

4

O Sistema de Justiça como parte de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais

4.1

PROPOSTA 01: Assumir um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais em Prol da Realização desses Direitos.

Há dois pólos eqüidistantes na definição do direito fundamental ao acesso à justiça⁴⁴⁵: um, se conecta a um conceito substancial de justiça⁴⁴⁶; outro pende para o lado formal e se direciona ao acesso ao Judiciário em suas diversas formas. Entre estes dois pólos há uma miríade de visões que podem ser catalogadas.

Como estratégia de trabalho (necessária para operacionalizar os conceitos articulados e extrair dimensões observáveis), optei por adotar uma concepção de acesso à justiça ligada à idéia de acesso ao *sistema de justiça*. Essa concepção busca conciliar as idéias em torno do acesso ao Judiciário como acesso à justiça, mas vai além, ao apreciar a permanência do Direito (e do ator social) no sistema, em sua busca por justiça. Assim, essa concepção afasta-se de um dos pólos em que a questão pode ser vista (acesso formal), caminhando para o outro lado (conceito de justiça), analisando a trilha deixada pelas demandas para enfim contribuir com a discussão mais substancial acerca do tema.

Diferentemente da maior parte dos direitos fundamentais que possuem enunciados similares nas mais diversas normas jurídicas nas quais se fazem presentes, o acesso à justiça aparece em cada documento com uma roupagem diferente. *“Implícito no estado de direito, que é a pedra angular de toda democracia moderna, está o princípio da igualdade de acesso à justiça”*.⁴⁴⁷ (tradução livre da autora)

⁴⁴⁵ Garth e Cappelletti assumem que: acesso à justiça é o direito humano mais importante para um moderno e igualitário sistema judicial que pretende garantir e não só proclamar direitos. GARTH E CAPPELLETTI, 1992, 12.

⁴⁴⁶ A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por São Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade. PERELMAN, 2002, 1 s.

⁴⁴⁷ “Access to justice has shifted from a moral imperative to a legal right, under the ambit of international Law, constitutional law, and national laws. Implicit in the rule of law, which is the cornerstone of every modern democracy, is the principle of equal access to justice.” DIAS, 2009, 3

Como assegura Humberto Ávila, as normas não são os dispositivos (os textos legais) e sim o sentido construído a partir deles. É possível existir um dispositivo sem norma, bem como, um texto do qual se extraíam inúmeras normas.⁴⁴⁸ O acesso à justiça se enquadra exatamente nessa multipluralidade. Portanto sua interpretação exige um esforço interpretativo maior. O exemplo das Cartas Constitucionais do IBAS é bastante ilustrativo⁴⁴⁹.

Na Constituição indiana, que é bastante prolixa, encontra-se o enunciado normativo que mais se aproxima de uma concepção “direta” de acesso à justiça ao determinar que o Estado deve assegurar a operação de um sistema jurídico que promova a justiça com igual oportunidade para todos/as e prover assistência jurídica gratuita através de leis e outros esquemas que assegurem que não será negada a oportunidade de se acessar a justiça a qualquer cidadão/ã por razão econômicas ou outras deficiências.⁴⁵⁰

Na Constituição brasileira, a expressão acesso à justiça aparece em três ocasiões quando se trata da possibilidade de descentralização dos tribunais regionais federais, regionais do trabalho e de justiça “*a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo*”.⁴⁵¹ O direito fundamental ao acesso à justiça é deduzido de três incisos do artigo 5º que versam sobre o acesso igualitário ao Judiciário, a assistência jurídica gratuita e a celeridade processual.⁴⁵²

Na Constituição sulafricana, o direito ao acesso à justiça é inferido da *Rule 17*, que sob o tema sucintamente verbaliza o direito de todos/as apresentarem petições e a assistência jurídica sob às expensas estatal do 35(3)(g). Nele há referência a assistência jurídica a ser prestada às pessoa presas ou acusadas. A interpretação dessa expressão acusada tem se tornado mais abrangente para assim englobar os processos cíveis.⁴⁵³

⁴⁴⁸ ÁVILA, 2004, 22

⁴⁴⁹ Utilizei esses exemplos porque o estudo desses três países está na base dos meus trabalhos. Ver especialmente FIGUEIREDO, 2010 (mimeo)

⁴⁵⁰ Art. 39A ver tabela.

⁴⁵¹ Art. 107, § 3º, Art. 115, § 2º, Art. 125 § 6º Ver Apêndice 01.

⁴⁵² Art. 5º XXXV, LXXIV, LXXVIII. Ver Apêndice 01.

⁴⁵³ LEGAL AID BOARD, 208, 6.

A dificuldade de se enquadrar o direito fundamental ao acesso à justiça, especificando seus componentes, perpassa os textos legais e se reapresenta nas construções teóricas.

Garth e Cappelletti formaram na década de 1970 um grupo de estudos denominado de Projeto de Florença para investigar o funcionamento do acesso à justiça em diversos países. Através dele apresentaram um diagnóstico no qual apresentavam os principais óbices para a efetivação do acesso: a) valor das custas judiciais; b) valor dos honorários advocatícios e custos derivados da sucumbência; c) as pequenas causas, se não forem tratadas diferentemente, envolvem mais riscos financeiros que as grandes; d) longa duração do processo; e) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa; f) indisposição psicológica de recorrer a um processo judicial considerado caro, custoso, complicado, etc.; g) facilidade de litigantes habituais lidarem com o sistema (empresas, ex.) em oposição aos litigantes eventuais (consumidores, ex.); h) falta de interesse ativo para a defesa dos direitos difusos.⁴⁵⁴

Os autores percebem três estágios através dos quais é possível se galgar o acesso à justiça: assistência legal gratuita, proteção dos interesses difusos e abordagem de acesso à justiça (justiça informal, reformas legais...) ⁴⁵⁵

É preciso observar, como aponta Eliane Junqueira⁴⁵⁶, que o Brasil não passou pelas questões sócio-legais que levaram os autores a definirem as três ondas.⁴⁵⁷ É verdade. A discussão apresentada por eles foi suscitada no bojo dos debates sobre o estado-social que o Brasil à época estava longe de cogitar implantar.

Ao comentar o processo de informalização da justiça, Eliane Junqueira ressalva que com a democratização, a estratégia de modernização do Judiciário foi capitaneada pelo Executivo⁴⁵⁸ e voltou-se inicialmente a informalização da

⁴⁵⁴ GARTH and CAPPELLETTI, 2002, 15 a 29.

⁴⁵⁵ GARTH and CAPPELLETTI, 2002, 31 e ss.

⁴⁵⁶ JUNQUEIRA, 1996, 2.

⁴⁵⁷ O sistema de acesso à justiça definido por Garth e Cappelletti é tido como uma resposta judicial aos anseios e demandas gerados pelo *welfare*.

⁴⁵⁸ Essa tendência dilatou-se temporalmente, dezesseis anos após a Constituição a Reforma do Judiciário foi capitaneada pelo Executivo através dos estudos diagnósticos e

justiça com a criação dos juizados especiais. Estes “*individualizam o conflito, não cabem demandas coletivas nestas esferas, portanto, outra faceta dessa reforma foi a manutenção (diria até ampliação) de uma cultura jurídica de matriz liberal*”.⁴⁵⁹

Ela destaca ainda que essa não era a reivindicação nem da OAB, nem dos movimentos sociais, os quais advogavam pela ampliação das demandas coletivas e a recuperação “*da autonomia e da independência do Poder Judiciário castradas durante o período do autoritarismo militar*”⁴⁶⁰.

Além disso, não se pode esquecer que o direito é um campo fértil de atuação. A segurança jurídica não propicia um ambiente de interesse apenas para os cidadãos e cidadãos em suas demandas, mas também para as empresas, o capital especulativo e os giros de mercado. Não foi à toa que afora essa ebulição interna, o Brasil sofreu a pressão de reformas judiciais encetadas pelo Banco Mundial em toda a América Latina que tem como sustentáculo: “*criar um meio adequado para o setor privado, em particular para o investimento estrangeiro, e fortalecer a democracia liberal, por meio de um Judiciário forte e autônomo*”.⁴⁶¹

Domingues avalia que o acesso à justiça, especialmente da população com déficit de acesso a direitos, faz parte dessa agenda apenas secundariamente sendo uma forma de torná-la mais palatável.⁴⁶²

Boaventura Santos realça ainda a importância dada a celeridade nestas reformas justamente para garantir a resposta rápida no mundo dos negócios. Como ele mesmo afirma: a celeridade em si não é algo ruim. Pelo contrário, o direito a fundamental à rapidez processual pode ser decisivo inclusive para a

da propostas de modificações constitucionais e legislativas
<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRNN.htm>> Acesso em 13.03.2010

⁴⁵⁹ JUNQUEIRA, 1994, 96.

⁴⁶⁰ JUNQUEIRA, 1994, 96. Sob o tema ver também o excelente: PAIVA, 2009.

⁴⁶¹ DOMINGUES, 2009, 62.

⁴⁶² DOMINGUES, 2009, 62-5.

garantia dos direitos mais elementares dos/as cidadãos. No entanto, uma justiça cidadã não se realiza apenas através de um rápido desenrolar processual.⁴⁶³

Inúmeros movimentos influenciaram as reformas que vem sendo implementadas nas últimas décadas. Identifico a seguir os que considero principais, especialmente, tendo-se em conta o objetivo deste artigo::

(1) as pesquisa empíricas com os profissionais do setor indicavam a ineficiência do serviço, a burocracia, a falta de cumprimento de prazos, a má aparelhagem e ao déficit de recursos humanos⁴⁶⁴ como os principais óbices ao acesso à justiça;

(2) os debates europeus e norte-americanos em torno do acesso à justiça, especialmente, as problematizações apresentadas no Projeto de Florença por Capelletti e Garth. Os autores estudaram os sistemas de justiça de inúmeros países e daí apresentaram conclusões sobre os principais impedimentos⁴⁶⁵ ao acesso e três movimentos⁴⁶⁶ através das quais identificam a possibilidade de se prover um acesso mais efetivo;

(3) as reformas judiciais encetadas pelo Banco Mundial em toda a América latina;

(4) a ampla atenção concedida pela Constituição aos direitos fundamentais, as garantias processuais e institucionais tendentes a os realizar;

(5) os investimentos direcionados a estruturação do Ministério Público e da Defensoria Pública e a demanda crescente perante o Supremo Tribunal Federal;

⁴⁶³ SANTOS, 2007, 23-4

⁴⁶⁴ JUNQUEIRA, 1994, 95

⁴⁶⁵ a) valor das custas judiciais; b) valor dos honorários advocatícios e custos derivados da sucumbência; c) as pequenas causas, se não forem tratadas diferentemente, envolvem mais riscos financeiros que as grandes; d) longa duração do processo; e) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa; f) indisposição psicológica de recorrer a um processo judicial considerado caro, custoso, complicado, etc.; g) facilidade de litigantes habituais lidarem com o sistema (empresas, ex.) em oposição aos litigantes eventuais (consumidores, ex.); h) falta de interesse ativo para a defesa dos direitos difusos. GARTH and CAPPELLETTI, 2002, 15 a 29.

⁴⁶⁶ assistência legal gratuita, proteção dos interesses difusos e abordagem de acesso à justiça (justiça informal, reformas legais...) GARTH and CAPPELLETTI, 2002, 31 e ss.

(6) a adesão do Brasil a maior parte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e aos órgãos de promoção, monitoramento e proteção destes direitos, especialmente, a jurisdição do Sistema Interamericano de Defesa dos Direitos Humanos.

(7) o *boom* da sociedade civil organizada através da criação de organizações, fundações e movimentos para a reivindicação de direitos⁴⁶⁷;

Visualizo esses movimentos em dois grandes vértices em comunicação e tensão constantes. Um adere ao “*modelo da legitimação pela performance*”⁴⁶⁸ (itens 1, 2 e 3) e o outro ao modelo de defesa dos direitos fundamentais (itens 4, 5, 6 e 7). Essa tensão não significa necessariamente oposição.

Por óbvio um sistema de justiça melhor aparelhado e mais célere pode contribuir para a realização de direitos e o respeito aos direitos fundamentais deve beneficiar todas as classes. Trata-se de uma via de mão dupla, mas uma via das mais perigosas nas quais o movimento muito fluído para um dos lados pode obstar a locomoção do outro. Um sistema de justiça eficiente pode ser extremamente elitista e um sistema de justiça ativo voltado para a promoção da justiça social e dos direitos fundamentais pode ser ineficiente e perder-se dentro das próprias estruturas.

