forma ampla e irrestrita, dependendo da vontade de cada titular do direito optar pela busca da tutela jurisdicional ou não. Se não buscá-la o Estado permanecerá inerte. É subjetivo.

Não obstante, seguindo o precioso comentário de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 151), pode ocorrer de o titular do direito não coincidir com o titular de fazer valer o direito, tratando-se de situações atípicas, atinentes ao direito subjetivo, como ocorre com as fundações: o sujeito que detém a faculdade de buscar a tutela jurisdicional não se confunde com o titular do direito.

Atrevemo-nos a inserir, ainda, nestas situações, os casos de direitos transindividuais, que não têm um único destinatário, onde não há um sujeito de direito específico e determinado, mas a sociedade como um todo, incluindo-se o condomínio de apartamentos, o espólio e a massa falida (cuja legitimidade é resguardada pelo art. 6º do Código de Processo Civil).

Ainda que reste denegado o pedido instaurado, mas o direito à ação existe, é garantia. É direito autônomo, independe da existência do direito material.

Ao revés, a garantia do direito à ação não se confunde com a garantia da prestação jurisdicional atendendo o pedido formulado; a garantia é de ter direito à invocação da prestação jurisdicional, analisando o caso posto à sua apreciação, e proferindo, após analisadas as provas de um modo geral, através do sujeito dotado de legitimidade para tanto, a sentença que pode ou não ser-lhe favorável, ou seja, a garantia é de resolver o conflito de interesses e não necessariamente acatar o pleito nos estritos termos invocados. É direito abstrato.

Pode assim, lançar uma sumária exposição do que representa hodiernamente, o acesso à justiça, que manifesta-se por meio da jurisdição, e que constitui inolvidavelmente, uma garantia constitucional do direito de ação.

Por oportuno, cumpre explicitar a diferenciação existente entre direito, garantia e princípio, para o que, abrir-se-á um parêntese, já que na primeira oportunidade em que houve este apontamento técnico,

fora realizado, não menos, que por Rui Barbosa. Para o renomado jurista, os direitos seriam disposições declaratórias, e as garantias, disposições assecuratórias. Ou, em outras palavras, o direito é o que se protege, o bem da vida guardado pela Constituição e a garantia é o mecanismo criado pela Constituição para defender o direito.

Os princípios, como demonstrado, constituem a base, o sustentáculo, a origem; portanto ao tecer um paralelo, os princípios constitucionais podem ser conceituados como a origem, a base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado, devendo ser considerados como a viga mestra a ser observada pela sociedade, para que possa desenvolver as relações de que necessita.

Ao recorrer à doutrina, constata-se que em geral inexistente conceito isolado de princípios constitucionais, o que se encontra são as diferenças existentes entre as regras e os princípios, o que conduz à própria conceituação.

Princípio Constitucional, segundo Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 46) é definido da seguinte maneira:

As Constituições não são compostas de normas que exerçam função idêntica dentro do texto maior. É possível vislumbrar-se duas categorias principais: uma denominada princípios e outra, regras. As regras seriam aquelas normas que se aproximam às do direito comum, isto é, têm os elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjetivo. Outras, no entanto, pelo seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, têm o nome de princípios. Embora não possam os princípios gerar direitos subjetivos, eles desempenham uma função transcendental dentro da Constituição [...]. Os princípios são, pois, as vigas mestras do texto constitucional e que vão ganhando concretização, não só em outras regras da Constituição – como seria o caso do princípio federativo –, mas também através de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com esses princípios e ir-lhes dando gradativamente uma compreensão cada vez maior.

Para a temática aqui proposta encontra-se englobada mais precisamente no conceito de direito, o acesso à justiça.

Pois bem, o acesso à justiça, direito que é, encontra-se assegurado a todos, de forma ampla, indistinta e indiscriminada; entretanto, a história mostra-nos que nem sempre o cenário fora este, e é o que se propõe minudenciar, na sequência.

3. A SIGNIFICÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA, NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Procedendo a análise das Constituições do Brasil, percebe-se que de forma retraída foi se inserindo no País a salvaguarda do princípio de acesso à jurisdição.

Adiante indicam-se as ocorrências havidas em cada uma das constituições brasileiras, relacionadas às questões sociais, segundo um contexto histórico, que direta ou indiretamente vieram influenciar no aprimoramento do princípio citado.

3.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824, denominada “Constituição Política do Império do Brasil” (de 25 de março de 1824).

Nesta, segundo Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 103), houve uma marcante tendência voltada ao social e pode ser-lhe atribuída a responsabilidade pelo marco inicial do Estado Democrático, porque nela foram dados os primeiros passos para chegar à democracia.

