

Direitos humanos e acesso à Justiça^(*)

Reginaldo Melhado^()**

Para tratar da conexão entre direitos humanos e acesso à justiça é preciso primeiro esclarecer a que estamos designando *direitos humanos*.

Referimo-nos, em primeiro lugar, a direitos civis, políticos e sociais, incluindo-se nestes últimos os direitos difusos e coletivos, direitos que, conquanto marcados por sua historicidade concreta, são caracterizados por uma certa transcendência temporal e traduzem uma fundamentação multicultural. Tratam-se de direitos submetidos a um movimento histórico dialético no qual mesmo os direitos humanos clássicos sofrem evolução e aperfeiçoamento, enquanto novos direitos podem surgir.

São direitos anteriores à sua positivação em ordenamentos jurídicos. Estão presentes na consciência jurídica e moral da sociedade e não se esgotam na positivação da norma legal.

Os direitos humanos — ou direitos fundamentais — aparecem *in concreto* com diversos conteúdos no curso da história. O mais antigo seria o direito à preservação da liberdade de ir e vir ou de não ser preso

^(*) Conferência apresentada no Fórum de Direitos Humanos promovido pelo Conselho Permanente de Direitos Humanos, do qual participam o Centro de Direitos Humanos de Londrina e a Secretaria de Justiça.

^(**) Juiz titular da Vara do Trabalho de Rolândia

arbitrariamente, do qual deriva o princípio mais elementar do direito penal moderno, o princípio da legalidade ou anterioridade, segundo o qual não haverá crime sem lei anterior que o defina e, bem assim, não haverá pena sem prévia cominação legal. Também exsurtem os direitos de liberdade religiosa e de manifestação do pensamento, paralelamente a todo um complexo de garantias e direitos relacionados à participação política dos cidadãos.

Os direitos humanos dizem respeito a valores supremos da humanidade e têm como objeto central a dignidade do homem. Não se confundem eles com normas positivas — com disposições da Constituição ou de uma lei — e portanto podem ou não estar plasmados no ordenamento positivo.

A filosofia do direito vem se preocupando com o fundamento dos direitos humanos e o tema é ainda bastante polêmico. Basicamente duas concepções diferentes podem ser encontradas na literatura: uma baseada na liberdade e outra na dignidade do homem. A primeira (baseada na liberdade) teria duas ramificações: a clássica e a liberal.

A concepção que se pode denominar *clássica* supõe a liberdade como mero direito negativo. Deriva de um conceito específico de Estado, cujo papel predominante seria o de garante da liberdade individual: protegeria os indivíduos dos outros indivíduos, sem intervir diretamente nas relações jurídicas de caráter privado e portanto nos domínios da economia e das relações sociais. Este Estado mínimo seria o Estado liberal clássico. Antes do Estado, uma ficção jurídica, os homens teriam vivido em estado de

natureza e nele seriam titulares de direitos à liberdade absoluta, como pretende Rousseau^(***).

O que se pode designar como vertente *liberal* é representado pelo pensamento de Hayek e Milton Friedman, por exemplo. Tais autores afastam-se da “mitologia” de que os homens teriam vivido em estado de natureza — como queria Rousseau — e propugnam por uma fundamentação dos direitos humanos baseada exclusivamente no conceito de liberdade.

Rechazando tanto o jusnaturalismo como o liberalismo, Ernest Tugendhat, em contrapartida, supõe que a única maneira de justificar os direitos humanos é fazê-lo à base de uma concepção moral. Para ele o respeito à liberdade individual é *conditio sine qua non* de “qualquer moral”.