Seja através da materialização dos movimentos defendidos por Garth e Cappelletti; seja através das normas constitucionais, ou mesmo das propostas capitaneadas pelo Banco Mundial. A perspectiva da “adequada oferta” é prevalente em solo brasileiro. Ou seja, há um foco direcionado para a criação de

⁴⁶⁷ NEDER, 1996, 3 e ss.

⁴⁶⁸ A Profa. Eliane Junqueira faz essa análise em relação ao processo de informalização capitaneado pela criação dos juizados especiais. Creio que a observação seja válida para descrever sucintamente esse primeiro vértice: “O processo de informalização da justiça no Brasil traduzia a estratégia do Estado brasileiro de substituir o modelo da legitimação pela performance, esgotado com o fracasso do “milagre econômico” da década de setenta, por um modelo de legitimação pelo procedimento, com vistas a modernizar institucionalmente o país. A partir do diagnóstico de que as relações entre o Estado e a sociedade eram obstaculizadas pela burocracia que impregnava o cotidiano de nossas instituições, desburocratização e informalização transformaram-se na bandeira estatal do início da década de oitenta. A informalização Judiciário representou, portanto, uma estratégia de modernização do Poder Judiciário, empreendida dentro deste projeto de legitimação pelo procedimento, em que cabia ao Poder Executivo a condução do processo de modernização”. JUNQUEIRA, 1994,13.

estruturas internacionais em normativas possibilitadoras do uso do sistema de justiça.

Ainda que exista uma preocupação com a justiça gratuita, é preciso se considerar que as mesmas regras do jogo claras e previamente dispostas são necessárias, mas não asseguram igualdade de armas quando os contendores estão em situação de extrema disparidade. Para se assegurar a equivalência é preciso explorar questões sociais, econômicas e culturais muito mais amplas.⁴⁶⁹

Kim Economides ao se propor a continuar o debate proposto por Garth e Cappelletti aponta a necessidade de uma quarta onda na qual se deve olhar para aqueles que prestam a justiça. Pensar sobre o conhecimento jurídico, o ensino jurídico e o acesso a posições estratégicas no sistema de justiça.⁴⁷⁰ Cabe razão ao autor uma discussão profunda sobre como o direito é ensinado nas faculdades e como o sistema de justiça é formado é essencial para se entender seu funcionamento e propor mudanças.⁴⁷¹

Boaventura de Sousa Santos vai além e destaca a necessidade de se considerar não apenas a educação formal⁴⁷² mas também ações educativas nos meios de comunicação e de trabalho destinadas à gerar o despertar de uma consciência crítica. Sua premissa se baseia justamente no fato de que obstáculos sócio-econômicos não se superam apenas com a oferta de instituições.⁴⁷³

Pessoas negras na África do Sul à época do Apartheid poderiam ter ao seu lado grandes advogados, organizações não governamentais combativas, mas não tinham acesso à justiça. Não se trata apenas de poder receber uma decisão do Judiciário, mas auferir uma resposta respeitadora de direitos, que não

⁴⁶⁹ SANTOS, 1996, 106.

⁴⁷⁰ ECONOMIDES, 1999, 63.

⁴⁷¹ Sobre o assunto ver: MACHADO, 2009.

⁴⁷² Garth e Cappelletti problematizam aspectos psicológicos entres os óbices para o acesso, mas não incorporam verdadeiramente este tema nas ondas para o acesso à justiça. Me parece que isso não se dá por descaso, mas simplesmente porque as três ondas são constatações e não previsões. O Projeto de Florença, em uma análise comparativa, observou a existência em diferentes graus e sob diversos parâmetros das 03 ondas. Com o tempo, elas foram sendo incorporados noutros sistemas e sendo referenciadas como lições apreendidas da obra destes autores o que as fez parecer previsões.

⁴⁷³ SANTOS, 2006, 177.

pratique ou ratifique discriminações arbitrárias. Afirma-se não era sequer uma questão de apego exagerado a norma positivada, mesmo nos casos em que a norma poderia ser usada em favor de uma pessoa negra, o Judiciário atuava referendando as piores violações de direitos praticadas pelo *Apartheid*. A negação do acesso às cortes era também realizado por meio das assim chamadas *ouster clauses*⁴⁷⁴, que pretendiam colocar as decisões do executivo sobre segurança e discriminação racial fora da revisão das cortes.⁴⁷⁵

Na Índia, até hoje as pessoas tidas como *dalits* temem as instituições policiais e o Judiciário de primeiro grau, pois estes remanescessem com a aura de instituições meramente repressivas. Ainda é comum, uma pessoa denominada como dalit tentar denunciar uma violação de direitos e no curso da investigação ou do processo judicial ser retirada da posição de vítima para figurar na de agressor. Outra manobra jurídica comum é encontrar motivos para não enquadrar uma pessoa denunciada por crimes ou ofensas a pessoas *dalits* na *Scheduled Castes And Scheduled Tribes (Prevention Of Atrocities) Act/1989*. e então não julgá-la com base em nenhuma outra norma. Isso ainda acontece em crimes graves com o estupro de uma menina de 11 anos que por força dessa manobra jurídica restou impune.⁴⁷⁶

No Brasil, a situação não é tão diversa quanto gostaria de se esperar. Os indígenas brasileiros ainda tem direitos de propriedade diuturnamente negados e

⁴⁷⁴ A *ouster clause* é uma regra utilizada no direito inglês e sul-africano que exclui as normas sob seu manto da revisão judicial.

⁴⁷⁵ "Denial of Access to the courts was also accomplished by means of the so-called *ouster clauses* intend to place executive decisions relating to security and racial discrimination behind the review of the courts." DEVENISH, 199, 485.

⁴⁷⁶ A polícia persiste criando obstáculos ao acesso à justiça dos grupos, quer por recusa de registro de casos, quer por pressionar as vítimas em acordos negociados com os autores mais inventivos. No caso de Runchi Mahara, uma menina de 11 anos dalit que foi estuprada e assassinada em setembro de 2009, apesar das evidências fortes contra o suspeito, a polícia liberou o referido suspeito e se recusou a registrar um caso ou iniciar uma investigação. "No original: The police have been creating obstacles to the access to justice of those groups either by refusing to register cases or by pressuring victims into negotiated settlements with more resourceful perpetrators. In the case of Runchi Mahara, an 11-year-old Dalit girl who was raped and murdered in September 2009, despite strong evidence against the suspect, the police released the suspect, refused to register a case or launch an investigation." AHRC New Weekly Digest de 27 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.alrc.net/>

processos cujo desenrolar demoram mais de duas décadas para receber uma resposta judicial.⁴⁷⁷ Em uma recente pesquisa premiada pelo IPEA os autores apontaram que os “juízes favorecem a parte mais poderosa. Uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder”.⁴⁷⁸ Tais dados ratificam a afirmação de Boaventura Santos segundo a qual

os tribunais não foram feitos para julgar os poderosos. Eles foram feitos para julgar os de baixo. As classes populares durante muito tempo só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores ativos. A questão da impunidade está inscrita na própria matriz do Estado Liberal que, como se sabe, não é um estado democrático na sua origem.⁴⁷⁹

A estrutura do sistema de justiça intimida. É verdade. Mas como se verifica acima não apenas pela suntuosidade dos tribunais, a ritualística processual, nem a ininteligibilidade da linguagem jurídica. A intimidação perpassa também por condutas deliberadas do sistema de justiça na negação de direitos a estas pessoas.

Agregam-se aos ingredientes já expostos ainda outros componentes assecuratórios da revolução democrática da justiça proposta por Boaventura Santos na qual haverá uma ainda maior demanda pela judicialização da política que terá de ser enfrentada não para ser inibida, mas para possibilitar a utilização das funções estatais pelos/as cidadãos; favorecendo um estado de direito contra-majoritário, composto por uma cidadania ativa. Para tanto, em termos de sistema de justiça ele elenca um conjunto de necessidades as quais irei brevemente elucidar com base na realidade brasileira⁴⁸⁰:

(1) Profundas reformas processuais;

Os debates em torno dos recursos procrastinatórios e acerca de como a estrutura do direito processual contribuem para a demora da prestação jurisdicional têm embasado inúmeras e constantes modificações nos Código de

⁴⁷⁷ SANTOS, 2007 (a), 45.

⁴⁷⁸

Disponível

em:

<http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf> Acesso em 02.02.2010

⁴⁷⁹ SANTOS, 2007(a), 22

⁴⁸⁰ SANTOS, 2007(a), 22

Processo Civil e Processo Penal nos últimos anos com o objetivo de acelerar o desenrolar processual.

(2) Novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça

A Constituição de 1988 trouxe inúmeras garantias fundamentais e possibilidades de controle de constitucionalidade, bem como, edificou a Defensoria Pública e reestruturou o Ministério Público. No entanto, ainda há muito a ser desenvolvido em torno destes novos protagonismos de que trata o autor. É preciso, e.g., vencer os óbices em torno do acesso de determinados grupos/indivíduos à justiça para se criar um ambiente favorável a estes novos atores protagônicos, bem como se debelar uma postura salvacionista das instituições⁴⁸¹ para se engendrar uma concepção de direitos emancipatória.

(3) Nova gestão e organização judiciária;

É inegável que muitos avanços têm sido obtidos no país recentemente através da reestruturação de órgãos, do pensar a prática do sistema através das Pesquisas-Diagnóstico⁴⁸² e outras análises. Além disso, os órgãos do Judiciário estadual e federal têm revisto sua organização e estruturação interna, inclusive, com a interiorização da justiça federal após a Emenda 45/04.

Mas esse repensar institucional deve ser contínuo e ter como primordial a democratização e a qualidade do acesso, sem permitir que a sanha por uma justiça eficiente e por índices de produtividade gerem aberrações ao acesso como as testemunhadas nas extinções em massa de processos que poderiam ter suas falhas sanadas apenas para gerar números favoráveis ao/a titular da vara.

(4) Revolução na formação de magistrados desde as Faculdades de Direito até a formação permanente;

⁴⁸¹ Um exemplo simples é o dos/as juízes/as da infância “paternalistas” que passavam sermão nos adolescentes e os encaminhavam para as Fundações de Bem-Estar do Menor para protegê-los de si mesmo e da sociedade por estarem em situação de risco. Risco de quê? De delinquir. Os/as defensores dos direitos da criança e do adolescente lutaram durante anos para a aprovação de um Estatuto no qual se admitisse que aqueles adolescentes não estavam em situação de risco, mas em situação de violação de direitos e que só o cometimento de ato infracional grave poderia ensejar a internação.

⁴⁸² Diagnóstico do MP, Diagnóstico da Defensoria, Diagnóstico do Judiciário... Ver: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRNN.htm>

As Faculdades de Direito passaram por inúmeras modificações curriculares, incluindo, disciplinas anteriormente não contempladas como direitos humanos, direito do consumidor e direito ambiental. No entanto, a cruzada em torno das vagas providas via concurso público têm gerado pessoas interessadas no curso de direito apenas para assegurar um cargo público. Portanto, o conhecimento da dogmática e da propedêutica tornam-se apenas instrumentais para um objetivo maior. Na vontade deste público, muitas vezes, as instituições devem ter um olhar sob as provas dos concursos e não sob uma formação de qualidade.

Assim como, a necessidade de formação permanente perpassa todo o sistema de justiça através das Escolas de Formação. No entanto, em inúmeros estados as Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública não ministram aulas apenas para seus membros, mas também para outras pessoas formadas em direito, convertendo-se, muitas vezes, em cursinhos pré-carreira.

(5) Novas concepções de independência judicial;

O Conselho Nacional de Justiça vem tentando tirar a pecha de extremamente corporativista historicamente posta no Judiciário. Para isso, não só tem aplicado a pena administrativa máxima de aposentadoria compulsória quando se demonstram os requisitos, mas também suscitado o debate se essa seria a adequada penalidade administrativa para juízes/as que fizeram mal uso de sua função. Esse movimento deve ser incentivado e perpetuado.

(6) Uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais;

O sistema de justiça brasileiro tem hoje uma relação muito próxima com a mídia. Para o bem e para o mal. Há maior transparência e monitoramento pro parte da mídia, o sistema judicial possui seu próprio canal de televisão/rádio, inserções no *youtube* e nas mídias sociais, bem como, *releases* diários dos Tribunais. Por outro lado, o sensacionalismo e a sanha por punição geram em inúmeros casos uma demanda por aprisionamentos que não são legalmente possíveis e por isso quando não concedidos, há uma tendência a se colocar os/as magistrados/as sob escrutínio público. Um SGDF pretende que se leve em

conta mesmo em casos polêmicos de extrema comoção social a necessidade de diálogo com a mídia e os demais cidadãos/ãs.