No Capítulo V da Constituição de 1824 encontra-se a disposição inerente aos Conselhos Geraes de Província, e suas atribuições, nos arts. 71 e 72, adiante transcritos:

CAPITULO V.

Dos Conselhos Geraes de Provincia, e suas attribuições.

Art. 71. A Constituição reconhece, e garante o direito de intervir todo o Cidadão nos negocios da sua Provincia, e que são immediatamente relativos a seus interesses peculiares.

Art. 72. Este direito será exercitado pelas Camara dos Districtos, e pelos Conselhos, que com o titulo de – Conselho Geral da Provincia-se devem estabelecer em cada Provincia, aonde não, estiver collocada a Capital do Imperio.

No art. 71 demonstra-se a garantia de buscar, junto ao Estado (neste caso a denominada Província), a intervenção em seus negócios, o que pode ser compreendido como uma singela garantia de acesso à tutela jurisdicional.

No art. 72 a Constituição de 1824 relacionou os órgãos legitimados para a efetivação da prestação da tutela jurisdicional, cujos moldes de atuação eram os da época, não se equiparando ao sistema atual.

Na sequência, integrando o Título 6º da Constituição de 1824, intitulado como “Do Poder Judicial”, constitui o Capítulo Único: “Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça”, esmiuçado do art. 151 a 164, sendo que neste íterim, o art. 157 estabelece matéria que se refere à garantia constitucional ora trazida à baila, expressando que:

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Analisando o artigo citado depreende-se que, nas hipóteses de prática de crime por funcionário público ou contra este, a Constituição de 1824 alarga a possibilidade de queixa, a fim de impetrar ação popular, tanto para o queixoso, quanto para qualquer pessoa do povo; esta é demonstração clara de amparo à sociedade de prestação jurisdicional, assegurando-a que o Estado (província) atuaria quando implementadas estas circunstâncias.

No Título 8º, que trata “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos”, tendo como título: “dos Cidadãos Brasileiros”, há uma assertiva quanto à preocupação em se analisar se a Constituição está sendo cumprida, *in verbis*:

Art. 173. A Assembléa Geral no principio das suas Sessões examinará, se a Constituição Politica do Estado tem sido exactamente observada, para prover, como fôr justo.

Com isso, fazendo referência ao “justo” cumprimento das disposições constitucionais, em seu art. 173, pode-se remeter à interpretação do resguardo ao que a Constituição relevantemente atribui como prática de justiça.

Ainda, na Constituição de 1824 no art. 179, inciso XXX é assegurado aos cidadãos expor ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo as infrações contra a Constituição e assim encontra-se estabelecido:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio,

pela maneira seguinte.

[...] XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

Garante-se aos cidadãos a busca pela prestação jurisdicional, com a disposição do art. 179, inciso XXX, não obstante restrinja a apreciação aos Poderes Legislativo e Executivo, ainda não aparecendo o Judiciário como órgão incumbido da prestação jurisdicional, outorgada pelo Estado.

E, mais: no inciso XXXII do referido artigo há a garantia da instrução primária, de forma gratuita: “[...] XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos [...]”.

Destarte, consagrar a gratuidade para a instrução primária reflete alargamento das vias de acesso à jurisdição, ainda que esta seja apreciada por órgão que não seja o Judiciário, vez que o povo entende por justiça aquela solução de conflito de interesses, não se importando com o escopo jurídico.

3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891, denominada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” (de 24 de fevereiro de 1891).

Nesta Constituição foi implantada a Federação e a República, de forma definitiva, bem como a Declaração de Direitos, conforme ensina Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 108).

Integrando o Título “Declaração de Direitos”, no § 9º, do art. 72 da Constituição de 1891 assegura-se a qualquer pessoa, o direito de representar aos Poderes Públicos denúncia de abuso de autoridades, estando disciplinado da seguinte forma:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 9º – É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

Aqui entende-se encontrar presente o resguardo de acesso à jurisdição, não obstante seja feita referência ao abuso das autoridades que exercem funções na Administração Pública e que porventura agirem com excesso ou abuso de poder.

Na sequência, no mesmo artigo, o § 16 dispõe:

Art. 72. [...].

[...] § 16 – Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas [...].

O princípio do contraditório e da ampla defesa são assegurados aos acusados, demonstrando-se claramente resguardo ao acesso à jurisdição, neste aspecto.

O art. 78 da Constituição de 1891 estabelece:

Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

A disposição constante neste artigo expressa os fins propugnados pelo Estado de Direito.

O art. 81 e respectivos parágrafos desta Constituição asseguram igualmente o acesso à jurisdição no que pertine às matérias de crime, sob o enfoque do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Art. 81. Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º – A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.

§ 2º – Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.

§ 3º – As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

O direito de utilização de todos os meios de defesa possíveis são amplamente assegurados, o que reveste novamente a garantia do acesso à jurisdição.

3.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934, denominada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” (de 16 de julho de 1934).

Ensina Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 112) que nesta Constituição o conceito de justiça veio substituir o de conveniência do partido político e deixou de ser aplicada a democracia liberal para instituir a democracia social, com a finalidade de atender a massa urbana proletária, pelo que a Constituição de 1934 veio a fixar relevâncias sociais, atendendo, deste modo as necessidades político-sociais.

E, ainda, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1993, p. 27) ao se referir à Constituição de 1934, ressalva que: “Sob vários aspectos, é a mais inovadora e criativa das constituições brasileiras”.

Já no Título I da Constituição, que trata “Da organização Federal” engendra a inovação democrática em seu art. 2º, que preceitua: “Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos”.

Destarte, surge a democracia, expressamente relacionada na Constituição de 1934.

Dentre as competências da União atribuiu-se-lhe a competência privativa de legislar sobre a prestação da assistência judiciária, conforme consta no art. 5º, inciso XIX, alínea “c”.

Art. 5º. Compete privativamente à União:

[...] XIX. Legislar sobre:

- a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;
- b) divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos Juízos e Tribunais respectivos;
- c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo.

Consolidando mais uma das formas de ampliação do acesso à jurisdição, surge a expressão assistência judiciária.

E, ainda: na alínea “l” do mesmo artigo consta: “l) organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos Estados e condições gerais da sua utilização em caso de mobilização ou de guerra [...]”.

Aparece a menção à justiça: a qual deve competir privativamente à União, no caso de atuação das forças policiais, de forma a assegurar a ordem interna.

No art. 10, em seus incisos II e V citam que:

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...] II. Cuidar da saúde e assistência públicas;

[...] V. Fiscalizar a aplicação das leis sociais.

Os incisos II e V do art. 10 associam a responsabilidade da União e dos Estados para dar condições de correto atendimento às necessidades sociais, destacando a fiscalização da aplicação das leis, ou seja, a fiscalização da obediência ao que o Estado estabeleceu.

No Capítulo II, que trata “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, no art. 113, 10) consta a permissão, que seria mais que uma autorização, para que qualquer pessoa venha denunciar abusos das autoridades.

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

A Constituição de 1934 repetiu a disposição antes feita pela Constituição de 1891, no que pertine à representação aos Poderes Públicos, acerca de abusos de autoridades.

Na sequência, no item 24 do mesmo artigo: “24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta [...]”.

Repetida igualmente a disposição antes feita na Constituição de 1891, referente à ampla defesa resguardada aos acusados. Traduzindo-se na garantia do acesso à jurisdição, neste aspecto.

E, no item 32 do referido artigo: “32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos [...]”.

Consagra-se para os necessitados, a garantia de acesso à jurisdição no art. 113, item 32 da CF de 1934, por estabelecer a assistência judiciária com isenção do pagamento de emolumentos, custas, taxas e selos.

E, ainda, no mesmo art. 113, consta no item 38, que: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios [...]”.

Assegura a qualquer cidadão o pleito para a declaração de anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Aqui, pode estar fazendo referência à atos administrativos, que se darão pela própria Administração, a anulação, o que reflete a garantia do acesso à justiça igualmente, porque é certo que a justiça não é incumbência exclusiva do Judiciário a sua feitura e zelo.

Estabelece o art. 170, 8º da Constituição de 1934:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...] 8º. Todo funcionário público terá direito a recurso contra decisão disciplinar, e, nos casos deter-

minados, à revisão de processo em que se lhe imponha penalidade, salvo as exceções da lei militar.

Assim, fica facultado aos funcionários públicos o direito à recurso contra decisão disciplinar e revisão de processos em que lhe tenham sido aplicadas penalidades, esta é consagração da ampliação de acesso à jurisdição.

3.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937, denominada “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” (de 10 de novembro de 1937).

Assevera Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 119-120) que esta Constituição foi marcada pelo autoritarismo, demonstrado em vários de seus artigos, como a preponderância da concentração dos poderes no Presidente da República e que a Constituição adotava uma posição intermediária para o Brasil, inserida na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal, sendo que em situações de emergência o Judiciário era posto fora de atuação, por não poderem, os seus membros, conhecer dos atos dos juízes e tribunais, conforme dispõe o art. 170 da Constituição.

Não obstante o seu extenso texto a Constituição de 1937 ficava adstrita à submissão de um plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República, conforme preceituava o seu art. 187. Na realidade este plebiscito nunca veio a se realizar, razão pela qual em termos jurídicos esta Constituição nunca obteve suficiência para vigorar.

Na época desta Constituição preponderou o Estado Novo, no qual a vontade autoritária, despojada de controle jurídico, era o exercido por Getúlio Vargas.