A relação com os movimentos sociais ainda é um ponto de extrema polêmica. Não só a comunicação entre os movimentos e o sistema de justiça é obstada por uma estrutura jurídica de matriz liberal, quanto também há inúmeras denúncias de atitudes criminilizatórias dos movimentos sociais por parte do sistema de justiça brasileiro.⁴⁸³

(7) Uma cultura jurídica democrática e não corporativa.⁴⁸⁴

O sistema de justiça deve estar isento de interferências políticas, mas não pode ser imune ao controle de seus atos quando estes estejam desconexos com uma postura de preservação de direitos fundamentais.

Ao tentar unir as perspectivas narradas acima com a interconexão dos direitos fundamentais numa sociedade desigual na qual os grupos/indivíduos precisam de redistribuição, reconhecimento e representação e considerando que uma postura emancipatória de direitos ainda está em construção⁴⁸⁵, me deparei com a impossibilidade do sistema de justiça ser responsável isolado pelo sucesso dessa empreitada. Assim, me propus a defender a necessidade de se pugnar pela integridades dos direitos fundamentais através de uma leitura que dê impulso a um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais.

Desta forma, ainda que conheça as falhas e os entraves existentes neste sistema, me inspirei no Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente⁴⁸⁶ o qual se propõe a integrar a família, a sociedade e o estado na

⁴⁸³ Ver: SANSON, 2008.

⁴⁸⁴ SANTOS, 2007, 33

⁴⁸⁵ Utilizo aqui os três conceitos-chaves de Nancy Fraser que trabalho com mais detalhe em FIGUEIREDO, 2010(B). (mimeo) Da autora em português: FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada da justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tradução de. MARTEL, Letícia de Campos Velho ; GUEDES, Bruno Ribeiro

⁴⁸⁶ Estabelecido pelo artigo 227 da Constituição e artigos 86 e ss do ECA e destrinchado através da Resolução 113/06 proveniente do **Conselho Nacional dos Direitos Da Criança e do Adolescente – CONANDA:** <<http://www1.direitoshumanos.gov.br/conselho/conanda/>> Acesso em 12.03.2010 § 2º Iguualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-

formação de uma rede em prol da efetivação dos direitos destes cidadãos. Com base nessa idéia defendo a articulação de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais (SGDF) integrado pelos/as pela sociedade em sua mais diversas faces (movimentos sociais, ongs, cidadãos/ãs individualmente ou em grupo, etc.) e pelo Estado. A atribuição do SGDF se estrutura através da matéria (direitos fundamentais) e não do sujeito (grupos credores de direitos), embora, se pressuponha que seja mais premente para determinados grupos a existência de tal rede protetora⁴⁸⁷. Reitero, no entanto, que o sistema proposto vale para todos/as e estrutura-se em torno dos direitos fundamentais.

O SGDF constitui-se na articulação e integração das funções estatais (administração pública, órgãos do legislativo e órgãos do Judiciário), nos três planos federativos, com a sociedade civil organizada (ONGs, oscips...), e os cidadãos de modo individual ou através de grupos de interesse (pessoas idosas, familiares de pessoas presas) na formação de instrumentos normativos e em sua aplicação no intuito de prover direitos fundamentais através de três eixos: a promoção, a defesa e o controle.

Minha proposta, apesar da assumida inspiração no Sistema estabelecido no âmbito do direito da criança e do adolescente, tem uma moldura mais ampla como se verá. Ainda assim, acredito ser interessante trazer a contribuição de Wanderlino Nogueira, ex-conselheiro do CONANDA e um dos artífices da Resolução 113/06, que dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do citado Sistema⁴⁸⁸. Segundo este autor,

financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas país.

⁴⁸⁷ Como dito, desde a introdução importa-me sublinhar sempre a importância dos direitos fundamentais para todos e todas. No entanto, pela situação de maior urgência e carência tendo a me focar na demonstração do déficit de direitos de determinados grupos. Os direitos à saúde, à educação, bem como inúmeros outros direitos sociais, não são, em geral, do interesse da elite que os obtém por meios privados.

⁴⁸⁸ Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal. § 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.
<<http://www1.direitoshumanos.gov.br/conselho/conanda/>> Acesso em 04.05.2010

as ações das instâncias públicas governamentais e não governamentais, que integram esse Sistema, precisam ser alavancadoras e facilitadoras, visando a uma inclusão privilegiada e monitorada desse público de credores de direitos e de conflitantes com a lei, nos serviços e programas dos órgãos da Administração Pública. E, igualmente, alavancadores e facilitadores, visando à facilitação do acesso dele à Justiça. Para tudo isso operar, os órgãos do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente - SGD funcionam exercendo três tipos de funções estratégicas: (1) promoção de direitos, (2) defesa (proteção) de direitos e (3) controle institucional e social da promoção e defesa dos direitos. Isso não significa que um determinado órgão público ou entidade social só exerça exclusivamente funções de uma linha estratégica. Quando desempenham suas atividades legais, cada um deles exerce preponderantemente um tipo de estratégia de garantia de direitos (promoção? defesa? controle?), mas podem também, em caráter secundário, desenvolver estratégias de outro eixo.⁴⁸⁹

Ressalvada a imprescindível integração entre todos os eixos do Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais torna-se importante apresentar os nós estruturantes de cada um dos eixos. Destacando que estes foram os identificados nesta tese pelo processo retromencionado, mas nada impede que, caso se prove necessário, outros vínculos sejam acrescentados.

São exemplos de atuação em torno da promoção de direitos fundamentais: 01) criação de normas protetoras de direitos, (02) formação e execução de políticas sociais, (03) participação maciça dos cidadãos nos pleitos eleitorais com votos em torno da realização de direitos que valorem mais importantes.

A defesa dos direitos fundamentais tem como eixo base o sistema de justiça, mas não apenas ele, pois é possível se defender direitos, dentre outras ações, através da: (01) criação de normas legais nas quais se prevejam instrumentos para a defesa de direitos (possibilidade de acesso direto ao STF, e.g.); (02) punição judicial de agentes públicos envolvidos em atos contrários aos direitos fundamentais; (03) arbitramento de indenizações a vítimas e familiares de atos praticados por agente estatal; (04) articulação da população em torno da Defensoria Pública, do Ministério Público ou de advogados privados para a exigência de direitos fundamentais perante o sistema de justiça ou extrajudicialmente; (5) atuação proativa do Ministério Público e da Defensoria Pública na qual se valorize a participação dos indivíduos/grupos credores do direito pleiteado; (6) institutos privados de mediação, arbitragem, administração de conflitos; (7) atuação da sociedade civil perante o sistema de justiça nacional ou perante os órgãos internacionais incumbidos da defesa de direitos humanos; (8) um sistema de justiça probo e capaz de lidar com as demandas jurídicas

⁴⁸⁹ NOGUEIRA, 2003, 2.

individuais ou coletivas, levando em consideração a estrutura histórica, política e sócio-econômica de distribuição de direitos.

O controle institucional e social se refere ao que tem se acostumado a nomear como *accountability* e se verifica por: (01) fiscalização pela sociedade civil, pelos cidadãos e pelo Ministério Público do respeito aos direitos por entes públicos e privados; (02) denúncias realizadas publicamente ou anonimamente pela sociedade civil e pelos cidadãos de atuações do poder público ou das instituições privadas que se configurem como ameaça ou violação de direitos; (03) participação da sociedade civil e dos cidadãos em Conselhos e órgãos de deliberação com autonomia e olhar voltado para a realização de direitos.

Ressalto a necessidade de participação dos titulares de direitos, mesmo em ações coletivas propostas pela defensoria pública ou pelo Ministério Público e que essa seja uma participação ativa nas quais lhes sejam dadas oportunidades reais de ter voz nas discussões. O direito à participação é essencial para a integração entre o poder público e a sociedade. Através de uma participação ativa e dialógica o direito se converte em real instrumento de luta e mudança social em prol de uma cidadania emancipatória.

Como se vê a proposta do Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais, como também a articulada em torno de crianças e adolescentes, não propõe a criação de estruturas até o momento inexistentes, ou mesmo não se baseia em novidades em torno das ações que propõe. A inovação se verifica através da leitura proposta na qual se defende a integração entre todas as instâncias sociais do modo mais articulado possível, chamando cada um a assumir sua parcela de responsabilidade em torno da realização de direitos fundamentais.

O Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais não depende da criação de uma norma que o institua, embora sua criação possa ser argüida se isso se mostrar necessário. Depende sim do modo de encarar os direitos fundamentais através de diversos (o poder público, a sociedade civil organizada e os/as cidadãos/ãs) e da articulação entre eles em prol da integral efetivação destes direitos.

O Poder Público em todas as suas expressões tem de lembrar-se que a efetivação de direitos fundamentais é sua obrigação essencial.⁴⁹⁰ A sociedade

⁴⁹⁰ Um exemplo seria: a União implantou programa de saúde para a readequação de gênero de indivíduos transgêneros, no entanto, a AGU continuava a propor recursos em

civil organizada e os cidadãos tem de assumi-los não como direitos de um grupo ou classe, mas de todos e todas.

Os direitos fundamentais não representam anteparos ou óbices ao desenvolvimento como por vezes se ventila na mídia. Tais direitos são em verdade parte de um desenvolvimento humano sócio-ambientalmente justo.

Não se pode conceber a interconexão entre os direitos fundamentais apenas a partir da relação com o Estado. No contexto atual, quando o Estado responde positivamente à reivindicações históricas dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada em prol de direitos, se depara com intensa rejeição por parte de grande contingente da população. O caso do Programa Nacional de Direitos Humanos 03, amplamente debatido com a sociedade civil organizada, é exemplar. Quando lançado ao grande público, a reação da mídia e de outros setores sociais foi feroz.

Se defendo um ambiente democrático não posso crer que seja possível se prescindir destas tensões, mas elas podem ser minoradas e melhor equalizadas para não se tornarem impeditivas do desfrute de direitos fundamentais. Tenho dito que a proposta de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais não inova no mundo jurídico no sentido de que ele já pode ser deduzido da leitura eficácia vertical (estado e sociedade) e da eficácia horizontal (cidadãos/ãs e cidadãos/ãs). Sucintamente, a eficácia vertical se refere a relação vertical entre estado e sociedade em relação a direitos fundamentais e a horizontal se realiza na relação entre as pessoas.⁴⁹¹

Tenho apenas a pretensão de deixar mais clara a necessidade de tornar tal sistema realidade a partir da exemplificação de algumas de suas funções. Em páginas acima apresentei exemplos de atuações do SGDF, como minha proposta nesse ponto é repensar o acesso ao sistema de justiça, passo a trazer exemplos mais detalhados das tarefas concernentes ao sistema de justiça em cada um desses vértices.

Obviamente, não desconsidero que entre os diferentes grupos sociais e entre eles e o Estado existem conflitos e tensionamentos. O funcionamento harmonioso e completamente eficaz de qualquer sistema que envolva a

uma ação cujo pedido era exatamente este. Até que União desiste de recursos contra gratuidade de cirurgias para transexuais.

⁴⁹¹ Para mais ver: SARLET, 2003, 145 e ss.

diversidade humana é uma pretensão falaciosa ou utópica. No entanto, assumir a defesa destes direitos como sistema é em si um ganho, pois demonstra uma tentativa de harmonização. Ademais, o sistema de justiça entra nesses cenários justamente como um mediador qualificado que dispõe de um corpo técnico especializado e do peso das normas jurídicas constitucionais para atuar.

No eixo da promoção:

(1) assumir o déficit histórico no acesso aos mais diversos direitos fundamentais de certos grupos, legitimando tratamentos processuais e materiais diferenciados em favor da equalização de sua posição social perante os demais membros da comunidade⁴⁹²

(2) decisões baseadas numa leitura crítica do direito nas quais seja levada em consideração a necessidade de superação das debilidades sociais e haja a possibilidade de parte hiposuficiente sair vencedora no processo⁴⁹³, bem como seja incentivada a composição entre as partes⁴⁹⁴;

(3) o sistema de justiça se estruture de modo a assegurar a inexistência de obstáculos jurídicos, sociais ou pessoais para o uso do sistema judicial;⁴⁹⁵

(4) desfecho judicial rápido,⁴⁹⁶

⁴⁹² O conceito de comunidade pode ser visualizado a partir de um plano local ou global. Essa abrangência está contemplada nas discussões trazidas por Nancy Fraser sobre as escalas de justiça na qual traz a necessidade de se considerar esses três aspectos (redistribuição, reconhecimento e representação)

⁴⁹³ Jamais defenderia que a parte mais debilitada tem de sempre sair vencedora da contenda. Apenas, a necessidade de existir chances reais dela sair favorecida. Observação sobre o Apartheid: mesmo quando não era preciso juízes defendiam apartheid.