Ainda que em diversos artigos tivesse menção aos princípios voltados à democracia, ao Estado de Direito e aos fundamentos da Declaração dos Direitos dos Indivíduos, não havia efetiva aplicação dos mesmos, o que ocorreu com a inexistência do plebiscito antes mencionado, cuja exigência era constitucionalmente consagrada, mas não foi cumprida.

Tanto eram consolidados diversos basilares inerentes às garantias dos cidadãos que já no artigo inaugural, inserido no Título “Da Organização Nacional” é tratada a democracia, nos seguintes termos:

Art. 1º. O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.

O princípio democrático é uma vez mais salientado e nesta com maior definição que na Constituição anterior.

No Título concernente aos “Direitos e Garantias Individuais”, a Constituição Federal de 1937 traz em seu art. 122, §§ 7º e 11 menções expressas quanto à garantia resguardada aos cidadãos do acesso à jurisdição, as quais seguem abaixo transcritas:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 7º – O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral.

[...] § 11 – À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade com-

petente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

Destarte, os parágrafos 7º e 11 da Constituição de 1937 repetem as disposições salvaguardadas na Constituição anterior, quanto ao direito de petição e o direito à ampla defesa e contraditório, refletindo mecanismos de garantias de acesso à jurisdição no País.

3.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946, denominada “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, (de 18 de setembro de 1946), a qual tinha como objetivo pôr fim ao estado autoritário, razão pela qual buscava-se implementar a atuação de um Estado Democrático.

Podendo ser considerada uma Constituição Republicana Federativa e Democrática, como afirma Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 127).

Republicana porque todo poder é exercido por representantes do povo, em seu nome e por período certo e determinado, entretanto adverte Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 154) que: “Não há que se pensar, no entanto que o povo passou, efetiva e diretamente, a governar, muito embora esta seja a primeira idéia de república, a ‘coisa do povo’”.

Federativa, a forma federativa de Estado e que, segundo o conceito de Janice Helena Ferreri Morbidelli (1999, p. 45) o federalismo como sendo:

[...] a forma de Estado que visa à unidade na diversidade, por meio de decisões políticas que abrangem toda a comunidade. Essas regras têm como objetivo a solução pacífica dos conflitos e adaptadas à democracia contemporânea, envolvem participação e desenvolvimento de valores individuais e regionais [...].

Democrática é a justiça buscada pelos homens de forma igualitária, inexistindo autoritarismo do governo, porque o povo desfruta de soberania. J. H. Meirelles Teixeira (1991, p. 451), após discorrer historicamente sobre o tema democracia, acaba por concluir que:

Não basta que tenhamos um governo do povo, isto é, que seja exercida pelo povo a soberania. Mas que esse governo tenha também certo conteúdo social, seja, enfim, um estado de igualdade, fraternidade, bem comum [...].

Novamente inaugurando o texto da Constituição, na Constituição de 1946 consta a democracia, no Título I, que trata “Da Organização Federal”, dentro do qual, no Capítulo I, “Disposições Preliminares” e no art. 1º é manifestada a forma do regime no País, da seguinte forma:

Art. 1º. Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

A Constituição de 1946 consagra novamente a democracia.

E no Capítulo II, que trata “Dos Direitos e das garantias individuais”, no art. 141, § 4º aparece expressamente, pela primeira vez, o princípio do acesso à justiça, adiante transcrito:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos

termos seguintes:

[...] § 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Releva notar portanto, que na Constituição de 1946 a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de modo amplo e irrestrito, veio a ser estabelecido com texto semelhante ao da Constituição Federal ora vigente, não prevendo a questão da ameaça a lesão de direito, mas tão-somente a efetivação da lesão.

No § 25 do mesmo artigo novamente vem a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, que restam resguardadas nas constituições anteriores.

Art. 141. [...].

[...] § 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

Portanto, o direito de defender-se, como corolário do acesso à jurisdição é mais uma vez consagrado constitucionalmente.

No mesmo art. 141, o § 38 estabelece:

Art. 141. [...].

[...] § 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Deste modo, novamente trazido como direito de arguir a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos praticados por funcionários da União.

3.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967, denominada “Constituição da República Federativa do Brasil”, (de 24 de janeiro de 1967).

Consigna Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 135) que esta Constituição revela uma tentativa de estabelecer princípios de uma Constituição democrática, ampliando direitos individuais, liberdade de iniciativa, mas como a Constituição de 1937, na realidade esta só acobertava a existência de um Estado autoritário, porque reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais.

Na sua vigência houveram diversos movimentos clamando pela convocação de uma Assembléia Constituinte, que se deram através de passeatas, unindo estudantes e em seguida também por representantes do clero e trabalhadores, principalmente dos setores mais desenvolvidos do país, denunciando as fraquezas do governo que lhes impunha autoritarismo.