⁴⁹⁴ Numa ação coletiva proposta pelo Ministério Público contra a administração de uma cidade X em favor de um direito social pode ser acordado entre as partes uma proposta de realização progressiva através de metas, com a mediação do Judiciário que poderá arbitrar punições pelo descumprimento. Trabalhadores de uma empresa ou fornecedores podem tem também seus conflitos mediados.

⁴⁹⁵ Marta Nussbaum, defensora de uma versão da teoria da capacitação, exemplifica que não adianta ser assegurado o direito a voto das mulheres se estas irão sofrer violência doméstica se ousarem sair de casa para o exercer e serão hostilizadas pela população local. Um exemplo ainda mais brasileiro seria o constrangimento de trabalhadores que já se utilizaram da justiça do trabalho para reclamar direitos.

⁴⁹⁶ Sobre o assunto ver ANNONI, 2008, p 175-304.

(5) isenção de custas e de honorários da sucumbência quando necessários a garantia da paridade processual (direito de demandar ou direito ao acesso à justiça *strictu sensu*).

(6) promoção de campanhas de conscientização e incentivo para que os indivíduos utilizem os sistemas oficiais de resolução de conflitos ao invés de apelar para soluções intragrupos nas quais há o desrespeito a direitos fundamentais e/ou a utilização da força de modo desmedido ao arrepio de todo o sistema constitucional sob o qual o ordenamento brasileiro está edificado⁴⁹⁷

(7) Descentralização do sistema de justiça para possibilitar que pessoas que vivem em locais isolados possam dele usufruir (direito de demandar ou direito ao acesso à justiça *strictu sensu*);

(8) Os/as membros/as do sistema de justiça enquanto formadores de opinião nos meio jurídicos, acadêmicos e autores de obras jurídicas incentivem a afirmação do SGDF e de um ensino jurídico crítico, que prepare os futuros operadores da justiça para lidar com a conflituosidade das relações sociais num mundo desigual no qual a redistribuição, o reconhecimento e a representação dos grupos dependem da realização de direitos fundamentais que irão confrontar-se com a realidade estabelecida.

No eixo da defesa

(1) Uma Corte Suprema acessível diretamente à população quando o que estiver em jogo se referir a direitos fundamentais dos/as cidadãos/ãs, estruturantes de um estado democrático de direito;

⁴⁹⁷ Trata-se aqui de destacar que meios extra-legais (e até ilegais) provem soluções à questões que por motivos diversos algumas pessoas consideram difícil ou impossível obter pela via judicial. Os exemplos são amplos e diversificados, seguem desde casos de linchamento, que tem se tornado cada dia mais comuns (<http://www.diariodepernambuco.com.br/nota.asp?materia=20100401175409&assunto=70&onde=VidaUrbana>, <http://www.diariodopara.com.br/N-85169-BANDIDO+E+LINCHADO+POR+POPULARES+APOS+ASSALTO.html>) até o exemplo clássico da “adoção à brasileira” na qual alguém registra filho de outrem como seu (com a autorização verbal dos verdadeiros pais) para fugir de um processo judicial de adoção tido como lento e burocrático muitas vezes fere os direitos da criança e da família biológica.

(2) a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública tenha em consideração a necessidade de incentivar auto-gestão de direitos, ou seja, a capacidade de cada um/a lidar com anseios e problemas seja na esfera privada, seja na estatal, sem esperar passivamente uma solução milagrosa de qualquer tipo de instituição. Os/as cidadãos/ãs devem ser incentivados a utilizarem-se do auxílio técnico de órgãos e instituições, mas não a depender de qualquer destes entes para a realização de direitos que podem pleitear por si através das esferas jurisdicionais, sociais, eleitorais, econômicas...

(3) não sejam permitidos recursos meramente procrastinatórios;

(4) haja cumprimento dos prazos processuais (inclusive por parte de juízes/as, desembargadores/a, ministros/as e membro/as do MP, da Defensoria; da Fazenda Pública, etc);

(5) Instituições capazes de prover a assessoria jurídica gratuita de qualidade através de ações (individuais ou coletivas), consultoria jurídica, mediação de conflitos e outros meios possíveis de solução de contendas;

No eixo do controle

(1) Sistemas de justiça e controle social (policias) independentes de influências de interesses particulares e dignos de confiança da população, que contem, inclusive, com sistemas de ouvidoria e *accountability* eficientes (direito ao acesso à justiça *strictu sensu*, direito à transparência e a probidade administrativa);

(2) Curso de formação continuada obrigatórios para todos os membros do sistema de justiça e controle social (policias, agentes de instituições totais, penitenciárias, sistemas sócio-educativos, etc) tendentes a assegurar a efetividade de “novos” e “velhos” direitos;⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ A emergência de novos e velhos direitos por grupos e indivíduos que por força de contingências histórico-sociais só conseguiram entender-se como grupo tardiamente ou unir-se em torno de demanda próprias a partir da superação de barreira culturais (comunidade LGBTT é um exemplo). Um dos focos do Capítulo 03 foi tratar dos obstáculos histórico-culturais que tem tornado tão melindrosa a real efetivação de direitos sociais pelo Judiciário em diversos países, especialmente, aqueles com déficit de

(3) Desmistificação dos procedimentos judiciais e uso de uma linguagem mais coloquial pelos/as operadores/as do sistema tornando possível o entendimento geral dos processos, procedimentos e decisões para a população em geral;

(4) capacitação permanente do Judiciário

Como afirmado anteriormente, a maior parte das propostas relativas ao SGDF se relacionam mais ao modo de se realizar os direitos fundamentais do que a criação de novos institutos. Entretanto, ao apresentar a inserção do sistema de justiça no SGDF trago sim duas propostas inéditas: o acesso direto à Corte Constitucional de grupos historicamente credores de direitos e as decisões judiciais com mediação entre as partes.

4.2

PROPOSTA 02: O Acesso Direto à Corte Suprema de Grupos com Defasagens Históricas de Direitos Fundamentais como um Modo Eficaz de Possibilitar sua Realização

4.2.1

Os Exemplos da Índia e África do Sul: uma breve apresentação

As Constituições da África do Sul e da Índia e, em conseqüência, as instituições por elas construídas, se originaram de um contexto de rompimento muito mais profundo do que a Norma Magna brasileira. A Índia com ela marcou sua independência formal após séculos de colonialismo. A África do Sul, quando se uniu como nação, iniciou o processo de segregação de seus habitantes baseado na cor da pele que teve seu fim apenas em 1994. Portanto, a Constituição de 1996 foi o ponto culminante de demarcação do primeiro período verdadeiramente democrático da história daquele país.

A criação do Superior Tribunal de Justiça, a redefinição de funções do Supremo Tribunal Federal, a ampliação do escopo de atuação do Ministério Público e a instauração da Defensoria Pública de modo obrigatório pelas

acesso à direitos por grande parte de sua população e que elegeram tais direitos como baluartes de uma mudança de paradigmas sociais.

unidades federadas e pela União são sem dúvida uma grande modificação na estrutura institucional brasileira. Não estou as desprezando. No entanto, a maior parte dessas estruturas já estava formada, o Brasil havia vivido períodos democráticos anteriores. Os próprios Códigos Normativos (Código Civil e de Processo Civil, Código Penal e de Processo Penal, etc) precedem a Lei Maior e permaneceram vigentes após 05 de outubro de 1988.⁴⁹⁹

Diz-se que as Constituições refundam o estado sob novas bases. É verdade. Entretanto, não se pode desprezar que a Índia e a África do Sul estavam, com as atuais Constituições, tendo sua primeira refundação, e o Brasil já estava em sua oitava.⁵⁰⁰ Esse destaque é importante para ser reafirmado aqui o que já foi melhor abordado na metodologia: essa é a uma comparação assistemática. Os exemplos trazidos da Índia e África do Sul inspiram a leitura que faço da realidade brasileira. As bases sobre as quais as instituições de cada país se formam e se conformam influenciam enormemente o modo como os direitos podem ser manejados.

No Brasil, a segurança jurídica e o apego à ritualística processual vem sendo uma constante do sistema de justiça que inviabilizaria, a meu ver, propostas mitigadoras do *locus stand* como as realizadas na Índia. Isso não invalida a pertinência do exemplo e dos debates por ele postos como modo de se repensar a estrutura de acesso de grupos credores de direitos fundamentais ao sistema de justiça .

A Suprema Corte indiana deduz do artigo 32 da Constituição sua obrigação de resguardar, sob os mais diversos meios, os direitos fundamentais dos cidadãos/ãs indianos/as, especialmente, aqueles/as com maior dificuldade de acesso ao Judiciário por déficit de renda, educação e outros diretos

⁴⁹⁹ Certos artigos destes Códigos foram considerados não-recepcionados por afrontarem direito fundamentais estabelecidos na Constituição. Como exemplo, os artigos do Código Civil e do Código Penal que expressavam uma visão pejorativa e discriminatória em relação ao gênero feminino e foram identificados como afronta ao art. 5º, II da CF. O Código Civil foi substituído em sua totalidade posteriormente, mas sobreviveu vários anos sob a égide da atual Constituição.

⁵⁰⁰ Não estou desprezando o fato de que inúmeras das Constituições anteriores foram apenas simbólicas em muitos dos seus ditames. Ver Neves ** Tão somente destaco que a estrutura institucional brasileira já estava mais sedimentada.

elementares.⁵⁰¹ Continuamente, os/as Juízes/as da Corte foram ampliando a leitura das normas insertas no dispositivo constitucional que lhes determina a salvaguarda dos direitos fundamentais. O artigo constitucional refere expressamente:

32. (1) O direito de mover a Suprema Corte através de procedimentos apropriados para o *enforcement* de direitos conferidos por essa parte é garantido. (2) A Suprema Corte deve ter o poder de dar coordenadas ou ordens ou intimação, incluindo ordens de natureza de *habeas corpus*, *mandamus*, proibição, *quo warranto* e *certiorari*, o que for apropriado, para o *enforcement* de qualquer um dos direitos conferidos por essa parte.⁵⁰²

A constatação pela Corte de que esses instrumentos processuais, se interpretados restritivamente, seriam incapazes de resguardar os direitos fundamentais, que ela tem por obrigação zelar, ocasionou a criação da litigância de interesse público. O movimento da Suprema Corte na criação desse novo instituto se deveu especialmente à admissão de que grande parte da população indiana encontra-se numa situação de penúria de direitos severa.

Paulatinamente, a Suprema Corte indiana assumiu um mandato bastante peculiar, ao tentar interferir no déficit histórico de acesso a direitos por parcela extremamente significativa da população, criando procedimentos informais que desafiam a costumeira ortodoxia do sistema judicial.⁵⁰³ É conhecida como primeiro caso, a denúncia feita numa carta endereçada a um juiz da Suprema Corte na qual o prisioneiro relatava as péssimas condições da carceragem na qual se encontrava. Tal liberalização se materializa através do que ficou conhecido como litigância de interesse público e tem como lastro:

(1) Permitir que a Corte alcance os pobres e os setores menos privilegiados da sociedade, que tem seus direitos negados, (2) permitir que indivíduos ou grupos de pessoas tragam à tona questões de preocupação comum, que surgem de governança desonesta ou ineficiente e (3) aumentar participação pública no processo de adjudicação constitucional.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ METHA, 2007, 167.

⁵⁰² No original: “**32.** (1) The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* and *certiorari*, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part.”

⁵⁰³ SATHE, 2002 197.

⁵⁰⁴ “(1) to enable the Court to reach the poor and the disadvantaged sections of society Who are denied their rights and entitlements, (2) to enable individuals or groups of people to raise matters of common concern arising from dishonest or inefficient governance and

Da sua criação na década de 70 aos dias atuais, o instituto tem gerado intenso debate nos meios jurídicos e sociais indianos. Uma parcela da sociedade que se sentia no total ostracismo em relação à possibilidade de acesso ao sistema judicial de repente foi informada de que uma mera carta ou telegrama poderia gerar um processo judicial para a defesa de seus direitos. Tal comunicação poderia ser feita em qualquer uma das línguas oficiais e não havia requisitos legais complexos que tornassem seu pleito automaticamente inválido.⁵⁰⁵

A pretensão de majorar a participação da população na efetivação da Constituição e de valorizar a realização de direitos para aqueles com maiores déficits históricos de acesso está completamente conectada com o que venho defendendo até o momento. Para concretizar este objetivo a Suprema Corte passou a permitir a legitimação de terceiros, a utilização de qualquer língua oficial e uma total informalização do procedimento.⁵⁰⁶ Upendra Baxi destaca os avanços trazidos em virtude da criação do procedimento, de acordo com ele:

(01) democratização do *locus standi*; qualquer cidadão pode agora recorrer aos tribunais para acusar uma violação de direitos humanos praticada contra si ou contra outrem com quem tenha ou não vínculo; (02) a “des-advocacia” do litígio constitucional, no sentido de que são admitidos os petionários em pessoa sem a necessidade de um advogado⁵⁰⁷; (03) o estabelecimento de novos estilos de investigação dos fatos via comissões de inquérito sócio-legais para auxiliar na resolução judicial⁵⁰⁸; (04) a geração de uma nova cultura judicial; a jurisdição do LAS não é concebida como uma questão entre adversários, mas como um empreendimento colaborativo entre cidadãos, tribunais e um Executivo desobediente⁵⁰⁹; (05) a invenção de uma jurisdição contínua através da qual os tribunais continuam a promover uma restauração mínima dos direitos humanos nas práticas de governo; (06) a moldagem de novas formas de enunciação judicial dos direitos humanos, uma questão complexa em que especialmente a Suprema Corte traz de volta à vida direitos deliberadamente excluídos pelos elaboradores da constituição (como o direito a um pronto julgamento), cria alguns direitos

(3) to increase public participation in the process of constitutional adjudication.” SATHE, 2002, 202.

⁵⁰⁵ SARKAR’S, 2005, 4.

⁵⁰⁶ SATHE, 2002, 203.

⁵⁰⁷ A possibilidade de comparecimento sem advogado não me parece uma vantagem, especialmente, para partes que em geral estariam diante de um déficit histórico de acesso a direitos. Mais eficaz seria a valorização do sistema de assessoria jurídica gratuita. No entanto, em geral, como se verá a seguir esse processos foram sendo patrocinados por grandes advogados/as defensores/as de direitos humanos e organizações não governamentais.

⁵⁰⁸ Essa é uma atuação similar ao que faz o Ministério Público no inquérito civil brasileiro, no entanto, não se trata de uma instituição mas de comissões constituídas caso a caso o que fragiliza seu funcionamento

⁵⁰⁹ Irei explorar esse ponto melhor no próximo Capítulo.

suplementares aos enunciados no texto constitucional (como o direito ao sustento, à privacidade, à educação e alfabetização, saúde e meio ambiente), reescrevendo a constituição por meio da invenção de novos direitos (como o direito à informação, a imunidade das práticas de governança corrupta, direitos ao secularismo constitucional, o direito à indenização, reabilitação e reassentamento para populações invadidas).⁵¹⁰

O desenvolvimento do instituto e sua popularização fizeram com que a Corte aos poucos fosse estabelecendo certos regramentos, como a distribuição dos processos (antes poderiam ser iniciados pelo juiz para quem tivessem sido endereçados), renomados/as advogados passaram a ser chamados para assumir a função de *Amici Curiae* nestes processos para assim os instruir adequadamente.⁵¹¹ A flexibilidade do procedimento e a atenção ganha por ele, gerou um grande número de demandas ventilando disputas privadas ou apenas direcionadas a obter atenção midiática.⁵¹² Para evitar esse tipo de abuso, a Corte elaborou diretrizes nas quais especifica os tipos de caso considerados litigância de interesse público:⁵¹³

- (1) Questões relativas a trabalho escravo;
- (2) Crianças abandonadas;
- (3) Ações coletivas alegando o não pagamento de salários mínimos a trabalhadores;
- (4) Más condições das prisões, detenções arbitrárias e assuntos correlatos;
- (5) Denúncia contra o sistema policial por morte nas dependências policiais, tortura, ou negativa da autoridade policial de registro de casos⁵¹⁴;
- (6) Violências praticadas contra a mulher, notadamente, estupro, assédio e práticas “tradicionais” como assassinatos motivados por questões ligadas à honra;
- (7) Denúncias de violências praticadas por indivíduos comuns ou policiais contra *dalits*, tribos cadastradas, ou outras classes economicamente desprivilegiadas;

⁵¹⁰ BAXI, 2007, 21.

⁵¹¹ SATHE, 2002, 206.

⁵¹² SARKAR'S, 2005, 3.

⁵¹³ SARKAR'S, 2005, 11-2.

⁵¹⁴ Negar-se a registrar um caso ainda é um procedimento muito comum para evitar a punição de pessoas acusadas de crimes praticados contra *dalits* como já exposto no Capítulo 03. KHAN, 1995, 25 e ss.

(8) Defesa do meio ambiente, da herança cultural, bem como, assuntos relativos a drogas e à adulteração de comida;

(9) Vitimas de ataques direcionados (como *dalits*. e.g.)

(10) Pensões familiares.

Essa diretriz na verdade ratifica o objetivo inicial da criação da litigância de interesse público, qual seja, a proteção dos grupos com déficit significativo de acesso a direitos fundamentais e à proteção destes. Além disso, demonstra que a flexibilização, para permitir a democratização, atinge os procedimentos. Mas não torna a Suprema Corte refém de uma enxurrada de processos imotivados, pois tais diretrizes servem como parâmetro de contenção.

A litigância de interesse público carrou significativos avanços na esfera dos direitos fundamentais.⁵¹⁵ Porém, não é a panacéia para todos os óbices impeditivos do acesso ao sistema de justiça. Especialmente, para aqueles/as que mais precisariam desta arena. A falta de um sistema de assistência jurídica gratuita realmente efetivo, a distância da Suprema Corte, a desconfiança de parte da população em relação às instituições,⁵¹⁶ dentre inúmeros outros fatores que foram citados nos capítulos anteriores, persistem como barreiras ao acesso.

Qualquer pessoa ou organização pode ter legitimação extraordinária para defender pessoas pertencentes a um dos grupos acima ou outro agrupamento que demonstre falta de acesso a direitos contumaz capaz de legitimar o uso da litigância de interesse público. Tal possibilidade tem um efeito positivo inegável e louvável aumenta a possibilidade de acesso ao sistema de justiça por estas pessoas. Não se deve jamais olvidar, no entanto, que o acesso a direitos fundamentais não pode ser algo dado de modo paternalista. A verdadeira fruição dos direitos fundamentais tem como pressuposto a participação dos seus titulares, gerando uma perspectiva emancipatória.

Essa situação não é só presente no sistema indiano, é preciso destacar. Dos 35 processos pertinentes a direitos indígenas processados no STF no período pesquisado, apenas 02 (6%) contavam com participação direta dos indígenas e mesmo neles os interesses dos índios eram “também” patrocinados pelo Ministério Público e/ou pela Funai. Não há uma garantia nesse tipo de

⁵¹⁵ DESAI, 2006, 169

⁵¹⁶ KHAN, 1995, 114.

representação de que os/as indígenas tenham sido ouvidos, ou que a opinião por eles/as emitida tenha sido escutada ou levada em consideração.

Por princípio, a relação entre o Ministério Público e detentores de direitos e a relação entre advogados/as e detentores de direitos é completamente diferente. Na advocacia, há a obrigação do/a advogado/a ser o/a o defensor/a dos direitos e desejos do/a cliente. O Ministério Público, ao atuar, é defensor do estado de direito, dos direitos fundamentais. A relação dele com o/a titular do direito não está vinculada aos desejos e vontades destes/a. Não estou desconsiderando o valioso trabalho prestado pela instituição desde a ampliação de suas competências em 1988. Apenas destaco a existência de um risco potencial de ações judiciais propostas para os indígenas e não pelos indígenas.

Em relação aos indígenas, o mandato concedido a Funai é ainda mais grave, pois a instituição, em sua criação, não tinha por princípio o respeito à cultura, aos direitos e aos desejos dos povo indígenas, pelo contrário era parte de uma política estatal capitaneada pelo Estatuto do Índio que previa o assimilacionismo e a tutela.

O pressuposto do Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais defendido é justamente a consideração de que todos os órgãos e instituições públicos ou privados e todos os cidadãos individualmente ou através de suas posições em grupo ou em sua atuação profissional estão implicados na realização de direitos fundamentais. Nessa medida, são necessários espaços reais de participação, nos quais não exista o mero “falar em nome de alguém”, em um estilo paternalista que infantiliza pessoas e grupos, nem que a participação consista em ser meramente ouvido ou ter sua opinião levada em conta. Mas, que seja realmente considerada as escolhas, os desejos e os direitos de cada grupo e indivíduo, propiciando-se o aprimoramento da capacidade de agente dessas pessoas.

Na África do Sul, o receio de inoperacidade dos direitos fundamentais, especialmente pela conhecida reticência dos cidadãos com maiores déficits de direitos em lidar com o Judiciário após décadas de vilipêndios aos seus direitos sob os auspícios do sistema de justiça, gerou a criação pelo Constituinte das

chamadas Instituições do Capítulo 9:⁵¹⁷ protetor público, comissão de direitos Humanos, Comissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Culturais, Religiosos e Lingüísticos da Comunidade, Comissão para a Igualdade de Gênero, Auditor Geral e Comissão Eleitoral. Sob a responsabilidade delas estaria o fortalecimento do ambiente democrático.

A atuação destas instituições têm variado. Em um dos processos analisados, a Comissão de Direitos Humanos atua como *Amicus Curae*, e.g.. No entanto, acusações de ineficiência a respeito destas instituições grassam. Por um prisma/ângulo, elas têm um amplo mandato; por outro, não tem jurisdição para reprimir denúncias de violação de direitos e precisam inúmeras vezes do sistema judicial. Assim, a Comissão de Direitos Humanos, por exemplo, tem se focado em ações de promoção dos direitos humanos ao invés de na investigação de denúncias.⁵¹⁸

Se é impossível incorporar direitos sem um arcabouço processual e institucional, essas experiências indicam que só eles também não bastam. Introjetar direitos implica em envolver a sociedade (em suas mais diversas facetas) na sua realização. Crer no Estado como único mediador entre os direitos postos normativamente e a realidade é um erro que tem, nos mais diversos contextos sociais, prejudicado a fruição de direitos.

Em outro sentido, é preciso destacar que a Corte Constitucional sulafricana com uma atuação extremamente direcionada na realização de direitos fundamentais desfez o receio inicial dos/as construtores/as da Constituição de que a realização de direitos não conseguiria ser realizada por via judicial. Num passado muito recente existiam inúmeros obstáculos não só derivados do inaccess a direitos, mas também de uma atitude deliberada do sistema judicial.

Disto não se tire a ilação de que a Corte tem sido parcial, ou protegido as pessoas prejudicadas com o Apartheid a qualquer custo. A reconstrução da África do Sul, e essa era uma das preocupações de Nelson Mandela desde o

⁵¹⁷ Art. 181 da Constituição sulafricana.

⁵¹⁸ Ver o site da Comissão para maiores informações: <http://www.sahrc.org.za/>

discurso de libertação⁵¹⁹ e durante todo o seu mandato, se lastreou na tentativa de edificação de um sociedade da qual todos/as se sentissem partes com iguais direitos e obrigações. A Corte Constitucional tem envidado esforços para dar sua contribuição neste sentido.

Num dos processos analisados⁵²⁰ um pequeno empresário negro alegava que, por todas as contingências históricas, o mercado da pesca estava praticamente monopolizado por empresários brancos. Diante disso, requeria o aumento da cota de peixes que lhes tinha sido permitida pelo departamento responsável. Sob a alegação de que todas as pessoas receberam menos do que solicitaram, a Corte negou o pedido afirmando não haver provas de que a ele havia sido negado mais do que a outrem. Não pretendo entrar no mérito da questão, apenas trouxe esse exemplo para demonstrar que nem sempre o mero argumento histórico legitima o pleito.