Constando do Título I, que trata “Da Organização Nacional”, inserido nas “Disposições Preliminares”:

Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º - Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Conforme se verifica, resta mantida na Constituição de 1967 a disposição referente à democracia.

Corroborando a disposição inserta na Constituição de 1946, no Capítulo IV, que trata “Dos Direitos e Garantias Individuais”, no art. 150, em seu § 4º aparece novamente, de modo expresso, a garantia do acesso à jurisdição.

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

E no mesmo artigo, diversos parágrafos vêm estabelecer outras formas de ampliação do acesso à jurisdição, tais como os §§ 15, 30, 31 e 32. O § 15: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

Neste parágrafo denota-se uma vez mais o resguardo feito pela Constituição ao princípio do acesso à jurisdição, através da ampla defesa. “§ 30 – É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade”.

A Constituição de 1967 novamente garante aos cidadãos o direito de representação e de petição, a fim de defender direitos ou contra abusos de autoridades. “[...] § 31 – Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Mais uma vez a Constituição traz o direito de propositura da Ação Popular, nas hipóteses preestabelecidas. “§ 32 – Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei”.

A Assistência Judiciária continua resguardada pela Constituição Federal de 1967.

Denota-se que a Constituição de 1967 centralizou em grande parte, os poderes ao Presidente da República, não obstante houvessem os Poderes Legislativo e Judiciário, mas com poderes amesquinados.

A fim de alterar algumas das disposições da Constituição de 1967, através da Emenda nº 01, outorgada em 17 de outubro de 1969 (antecipada pelo Ato Institucional nº 16, de 14/10/1969) esta veio a ser considerada por alguns como verdadeira Constituição havida em 1969 e não apenas uma Emenda, porque de fato inseriu uma nova Constituição no País, adequando os Atos Institucionais e outros atos que à eles se complementavam.

Entretanto, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 443-444) certificam que: “A preocupação dessa legitimidade era de tal ordem que a Emenda de 1969 não foi considerada autonomamente pelos juristas”.

Ocorre que, para dirimir esta dúvida, vários doutrinadores analisaram a questão e acabaram por concluir que a Constituição era a de 1967, mas com alterações introduzidas pela Emenda de 1969, tanto que veio a ser corroborado por decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição de 1988, promulgada em 18 de setembro daquele ano, a qual veio estabelecer expressamente o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, como sendo direito fundamental e encontra-se disciplinado no art. 5º, em seu inciso XXXV, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Apreciados os dispositivos antes citados, depreende-se que nos primórdios tempos da sofrível história social de nosso País pode-se afirmar peremptoriamente que houveram diversas ocorrências de efetiva lesão aos direitos das pessoas, uma vez sendo certo que era literalmente vedado o acesso ao judiciário para a busca da reparação destas lesões, quer seja para quaisquer dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) tendo sido este panorama mudado consideravelmente com o passar dos tempos, que ora eram facultados à apreciação do Executivo, ora do Executivo e do Legislativo.

Tão-somente na Constituição de 1946 é que foi disciplinado, pela primeira vez, que ao Poder Judiciário caberia a prestação da tutela jurisdicional, assegurando-a às pessoas.

3.7.1 INOVAÇÕES INERENTES À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRAZIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na Constituição de 1988 foi acrescido o vocábulo lesão, à tutela jurisdicional. José Cretella Junior (1997, p. 436-437) ressalta que a lesão é à direito e não à interesse, vez que a lesão à interesse tem guarida somente na via administrativa, enquanto a lesão à direito, embora também tenha guarida administrativa, se vier a ser indeferida pode, ainda, ser buscada judicialmente.

Após efetuada a análise das Constituições, constata-se que nenhuma outra trouxe a garantia do acesso à jurisdição de forma tão ampla e irrestrita, quanto a de 1988, haja vista que além de ter mantido as disposições concernentes ao contraditório e ampla defesa, assistência jurídica gratuita, centralização da apreciação dos conflitos de interesses ao Poder Judiciário, dentre outras;

Trouxe, ainda, a proteção às pessoas que se encontrarem na iminência de ter lesado o seu direito, ou seja, encontrar-se ameaçado. Esta previsão não consta nem mesmo na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, que estabelece em seu art. VIII igualmente o direito à ação, *in verbis*: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Portanto, ainda que a lesão não tenha se consumado, o Estado assume a responsabilidade de atender o pedido das pessoas, através da outorga ao Poder Judiciário da atuação da prestação jurisdicional, sendo esta uma conquista cristalina, alcançada com o advento da Constituição vigente, que veio enunciar a prática cotidiana do exercício pleno da democracia.