Ainda assim é o déficit de acesso a direitos, em parte significativa determinado pelo histórico de segregação, o justificador de certos procedimentos, como o do acesso direto. Na África do Sul, o acesso direto é uma exceção concedida apenas naqueles casos em que se demonstre real necessidade.⁵²¹ De acordo com a Constituição,

167. Corte Constitucional. – (...) (6) A legislação nacional ou regras da Corte Constitucional devem permitir que uma pessoa, quando é do interesse da justiça e com licença da Corte Constitucional, (a) traga uma questão diretamente à Corte Constitucional; ou (b) possa apelar diretamente à Corte Constitucional de qualquer outra corte⁵²²

Como afirma o dispositivo constitucional acima, há dois modos de acesso direto. Em um, um processo que nunca foi submetido a nenhum juízo ou tribunal é submetido à Corte Constitucional. No outro, o processo pode já ter sido julgado

⁵¹⁹ Disponível em: <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/mandela/1990/release.html>
Acesso 26/07/2010

⁵²⁰ Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others.

⁵²¹ WAAL, 2000, 133.

⁵²² “**167.** Constitutional Court. - (...) (6) National legislation or the rules of tile Constitutional Court must allow a person, when it is in the interests of justice and with leave of the Constitutional Court (a) to bring a matter directly to the Constitutional Court; or (b) to appeal directly to the Constitutional Court from any other court.” No site da Corte Constitucional encontra-se disponível a Constituição, bem como, o Regimento Interno da CC o qual no artigo 18 determina os procedimento para o acesso direto.
<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/thecourt/rulesofthecourt.htm#p8>

por alguma instância judicial, mas terá seu trâmite de subida para Corte Constitucional facilitado sem precisar obedecer a todos os procedimentos que seriam ordinariamente necessários.

As submissões feitas pelos candidatos se relacionam às questões substantivas que já estiveram perante a Corte. Todavia, o pedido de acesso direto aumenta o escopo das investigações constitucionais de forma útil, dada a necessidade de lidar eficientemente com conseqüências não desejadas do Ato no período mais curto possível. O pedido permite que sejam dadas novas visões sobre a questão, incluindo a questão de que solução é a mais apropriada.⁵²³

A CC tem expressado a necessidade de apenas caso a caso ser decidido sobre a possibilidade ou não do acesso direto, pois assim é possível verificar se é do interesse da justiça tal acesso clivando o pedido sobre certos filtros:

Estes incluem a importância da questão constitucional levantada e o desejo de obter uma decisão da Corte urgentemente sobre esse assunto, possa qualquer questionamento de fatos surgir no caso, a possibilidade de se obter alívio em outra corte, e tempo e custos podem ser reduzidos ao se dirigir diretamente a essa Corte.⁵²⁴

Parece-me que a Corte Constitucional bastante ciente do seu papel na reconstrução da união entre os povos sulafricanos tem cautela para evitar usurpar o poder das demais instâncias judiciais. No caso Zondi acima citado a Corte expressamente afirma ser inclusive do interesse do desenvolvimento da jurisprudência constitucional ter ciência do pensamento expressos pelas cortes de menor jurisdição sobre aspectos constitucionais.

Essas reservas de excepcionalidade não desconsideram o fato de que o acesso direto deve beneficiar os pleitos com urgência caracterizada e grupos

⁵²³ “The submissions sought to be made by the applicants relate to substantive issues that were already before the Court. The direct access application, however, quite helpfully broadens the scope of the constitutional investigation, given the need to deal effectively with the unwelcome consequences of the Act in the shortest possible time. The application further adds fresh insights on difficult issues, including the question of the appropriate remedy.” *Bhe and Others v The Magistrate, Khayelitsha and Others Case CCT 49/03 c/Shibi v Sithole and Others Case CCT 69/03 c/South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another Case CCT 50/03*

⁵²⁴ “These include the importance of the constitutional issue raised and the desirability of obtaining an urgent ruling of this Court on that issue, whether any dispute of fact may arise in the case, the possibility of obtaining relief in another court, and time and costs that may be saved by coming directly to this Court.” *Zondi v Member of the Executive Council for Traditional and Local Government Affairs and Others Case CCT 73/03*.

com acesso histórico deficitário a determinados direitos se moldam especialmente a essa caracterização de urgência. Entre 2000 e 2007, foram analisados cinco processos cuja discussão direta versava sobre direitos negados às pessoas em virtude de sua negritude. Deles, dois não solicitaram o acesso direto e dos três que o fizeram apenas um teve seu pedido negado.⁵²⁵

4.2.2

As Possibilidades Atuais de Acesso ao STF e suas Limitações.

O crescimento da demanda perante o Supremo Tribunal Federal tem sido intensamente discutido em diversos meios, não só no mundo jurídico. No ano de promulgação da Constituição, foram protocolados 21.328 processos no STF. Em 2009, foi registrado o menor número de processos protocolados nos últimos 10 anos: 84.369. Praticamente, a metade do “ano recorde” de ações, 2002, no qual foram protocolados 160.453 processos. O número de julgamentos também é astronômico, em torno de 1 milhão e 500 mil julgados entre 1988 e 2009.

Tais números representam um ganho de confiabilidade da população que tem elegido crescentemente a arena judicial para a busca de seus direitos. A Corte Suprema é um palco privilegiado, pois é dela a última palavra em assuntos de matéria constitucional e só ela tem o poder de proferir decisões definitivas que terão validade para todos e não só para as partes envolvidas no processo.

Entretanto, diferentemente do que parece indicar números tão eloqüentes, há uma grande dificuldade no acesso ao Supremo Tribunal Federal para os/as cidadãos/ãs comuns, especialmente, para os grupos historicamente credores de direitos fundamentais.

Nessa tese centrei a análise da jurisprudência brasileira em torno dos indígenas, mas a título de exemplificação, levantei o número de julgamentos em

⁵²⁵ Acesso direto: *Dikgang Moseneke and Others v The Master of the High Court CCT 51/2000*; *Bhe and Others v The Magistrate, Khayelitsha and Others Case CCT 49/03*; *c/Shibi v Sithole and Others Case CCT 69/03*; *c/South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another Case CCT 50/03*. Acesso direto negado: [Zondi v Member of the Executive Council for Traditional and Local Government Affairs and Others Case CCT 73/03](#). Não pediu acesso direto: *Bel Porto School Governing Body and others v Premier, Western Cape Province and another Case no 58/00*; *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v The Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others CCT 27/03* Decided: 10 March 2004

torno de 06 grupos credores de direitos: (01) crianças e adolescentes; (02) idosos; (03) mulheres; (04) indígenas; (05) LGBTT; (06) negros/as e quilombolas. Com o objetivo de comparar com o número de processos que o STF julgou entre 1988 e 2009, digitei o seguinte intervalo 01/01/1988 e 31/12/2009 e escolhi todas as bases de dados disponíveis (acórdãos, decisões monocráticas, etc)⁵²⁶ para obter paridade na comparação com os números totais apresentados pelo Supremo.

A escolha por levantar o contingente em todas as bases gerou um desvio para maior, pois há processos nos quais há diversas decisões (e.g., um acórdão e inúmeras decisões monocráticas).⁵²⁷ Além disso, os termos digitados são amplos, portanto, seria preciso olhar processo a processo para ter certeza se eles realmente versavam sobre o direito do grupo em questão, ou apenas citavam o grupo incidentalmente.

No entanto, os números são tão enfáticos que mesmo esse benefício da majoração não influi na conclusão: há imenso déficit de acesso dos grupos credores de direitos fundamentais ao STF. Tais grupos representam apenas 0,15% dos julgamentos, o que simboliza 2303 dentre os 1.459.319 julgados no período.⁵²⁸ Mesmo os direitos sociais, objetos constantes de inúmeras polêmicas, encontram diminuto ressoar no STF.

Na África do Sul e na Índia, o acesso direto à Corte assegura um maior acesso do que o encontrado no Brasil. Disso não se pode subsumir que o acessos desses grupos nestes países é extremamente fácil. Como apresentei na metodologia é o país com o maior percentual de acesso e ele corresponde a 2,34%. Ainda é bastante residual. No entanto, para se verificar se esse é realmente um percentual significativo ou não para aquela sociedade seria preciso se perscrutar de modo muito mais detido sobre a estrutura social do país e sobre o próprio sistema de justiça e acesso a direitos, o que não está dentre os objetivos desta tese.

⁵²⁶ Ver Apêndice 07.

⁵²⁷ A ADPF 132 tem diversas decisões monocráticas de aceitação de Amicus Curiae e aguarda pelo acórdão.

⁵²⁸ Ver Apêndice 07.

Meu intuito nesse ponto é demonstrar que outros países criaram estruturas permissivas do acesso direto em casos nos quais direitos fundamentais estão violados e ameaçados. Além do que se a situação nestes países não é das melhores, neste específico ponto a do Brasil é a pior. Os indígenas são um dos grupos com maiores possibilidades de acesso direto ao STF por grande parte dos processos versarem sobre demarcação que é ato do Presidente da República e portanto sua contestação permite a impetração de Mandado de Segurança ao STF. Ainda assim, entre 2000 e 2007, o número de processos relativos a indígenas corresponde a apenas 0,00406% dos processos propostos na Corte.

Hoffmann e Bentes após uma extensa pesquisa empírica sobre a jurisprudência em torno de direitos sociais em cinco Tribunais estaduais, no STJ e no STF afirmam ser o direito à saúde o mais demandado tanto nos TJs quanto no STJ⁵²⁹, mas encontraram poucos julgados sobre o assunto no STF.⁵³⁰ Um rápido levantamento sobre todos os julgados no STF entre 2000 e 2009, indicam a existência de 4123 julgados sobre o direito à saúde, 1586 sobre o direito à educação e 48 sobre o direito à moradia e 210 sobre direito à terra, percentualmente 0,41% dos julgamentos ocorridos no STF no período correspondem a esses direitos sociais. Lembrando que pelos mesmo motivos narrados quando da pesquisa sobre os grupos credores de df's, este contingente está majorado.

Somados ambos os percentuais teríamos que 0,66% dos julgamentos concernem a direitos sociais ou grupos credores. Sem esquecer que mais uma vez haveria novo desvio para maior, pois parte dos processos relativos a estes grupos discutem direitos sociais (basta-se ver a discussão de cotas para pessoas negras (direito à educação) e de demarcação de reservas (direito à terra) para os indígenas, por ex.)

É visível o esforço realizado pelo STF na democratização do acesso perante às ações de controle concentrado de constitucionalidade, admitindo a

⁵²⁹ E como se verá a frente, esse direito não corresponde a sequer 0,5% dos processos do Superior Tribunal de Justiça.

⁵³⁰ HOFFMANN e BENTES, 2010, 392

participação de inúmeros *Amici Curae* e, nos assuntos mais complexos, realizando audiências públicas. A criação da TV Justiça e a disponibilidade de dados estatísticos no site demonstram que a transparência também tem tido um valor primordial nas gestões do Supremo.

No entanto, o modo como o acesso à Suprema Corte brasileira está estruturado permite uma distorção pouco sublinhada nos estudos jurídicos: há muitos processos, mas um número exíguo deles se refere aos grupos mais carentes de direitos ou aos direitos fundamentais prestacionais.

Impossível realizar um direito sem um instrumento capaz de torná-lo real. Esse pressuposto gerou a criação de inúmeras garantias fundamentais pela Constituição brasileira (e.g. artigo 5, LXVIII até LXXIII.) bem como, de um controle de constitucionalidade bastante complexo. Desde 1988 tornou-se um debate comum no Brasil o imenso volume de processos julgados pelo STF. Como se viu trata-se de um debate arrazoado. Apenas 11 ministros/as serem responsáveis pelo julgamento de um milhão e meio de processos em 22 anos é um feito heróico. No entanto, essa estrutura que tanto quis zelar pelos direitos fundamentais não está sendo suficiente para assegurá-los, notadamente, para as pessoas que deles mais necessitam.

O acesso ao Supremo Tribunal Federal pelos cidadãos/ao pode se verificar através da utilização de ações de competência originária ou de recursos. As ações de competência originária, por serem propostas diretamente perante a Corte Suprema apresentam diversas vantagens, não só por possibilitar um julgamento mais célere como também por permitir a discussão de temas centrais a respeito da salvaguarda da Constituição e dos direitos fundamentais pelo órgão com competência para exarar decisão definitiva, com modulação de efeitos temporais e abrangência geral.

No entanto, no Brasil por impossibilidades processuais, a grande maioria dos casos se realiza mediante competência recursal, entre 80% a 97% dos processos a depender do ano.⁵³¹ A competência originária está determinada no

⁵³¹ Ver mais informações em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>

artigo 102, I da CF. Dentre os instrumentos lá expostos, interessa ao cidadão comum para a defesa de seus direitos a possibilidade de interpor:

(1) ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF);

(2) as garantias fundamentais do Mandado de Injunção, Mandado de Segurança, Habeas Corpus e Habeas Datas nas seguintes hipóteses:

(A) o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal. Vale lembrar que o MS é uma ação de rito especial que só pode ser interposta em situações nas quais exista direito líquido e certo, ou seja, não há espaço para dilação probatória, oitiva de testemunhas, etc.

(B) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(C) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

(3) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

(4) a revisão criminal e a ação rescisória referente a julgados do STF;

(5) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

(6) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

O Habeas Corpus, o Habeas Data e o Mandado de Segurança para serem interpostos perante o Supremo têm de possuir algum dos sujeitos passivos nomeados acima, o que diminui em muito seu espectro de atuação. A demarcação de terras indígenas é realizada via decreto presidencial, o que legitima quem tenha interesse em contestar a demarcação à propor Mandado de Segurança perante o Supremo. Entre 2001 e 2007, foram exaradas pelo STF tão somente 10 decisões sobre demarcação de terras indígenas em sede de MS. Se comparadas com os Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento, a escassez de julgados é comum às demais garantias fundamentais no STF⁵³².

O Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) debatem a violação de direitos ocorrida por inação do Poder Público. O modo de o próprio Supremo Tribunal Federal interpretar estes dois instrumentos, entendendo ser possível com eles apenas produzir uma recomendação para o/a omissor, os colocou por longo tempo no ostracismo. Ademais, a ADO tem a mesma limitação de legitimados ativos da ADI e da ADC, ou seja, só os entes elencados no artigo 103 da CF podem a interpor. Já o Mandado de Injunção pode ser interposto por qualquer cidadão cujo exercício de direito, liberdade ou direito constitucional por inércia do poder público na criação de a norma constitucional prevista para a viabilização da direito.

Entre os/as autores/as, há três principais visões a respeito do Mandado de Injunção. A anteriormente adotada pelo STF indicava que constatada a mora do Poder Público⁵³³, a Corte deveria emitir uma notificação à autoridade competente comunicando a existência da omissão inconstitucional. A tradição pouco republicana brasileira de apenas obedecer ordens que se apresentem com as correlatas sanções gerou uma lista no STF de “*decisões em que se declarou a*

⁵³² Corrobora esta afirmação o quantitativo apresentado no anexo 02.

⁵³³ Um dos mais prestigiosos defensores dessa corrente era o Ministro Moreira Alves. Ver: MI 107, Moreira Alves, DJ 21/9/1990.

*mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendentes de disciplina.*⁵³⁴

Uma segunda corrente indicava que o Supremo deveria determinar um prazo para que o poder omisso agisse sob pena de, findo o período, o/a requerente passar a gozar do direito requerido.⁵³⁵ A terceira corrente destacava o caráter mandamental do instituto e asseverava ser preciso que o STF resolvesse o caso concreto quando da mora do poder responsável. Essa visão foi finalmente adotada nos julgamentos dos MI 670 e MI 712⁵³⁶ sobre o direito de greve e mais uma vez defendida no MI 721 sobre o direito à aposentadoria especial em virtude de insalubridade.

Tais decisões do Supremo Tribunal são louváveis e fazem parte de um esforço em prol da realização de direitos fundamentais e do respeito aos ditames constitucionais. No entanto, como o MI lida apenas com as omissões e a eficácia reduzida dos direitos fundamentais deve-se não à falta de leis ordinárias; mas à não realização deles nas mais diversas esferas de competência. A mudança de direcionamento do Supremo é um ganho para a defesa dos direitos, porém a lacuna protetora remanesce.

O controle concentrado realizado pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI e ADO) e Ação Declaratória de Constitucionalidade⁵³⁷ só é apto a debater violação de direito gerada por lei em tese. Ou seja, discute-

⁵³⁴

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> Acesso em: 02.02.10

⁵³⁵ Ver MI 283, Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991 e no MI 232, Moreira Alves, DJ 27/3/1992,

⁵³⁶ Pelo caráter exemplar destaco dois trechos dos votos nestes Mis Por outro lado, ficou superado, definitivamente, o dogma de que o Poder Judiciário atua exclusivamente como legislador negativo, dogma este que vem de uma concepção kelseniana do ordenamento jurídico. Nessa ordem de considerações, o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a *vontade hipotética da Constituição* ou a *solução constitucionalmente vinculante*.(MI 670, Ministro Gilmar Mendes) e Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandato de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007)

⁵³⁷ Lei 9868/99.

se a constitucionalidade ou não de um dispositivo no plano abstrato. Não há sequer partes ou lide. O debate revolve em torno da existência (ou inexistência) de uma norma gerando antítese no ordenamento jurídico por desobediência à Constituição.

Resta aos cidadãos/ã, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Seu disciplinamento constitucional é extremamente conciso, por isso, a lei sem muitas amarras pôde criar um instituto que excedesse o debate abstrato e permite ser levado a discussão ato do Poder Público que ameace ou viole preceito fundamental. O receio de uma enxurrada de ações perante o STF refreou o legislador, que condicionou a ADPF à ultrapassagem de um requisito essencial: a subsidiariedade. Assim, condicionou sua utilização a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Esse argumento levado ao extremo inviabilizaria o seu uso, uma vez que instrumentos há. Se eles são eficazes é o que se discute.

A determinação da subsidiariedade se justificava quando o projeto de lei fora aprovado no Congresso Nacional, pois nele havia a democratização da legitimação ativa: qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia propor ADPF. Mas tal regra exposta no inciso II do artigo 2 foi vetada pelo então Presidente, Fernando Henrique Cardoso. De tão interessante para o debate, irei recortar trechos dos argumentos do veto para contestá-los passo a passo.⁵³⁸

“A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame.” Não consigo visualizar justificativa para a existência de uma incompatibilidade prévia ao acesso democrático ao STF. Em especial porque no caso em comento não se abririam as portas do Supremo para o debate sobre qualquer direito, mas apenas sobre preceitos fundamentais.

A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação

⁵³⁸ O Veto na íntegra está disponível em: Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm

excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. (veto)

Há sim requisitos. Três em verdade: (1) tratar-se de direito fundamental; (2) violado ou ameaçado por ato do poder público; (3) não existir outro modo de ser defendido. Além disso, o mesmo raciocínio realizado pelo Supremo para estabelecer a existência ou não de Repercussão Geral⁵³⁹ poderia ser utilizado para a verificação da existência de relevância social e a consistência jurídica é analisada em total e qualquer ação judicial sob pena de inépcia da petição inicial.⁵⁴⁰

De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. (veto)

O rol para a proposição das ações de controle de constitucionalidade não é amplo, pelo contrário, é extremamente qualificado com apenas 09 tipos de entidades legitimadas e por determinação do Supremo cinco delas podem propor o controle sob qualquer tema. As demais necessitam provar a pertinência temática quando atuam: "*a legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação*".⁵⁴¹

Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento. (veto)

⁵³⁹ Instituto criado pela Emenda 45/04 numa tentativa de evitar o abarrotamento do Supremo Tribunal Federal com processos que não possuem repercussão geral (leia-se relevância social) Art, 102, § 3º, CF.

⁵⁴⁰ Ver artigo 295 do Código de Processo Civil.

⁵⁴¹ [ADI 1.507-MC-AgR](#), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97.

As ações de controle de constitucionalidade não são as responsáveis pela enxurrada de processos que assola o Supremo. Pelo contrário, elas representam um pequeno número dos processos. Além disso, 65% delas não entraram sequer na pauta de julgamentos⁵⁴². Se a Corte está atolada em processos não é por culpa delas.

Todos os óbices apresentados acima a proposição de ações diretamente ao Supremo acarretam na inacessibilidade desta, que é a principal instância para a defesa de direitos fundamentais, aqueles/as que mais necessitam dela justamente por terem um déficit histórico de acesso a tais direitos.

Um indício forte de que há uma procura da população por pronunciamentos do Supremo que são obstados pelas restrições ao acesso direito é o destacado número de ações de controle abstrato de constitucionalidade consideradas não-conhecidas.

PERCENTUAL(NÚMERO) DE AÇÕES NÃO CONHECIDAS	
ADI (1988 – 31 de maio de 2010)	41,8% (1837)
ADC (1993 – 31 de maio de 2010)	38,5% (10)
ADPF (1993– 31 de maio de 2010)	52,4% (110)
ADO* (2008 – 31 de maio de 2010)	12,5% (1)
Portal de Informações Gerenciais do STF * A partir de outubro de 2008 foi criada a classe ADO. Foi decidido pela Presidência que as ADI por omissão em tramitação seriam reatuadas como ADO	

Para ocorrer tal rejeição, ou falta a estes processos alguns dos requisitos legais possibilitadores da ação ou a petição inicial é inepta. Diante do vultoso número de ações rejeitadas por esse tipo de falha elementar, me parece ser possível supor que um número razoável de litigantes tem consciência do “erro processual” tentado acessar o Supremo na tentativa de obter uma decisão da Corte pela flexibilização do procedimento e ter sua pretensão discutida.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos há três tipos de procura dos/as cidadãos/ãs em relação ao acesso ao sistema de justiça: (1) a procura efetiva; (2) a procura potencial; (3) procura suprimida.⁵⁴³

⁵⁴² Esse percentual foi calculado pela soma de percentuais de ações não conhecidas e não julgadas ver tabela no Apêndice 08.

⁵⁴³ SANTOS, 2007 (a), 25-30.

A procura efetiva é aquela que pode ser contabilizada pelo número de processos distribuídos nos tribunais. Essa procura no Brasil tem sido obstada por diversos empecilhos, desde questões processuais até a obsessão pela “eficiência” da prestação jurisdicional que tem feito diversos juízes/as extinguirem inúmeros feitos de uma só vez para assim aumentarem seus índices de “produtividade”. Me interessou aqui demonstrar que, em relação ao acesso de grupos credores de direitos fundamentais ao Supremo Tribunal Federal essa procura tem sido contida pelos próprios procedimentos previstos para o acesso à tal Corte.

Para ele, a procura potencial é aquela que pode ser obtida através de reformas processuais. Já a procura suprimida, que será tratada no item a seguir, se refere aos cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas se sentem impotentes para os reivindicar quando são violados.

O exemplo indiano pode ser muito radical para um sistema jurídico e judicial tão estruturado quanto o brasileiro. No entanto, está claro que alguma flexibilização é necessária. Como demonstrado, a África do Sul não abriu mão de rígidos procedimentos e apenas admite em casos excepcionais o acesso direto.

No Brasil, há certos avanços que já seriam possíveis dentro da estrutura atual, como a persistência de decisões em sede de Mandado de Injunção tendentes a resolver a lide e não apenas a decretar a mora, a flexibilização da exigência da subsidiariedade e a democratização do acesso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e uma organização de pauta que privilegiasse o julgamento das ações de controle de constitucionalidade. É inconcebível que existam Ações Diretas de Constitucionalidade há mais de 20 anos aguardando julgamento⁵⁴⁴ e que quase 40% das ADPFs esteja nesta situação.⁵⁴⁵

Por certo que as ações de controle de constitucionalidade demandam um esforço muito maior da Corte pela complexidade das matérias que vem sendo

⁵⁴⁴ Informação disponibilizada no próprio site do STF. Disponível em www.stf.jus.br
Acesso em; 12.06.10

⁵⁴⁵ Ver tabela sobre controle concentrado no próximo Capítulo.

postas, pela repercussão a ser gerada com a decisão, pela democratização do acesso empreendida que se por um lado aprimora a qualidade dos dados à disposição da corte, por outro complexifica ainda mais a demanda. No entanto, não é possível ignorar que nestas ações está a guarda precípua dos ditames constitucionais com possibilidade imediata ou modulada de alcance geral dos efeitos da decisão prolatada.

Seriam estes avanços importantes, mas a reflexão que aqui proponho vai além deles e questiona o papel do Supremo Tribunal Federal no Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais. O SGDF, como já mencionado, não precisa ser criado por qualquer ato normativo, ele já existe. O formulo aqui como parte de uma leitura de direitos fundamentais calcada nos dispositivos constitucionais e nos princípios da indivisibilidade, interdependência e inter-relação.

O STF como tribunal ápice do Judiciário brasileiro, guardião nato da Constituição e dos direitos fundamentais, possui uma posição privilegiada dentro desse sistema. Porém, é preciso se repensar toda a estrutura de acesso a essa Corte. O debate não pode ser apenas como garantir que a Corte não seja asfixiada com uma enxurrada de processos, mas como assegurar que dentre os processos lá postos haverá prioridade sob aqueles tendentes a concretizar mais diretamente direitos fundamentais para as populações com maior déficit de acesso a eles.