Assevera Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 187, vol. 2), que constitui-se exceção o caso de crime de responsabilidade, por não ser do Poder Judiciário a incumbência pelo julgamento. Assim, como afirma o ilustre autor: “O julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade no âmbito do Con-

gresso Nacional é por vezes lembrado como exceção ao monopólio da jurisdição pelo Judiciário”.

Igualmente, pela primeira vez veio a constar expressamente em texto constitucional a garantia dos princípios da ampla defesa e do contraditório, dirigidos ao processo civil e administrativo, conforme estabelecido no art. 5º, inciso LV, *in verbis*: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo que antes era feita referência apenas ao processo penal.

E, mais, no que se refere a inovações, é importante destacar que o ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção a direito individual, enquanto a Constituição de 1988 veio consagrar, em diversos dispositivos, a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Inovou a Constituição de 1988 também sob o aspecto de que não apenas individualmente estabelece esta garantia, mas a estende para as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, tal como exemplo o PROCON ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.), as quais podem igualmente buscar a tutela jurisdicional, cuja apreciação será efetivada pelo Poder Judiciário.

Logo, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição vigente refere-se adireito, de um modo geral, o que subentende-se a ampliação da garantia do acesso à jurisdição, uma vez sendo certo que a Constituição de 1967 referia-se à direito individual, o que excluía as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados para a proteção de direitos e interesses difusos e coletivos.

O direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que se encontrem ameaçados em sofrer a lesão.

A apreciação dos conflitos pelo Poder Judiciário transformou-se em regra, porque deixou de haver exigência de esgotamento de outras instâncias, administrativas ou não, para que se busque o controle jurisdicional. Excetuando-se as hipóteses impostas taxativamente pela Constituição e que curiosamente se restringe a uma única (art. 217), que é das questões esportivas, que devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário, não é admitida na Constituição vigente a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.

José Cretella Junior (2002, p. 47) pondera que no direito brasileiro, onde predomina a regra do direito à ação, as pessoas têm à sua frente uma série de instrumentos para a proteção de seus direitos e assim dispõe:

[...] o particular tem à sua disposição uma série imensa de *remedia juris* para a defesa de direitos ameaçados ou violados pela edição de ato administrativo ilegal, bem como para a integral reparação de prejuízos ocasionados por fatos administrativos ou por coisas administrativas.

Na Constituição anterior o conteúdo desta garantia do acesso à jurisdição era entendido como sendo a estipulação do direito de ação e do juiz natural, entretanto a mera afirmação destes direitos em nada garantia a sua efetiva concretização, era imprescindível ir além, o que foi estabelecido pela Constituição vigente, na qual foi inserida não apenas a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a jurisdição, mas a adjetivação desta prestação estatal, de modo rápido, efetivo e adequado.

A menção atribuída à forma adequada de prestação jurisdicional significa adequação à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução, interligando a evolução porque passa a sociedade.

Talvez seja em virtude desta amplitude de direitos que foram trazidos pela Constituição de 1988 que na ocasião de sua promulgação o Presidente do Congresso Constituinte, o Deputado Federal Ulysses Guimarães, tenha lhe atribuído a adjetivação de “Constituição Cidadã”, como recorda José Marcelo Menezes Vigliar (2001, p. 22).

Por este ângulo de análise as pessoas, para obter aquilo que realmente têm direito de obter, carecem de uma série de medidas estabelecidas na Constituição, portanto há a crucial necessidade de existirem procedimentos adequados às particularidades de cada situação em concreto, devendo haver prévia e expressa previsibilidade, sob pena de estar fadado à contrariedade do princípio da anterioridade e legitimidade.

3.7.1.1 A UTILIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Sobreleva destacar que, além do disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, pode-se enfatizar o constante em seu art. 4º, inciso II, vez que amplia a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, no âmbito dos Direitos Humanos, e utilizando o ensinamento de Flávia Cristina Piovesan (2003, p. 158) tem-se que, por ser a nossa Constituição um sistema aberto de normas, torna-se possível integrar as disposições constitucionais às internacionais, sobretudo no que pertine aos Direitos Humanos, sendo que o art. 5º, § 2º da Lei Maior acaba consolidando o resguardo de direitos e garantias oriundos de Tratados Internacionais, dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Com isso, todas as disposições legais que regulamentarem meios de acesso à jurisdição, ainda que não previstas na Constituição Federal, poderão ser invocadas para a salvaguarda dos Direitos Humanos, quando presentes em Tratados Internacionais, dos quais a República Federativa do Brasil integre.

Deste modo, utilizando a salvaguarda trazida pelos preceitos constitucionais acima mencionados, os quais exaltam os Direitos Humanos, infere-se que pode ser ampliado o gozo do direito da inafastabilidade da tutela jurisdicional, dentre outros princípios e garantias constitucionais, aos brasileiros não residentes no País e que participem de processos neste País.