Dentre as inspirações trazidas do contexto indiano acredito que a mais significativa diz respeito a assumir que existem sim grupos merecedores de uma atenção especial. Não se trata de negar direitos aos demais apenas assumir a carência histórica de parcela significativa da sociedade que por vezes encontrou no passado também no Judiciário um algoz.

Que a sociedade brasileira é extremamente desigual é fato mais do que provado pelos mais diversos índices econômicos e sociais. Utilizando mais uma vez o Índice de Desenvolvimento Humano é possível demonstrar o quanto as situações são dispares e nele não estão computados os alarmantes números de morte de jovens em virtude da violência urbana, ou as violações ocorridas nas

demandas por reconhecimento e representação de parcela significativa da sociedade⁵⁴⁶.

A iniquidade desse arranjo social corrói as estruturas institucionais e excluem de pronto parcela significativa da população ao acesso à direitos pelos mais diversos meios. Como demonstrado neste item, a estrutura sob a qual estão edificados os modos de acesso ao STF não têm contribuído para minorar esta realidade. Pelo contrário, tem cooperado para a permanência desse fosso.

Ministros e Ministras do Supremo têm trabalhado bastante, julgam um número assustador de processos anualmente, vêm executando inúmeras ações administrativas de modo a se democratizar, revolucionaram o modo de julgamento das ações de controle de constitucionalidade, enfrentaram inúmeras ações com assuntos extremamente polêmicos, todo esse esforço não é capaz, entretanto, de garantir o pleno acesso aos grupos com maiores carências de direitos fundamentais.

Não é a toa que venho defendendo a instituição de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais. Um sistema pressupõe o entrelaçamento entre as normas através uma concatenação lógica que faça funcionar a interconexão entre elas. As normas de direito fundamental de que trato não são apenas os direitos civis, políticos, sociais, culturais, ambientais, etc., mas também as normas processuais que asseguram a exeqüibilidade destes e as que legitimam as instituições responsáveis pelas direitos fundamentais.

Uma determinada garantia ou instituição não deve inibir o funcionamento de outras garantias ou tornar desnecessária uma instituição. É verdade que no Brasil há uma miríade de instrumentos processuais de defesa dos direitos fundamentais, bem como, há uma melhor estruturação do sistema de defesa de grupos credores de direitos do que muito outros países. A Defensoria Pública brasileira tem um escopo de atuação e uma estrutura melhor não só do que o

⁵⁴⁶ A desagregação referida em termos de reconhecimento dentro dos índices do Idh se refere a diferenças entre brancos e negros. Para maiores informações consultar o Atlas de Desenvolvimento Humano e o Atlas Racial Brasileiros disponíveis em www.pnud.org.br

encontrado na África do Sul e na Índia, mas também do que França e Estados Unidos⁵⁴⁷, por ex.

África do Sul e Índia com as soluções alternativas criadas para a proteção dos direitos fundamentais de determinados grupos têm se visto hoje em face de um impasse, pois apesar da propriedade e qualidade das alternativas criadas elas não suprem todas as necessidades de um SGDF.

Veja-se o caso das instituições do Capítulo 09 da Constituição sulafricana que em princípio aturdiu os/as próprios/as operadores/as e estudiosos/as do direito que chegaram a admitir não ser pesaroso o fato da Constituição só prever assistência judiciária gratuita nos casos criminais⁵⁴⁸, pois havia sido criado um Protetor Público sob cuja obrigação está receber e investigar denúncias acerca da má-administração e da corrupção dentro do estado e a Comissão de Direitos Humanos encarregada de promover a observância, o respeito e a defesa dos direitos humanos. Devenish chega ao extremo de afirmar *“ainda não há indicação de que auxílio legal possam ser necessários em questões civis para facilitar o acesso a cortes”*⁵⁴⁹ (tradução livre da autora)

Na Índia o estardalhaço causado pelo sucesso da litigância de interesse público ofuscou a violação do direito constituída pelo fato do sistema de assessoria jurídica gratuita não funcionar devidamente. No Brasil, o sistema como um todo ainda tem muitas falhas, diversas delas já apontadas. Mas, é sem dúvida o mais estruturado dos três e com maiores condições de avançar na efetivação do acesso à justiça.

Defendo a idéia de Sistema justamente com o objetivo de não legitimar esse tipo de partição. O fato de a África do Sul possuir instituições administrativas responsáveis pela promoção de direitos e pela *accountability* ou uma Corte Constitucional com possibilidade de acesso direto não permite a ilação de que é desnecessária a ampliação da matéria do sistema de assistência

⁵⁴⁷ ALVES, 2006, 54 e ss.

⁵⁴⁸ Tratei no Capítulo anterior com maiores detalhes do sistema de assistência jurídica nos países do IBAS e como destaquei *o legal aid board* tem se aberto vagoradamente à litigância cível.

⁵⁴⁹ “there is no indication as yet that legal Aid may be necessary in civil matters to facilitate access to courts.” DEVENISH, 1999, 488

jurídica gratuita.⁵⁵⁰ O sucesso do sistema de litigância de interesse público na Índia não legitima toda a estrutura do sistema de justiça que ainda detém inúmeras escaras facilmente visíveis. O fato de o Brasil possuir uma instituição de assessoria jurídica gratuita melhor estruturada ou um Ministério Público com possibilidade de agir em prol dos grupos credores de direitos fundamentais e destes direitos por vinculação temática não deve obstruir debates sobre como o sistema de justiça pode se tornar ainda mais acessível e efetivo.

Não se trata de um jogo no qual cada um escolhe algumas boas cartas e assim se habilita a desprezar as demais. Estou tratando de um Sistema de Garantia de direitos integrado quanto melhor funcionar uma instituição melhor funciona toda a engrenagem e mais possibilidade se tem de resguardar a interconexão entre os direitos.

É sim de se lamentar que ante tantos avanços em torno dos direitos fundamentais no Brasil nas últimas duas décadas, seja ele o único dos três países a não contar com um sistema de litigância de interesse público perante a Corte Suprema.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro não tem competência originária para receber Ações Cíveis Públicas. Apenas pode delas conhecer em grau de recurso Extraordinário quando houver uma questão constitucional incidindo na discussão, mas nesse caso só atuará para resolver a questão constitucional não conhecerá do mérito discutido naquela ação. Pelo instituto da Ação Civil Pública admitir instrução probatória seria de difícil adequação dentro da estrutura a que o Supremo está hoje adstrito. Não há dúvidas disso. Mas, também não resiste dúvidas de que acesso ao STF precisa ser revisto.

O STF tem também competência para receber Mandado de Segurança coletivo e o Mandado de Injunção Coletivo. O MS Coletivo para ser interposto perante o STF tem de estar contestando ato do Presidente da República, das

⁵⁵⁰ As litigâncias de interesse público são realizadas em geral pelas Organizações Não Governamentais, dos 05 casos estudados 02 eram patrocinados por ONG ou pela advocacia pro Bono executada pelos grandes escritórios (na África do Sul todo escritório tem de dedicar um determinado percentual de tempo dos seus advogados a atuação pro Bono, não é difícil imaginar o porquê de muitos deles escolherem a litigância de impacto como seu espaço de atuação). A título de exemplo ver <http://www.lrc.org.za/> <http://www.webberwentzel.com/>

Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal e estar debatendo direito líquido e certo. Além disso, só tem dois legitimados ativos: a) partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. O Mandado de Injunção Coletivo segue as mesmas regras do Individual e possui a mesma limitação: ser apto apenas para contestar a inexistência de norma regulamentadora.

Concordo com Oscar Vilhena quando afirma: *“mesmo um sistema jurídico frágil pode prover mecanismos que, se usados a tempo, aumentarão a imparcialidade e o igual reconhecimento de sujeitos de direitos.”* Ele traz como exemplos justamente as leis de interesse público, o *advocacy* em direitos humanos, a litigância estratégica e a assessoria jurídica gratuita.

“Essa alternativa é baseada no pressuposto de que o sistema jurídico ocupa uma posição intermediária especial entre a política e a sociedade. Por ser um produto das relações sociais e das decisões políticas, os sistemas jurídicos constituem um vetor dessas relações e decisões. A lei, porém, não é apenas um reflexo da distribuição de poder dentro da sociedade. Os sistemas jurídicos modernos são constituídos por privilégios obtidos pelos grupos mais poderosos, mas também refletem aspirações de justiça, por intermédio de regras, direitos e procedimentos voltados à obtenção da legitimidade e cooperação.”⁵⁵¹

O sistema jurídico brasileiro não é frágil, mas há um contingente significativo da população numa situação de fragilidade na fruição de direitos fundamentais. Qualquer atitude tencionada a realizar tais direitos não pode desprezar essa realidade. Não pode olvidar também que o *advocacy* em prol dos direitos humanos e a litigância estratégica são obstados pelos impedimentos narrados.

Para ele, e isso também defendo, o Estado Democrático de Direito não se perfaz sem legitimidade e cooperação. Leio a legitimidade como proveniente da efetivação dos direitos fundamentais pelos órgãos competentes e a cooperação firmada no âmbito de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais. O Supremo precisa ocupar seu espaço nesse cenário, seja através de uma renovação de sua jurisprudência (caso do MI e ADPF), seja através da

⁵⁵¹ VILHENA, 2010, 215.

modificação do seu regimento interno (caso da precedência em pauta de determinadas ações), seja através de uma negociação em prol de uma reorganização de sua competência destinada a torná-lo unicamente uma Corte Constitucional, seja através de uma reformulação do acesso que permita, ao menos, aos grupos historicamente credores de direitos fundamentais uma linha de acesso direto quando em voga questões atinentes a direitos fundamentais.

Finalizando o Capítulo...

Assumir o Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais proposto é parte da formação de uma proposta na qual os direitos fundamentais sejam postos como valores da sociedade que devem nortear a vida cotidiana, as relações entre entes privados e públicos.

Inibir o uso de direitos fundamentais como exortações vãs passar por uma educação em direitos para toda a população, entretanto representa muito mais ainda. Se o aluno vai a escola e é ensinado sobre todas as normas a respeito do tema, mas se depara apenas com violações a estas normas no seus dia-a-dia e não as ver jamais serem utilizadas para reparar, proteger ou até punir, de nada adiantará acrescentar a matéria nos currículos escolares.

Adotar um sistema como esse não é tarefa fácil, por esse e outros motivos, é que ter a Suprema Corte brasileira como uma difusora deste sistema é tão importante. O acesso direto de pessoas em grupo com histórica defasagem no acesso a direitos fundamentais ao STF é um modo de corrigir gradativamente os erros históricos e ir o STF paulatinamente tomando a dianteira neste Sistema.

As discussões que levaram o Supremo a transferir competências para o STJ na “Reforma do Judiciário” orquestrada pela Emenda Constitucional 45/04 poderiam ser retomadas para se verificar outras competências a serem transferidas.

Linhas acima, citei Boaventura Santos asseveram que os casos de judicialização representam o contexto histórico atual e não precisam ser evitados, pelo contrário, deve se assumir esse movimento para lidar-se com ele dentro dos paradigmas de direitos fundamentais. A tensão entre as funções estatais é parte do sistema de freios e contrapesos. Lidar com ela ao invés de

ignorá-las é o melhor meio de se fortalecer o ambiente democrático. Acredito que cada vez mais se demonstra, e os dados trabalhados nesta tese a isso corrobora, a necessidade de se assumir o STF como a Corte Constitucional brasileira. Se isso irá afogar o STJ de processos, se será necessário se ampliar a composição de ministros daquela Corte, são pontos que precisarão ser discutidos. Apenas, não se podem as dificuldades se tornarem anteparos intransponíveis.

O Relatório 2009 do STF demonstra o quanto tem sido uma pauta do STF aumentar o número de julgamentos para extinguir um maior número de processos e assim prover com rapidez e eficiência a prestação jurisdicional. Os novos institutos jurídicos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral representam essa tentativa. Sou favorável a iniciativas que desafoguem o Supremo e minha proposta não pretende contrariar essa perspectiva.

Esse pode ser um movimento valorizador da dinâmica que estou propondo e não o contrário. Meu intuito não é atolar ainda mais os Ministros e Ministras de processo; é qualificar ainda mais o debate, colocando em pauta no Supremo apenas as matérias que necessitam de expertise tão qualificada como a desta Corte.