Portanto, os meios de acesso à jurisdição, proclamados através de Tratados Internacionais, podem ser utilizados por todas as pessoas do País, mormente quando compreender Direitos Humanos, posto que se trata de expressa disposição constitucional, preconizada no art. 4º, inciso II, a prevalência dos Direitos Humanos, no que pertine aos princípios orientadores do Brasil nas relações internacionais.

Esta reunião do Direito Internacional e do Direito Interno almeja efetivar notadamente a proteção dos Direitos Fundamentais, cabendo ao Direito Interno a observância dos Tratados Internacionais e adoção de medidas necessárias para a sua adequada implementação, de modo a salvaguardar os direitos e garantias constitucionais, sobretudo o acesso à jurisdição, vez que como assevera Pietro de Jesús Lora Alarcón (2003, p. 187) seria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana não assegurar a usufruição desta garantia aos estrangeiros não residentes no Brasil, que sejam participantes em processo no nosso País.

Vemos então, que a Constituição de 1988 trouxe novamente os princípios que já haviam sido consagrados na Constituição de 1946, a República, o Estado Federal e Democrático, entretanto diferencia-se no aspecto de o Estado Democrático ter se justaposto ao Estado de Direito, encontrando-se consagrado no Preâmbulo, e a República Federativa encontrar-se estabelecida no art. 1º.

Janice Helena Ferreri Morbidelli (1999, p. 44) em sua obra, comenta os elementos caracterizadores

do Estado Federal e da Democracia, adiante transcrito:

Caracterizam-se os Estados democráticos por serem Estados de direito, ou seja, aqueles nos quais o sistema legal, baseado numa Constituição livremente promulgada e aceita, assegura direitos sociais, políticos e econômicos, nela expressos ou dela decorrentes, e a igualdade de oportunidade para todos, conforme os méritos de cada um. O conceito de democracia – essencialmente político, na origem – evoluiu para abranger, também, a justiça social.

O acesso à jurisdição num Estado Democrático de Direito torna-se possível através da própria atuação popular, que fica jungida ao império constitucional que difunde princípios, os quais predeterminam a conduta social, de modo a possibilitar que os membros da sociedade saibam, antecipadamente, o caminho a ser percorrido para realizar seus interesses.

E se a legislação demonstra a vontade popular, reconhecendo os princípios constitucionais, dadas as particularidades do princípio democrático, certamente a referida vontade popular originária já propugnara pela justiça, razão pela qual não pode o legislador desvirtuar esta vontade, com a inserção no sistema jurídico de normas que se confrontem com o espírito constitucional, ou seja, a real intenção propugnada pelo texto constitucional, como um todo, considerada a sua análise sistemática.

Com isso, aparece o acesso amplo ao judiciário como sendo um dos sustentáculos do Estado de Direito; de nada adiantaria disponibilizar de todas as garantias constitucionais, ainda que inseridas no rol das garantias fundamentais, se não houvesse a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

4. CONCLUSÕES

O Estado, detentor do monopólio do poder-dever da prestação jurisdicional, objetiva exercer sua atividade de forma adequada, traçando os caminhos a serem percorridos para que o deslinde das causas se implemente da melhor maneira possível, tornando efetiva a inserção da justiça na sociedade.

Pois bem, a jurisdição é uma atividade estatal, posta à disposição de todas as pessoas, indistintamente, para a busca da solução do conflito de interesses, de modo a servir como um dos instrumentos para a efetivação da justiça clamada, enquanto o princípio da inafastabilidade do controle da tutela jurisdicional concentra elementos que possibilitam definir a sua natureza jurídica, a qual pode ser sintetizada como sendo um direito público (por ser posto à disposição de todas as pessoas, indistintamente), subjetivo (por depender de cada pessoa querer buscar a tutela jurisdicional), autônomo (por não depender da existência do direito material) e abstrato (porque não se sabe se a sentença será favorável ou não).

Através do histórico das constituições brasileiras demonstra-se que, em 1946 este direito constitucional do acesso à justiça foi introduzido em nosso sistema jurídico, estabelecendo o resguardo ao direito individual, tendo sido mantida na Constituição de 1967 e até que com o advento da Constituição vigente, que nasceu da conjuntura política, pela qual passava o País, adequando-se o Estado de Direito, num regime democrático e num sistema de governo republicano, veio estender ao povo inúmeras regalias, sobretudo no que pertine às garantias que lhes foram asseguradas, algumas pela primeira vez, e outras que mantiveram reafirmando as disposições antes estabelecidas, mas com enfoque ampliativo.

Até mesmo dando uma conotação de direito ilimitado, tal qual o direito de inafastabilidade de controle da tutela jurisdicional, que veio se referir aos direitos, como um todo, além de salvaguardado este direito, ampliou densamente a forma de acesso à jurisdição, dadas as inovações, estendendo o direito de

forma genérica, não mais apenas individualmente.

Assim, a Constituição de 1988 trouxe, desde logo, ínsita em seu texto, a expressão “direito”, isoladamente, o que amplia o rol de beneficiários, por englobar pessoa física, jurídica, entes despersonalizados. Logo, podemos interpretar “estes direitos” extensivamente aos direitos e interesses difusos e coletivos, o que inoconria na Constituição anterior.

Trazido no texto constitucional, acompanhado de inovações, o direito de ação tal como veio estabelecido pelo legislador constitucional, propugna pelo resguardo das garantias insculpidas na Constituição, estabelecendo ao Estado, o dever de conceder ao povo, meio eficaz para a proteção de seus direitos, inclusive para a proteção de ameaça à lesão destes direitos, que se refere a uma das inovações engendradas no sistema através da Constituição de 1988.

Entendendo os Tratados Internacionais através da interpretação do dispositivo constitucional que resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana, sobressaindo os Direitos Humanos, pode-se acatar como sendo mais uma forma de ampliar o acesso à jurisdição, haja vista que estende aos estrangeiros não residentes no País, o direito de participar de processos no Brasil.

Como visto, o Estado tem como atribuição a prestação da tutela jurisdicional, bem como colocar à disposição das pessoas, meios que possibilitem o acesso a esta prestação, de forma ampla, a fim de estabelecer observância aos fins propugnados pelo corolário do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a observância dos diversos princípios e garantias constitucionalmente consagrados atinge os fins propugnados pelo Estado Democrático de Direito, cujos anseios centram-se na preservação da segurança jurídica, a qual não pode afastar a ampla e irrestrita inserção do respeito à dignidade humana do jurisdicionado, fator alcançado e viabilizado pelo disposto no art. 5º., inciso XXXV da Constituição vigente, sendo que, mediante interpretação da abrangente concepção da significância dos Direitos Humanos, aludido direito estende-se aos estrangeiros residentes no País, interpretação esta, viável frente o contido no art. 4º, inciso II daquele *codex*.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro Lora. Processo, Igualdade e Justiça. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 2:165-198. São Paulo: Método, 2003.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues; PUOLI, José Carlos Baptista. O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e a Taxa Judiciária. *In: Revista Literária de Direito*, ano X, nº 51:23-26. São Paulo: Literária de Direito Ltda, 2003.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Vademecum Universitário de Direito*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Coleção Os Pensado-

res. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: Promulgada em 05 de Outubro de 1988. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 vol.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. 1 vol.

CALAMANDREI, Piero *et al.* **A crise da Justiça**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 1 vol.

_____. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal Interpretada pelo STF**. 5ª ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Constituição de 1934. *In*: D'AVILLA, Luiz Felipe (org.). **Constituições Brasileiras**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de Segurança**. 4ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Nagib Slaibi. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva,

1997. 2 vol.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 1999.

HESS, Heliana. **Acesso à Justiça por Reformas Judiciais**. Campinas: Millennium, 2004.

HOSAKA, Sandra Mayumi. Assistência Judiciária e a Prática da Justiça. *In: Revista do Advogado*. **Cinqüentenário da Lei de Assistência Judiciária**, nº 59:47-54. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], jun. 2000.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Forense, 1984. 1 vol.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 24ª ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a Motivação das Decisões Judiciais. *In: Revista do Advogado – Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, nº 73:178-188. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], nov. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MIYAGI, Walkiria Kanagusko. **Do Acesso à Justiça**. Monografia. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 22ª ed. com a colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um Novo Pacto Federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante em Vigor**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- NETTO, Cássio Telles Ferreira. Arbitragem – Uma Solução Jurídica em Tempo Real. *In: Revista do Advogado – O Direito do Trabalho no Novo Milênio*, nº 66:114-118. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], jun. 2002.
- NUNES, Rodrigues. **Grande Dicionário Jurídico RG – FENIX**. São Paulo: RG Editores Associados, 1995.
- PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle da Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PARKER, John; STAHEL, Mônica. *English dictionary for speakers of portuguese*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PILZ, Nina Zinngraf; VIEIRA, Anderson Novaes *et al.* Natureza Jurídica da Ação e do Processo. *In: Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3078>>. Acesso em: 24 out. 2004.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 01:147-161. São Paulo: Método, 2003.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e Perspectivas da Assistência Jurídica ao Necessitado no Brasil. *In: Revista do Advogado – Cinquentenário da Lei de Assistência Judiciária*, nº 59:73-81. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], jun. 2000.
- RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 2 vol.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 1 vol.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 5ª ed. rev. e ampl. com jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.