Nessa nova trilha filosófica, em oposição ao jusnaturalismo e ao liberalismo, conformam-se duas tendências. Uma cujo grande expoente pode ser considerado Robert Alexy, que se apóia no conceito de liberdade, mas o desenvolve de forma peculiar, sustentando não ser suficiente o que denomina liberdade negativa. Para

(***) *Aliás, nenhum outro pensador pode ser tão emblematicamente representativo do jus naturalismo como Rousseau. Assim como o tempo, o mar e as tormentas desfiguram a estátua de Glauco, as relações sociais agem sobre o homem deformando o ser “que atua sempre por princípios certos e invariáveis” (Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdade entre los hombres, Alianza Editorial, Madrid, 1994, trad. cast. e notas de Mauro Armijo, p. 194). Com efeito, “só depois de haver limpado o pó e a areia que suja o edificio, percebe-se o base inquebrantável sobre a qual se alça, e se aprende a respeitar sus fundamentos” (op. cit, p. 200). Há uma idéia de degradação progressiva do homem, que seria essencialmente bom e justo, mas é corroído pela experiência social.*

Alexy, haverá de ser dada proteção ao direito de liberdade positiva. Para explicar o que o autor de "Teoria dos direitos fundamentais" quer dizer exatamente, podemos fazer referência à metáfora do alpinista que cai em um abismo do qual é incapaz de sair. No seu cárcere natural, ele é absolutamente livre: não está sujeito a qualquer forma de coação física ou moral e só não escapa da clausura por não poder. A liberdade do alpista, no caso, é uma liberdade negativa. A liberdade positiva, ao revés, pressupõe capacidade e oportunidade de realização de um direito. Desta liberdade nosso alpinista, em seu desespero abissal, está privado.

Nessa perspectiva, ao Estado caberia não só proteger o cidadão, senão promover a efetividade dos seus direitos fundamentais. Este conceito de liberdade positiva para Tugendhat, entretanto, não é "suficiente". Consoante propõe o pensador, muitas pessoas ou seguimentos sociais não teriam nem oportunidade nem possibilidade de acesso a condições básicas de subsistência, impondo-se ao Estado a responsabilidade de promover a dignidade humana.

Para dar cabo dessas questões desenvolveu-se — sobretudo a partir do direito constitucional alemão no período de pós-guerra — o conceito de projeção positiva, segundo o qual as garantias constitucionais não devem limitar apenas o poder do Estado e sim qualquer forma de manifestação do poder, o que inclui evidentemente o poder exercido por particulares no interior da chamada sociedade civil. Isto significa necessariamente uma limitação do direito de propriedade ("os direitos positivos somente se podem instaurar na medida em que se limite o direito ilimitado à propriedade") e ao mesmo tempo a institucionalização de direitos positivos. O problema - diz Tugendhat - está em que

a inclusão de direitos sociais no sistema legal positivo é sempre difícil, ao contrário do que ocorre com os direitos negativos. Os direitos sociais reclamam ao Estado e à sociedade ações que proporcionem a satisfação das necessidades e a realização de valores fundamentais. É facilmente obtida a eficácia de uma norma legal que assegura a todos o direito de não ser preso senão em virtude de determinação de autoridade judiciária competente. Por outro lado, se a norma assegura o abstrato “direito ao trabalho”, não há eficácia alguma, mormente nos casos em que a constituição não atribui ao Estado nenhuma obrigação correspondente (como é o caso brasileiro) ou o faz de forma precária. É também o caso do art. 3º da Constituição brasileira, que declara serem “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e ainda a redução das desigualdades sociais e regionais. Desde a promulgação da Carta de 1988 a pobreza e a marginalização persistem e talvez tenham aumentado. E as desigualdades sociais seguramente aumentaram, como conseqüência dos nossos nada honrosos recordes mundiais de concentração de riquezas.

Mas é possível fazer de um direito fundamental abstrato um atributo real da cidadania. Por exemplo: os limites da bioética na investigação genética — tão impulsionada nos últimos anos pelo Projeto Genoma — e os vetos à clonagem humana, à idéia de purificação da raça ou à seleção no campo das relações de trabalho ou de seguros e planos de saúde.

Um outro exemplo importante: o do direito de acesso à Justiça pode e deve ser viabilizado por ações

concretas como antes de mais nada, existência um Poder Judiciário independente e soberano, constituído por um corpo de magistrados nomeados mediante métodos de seleção eficazes e irreprocháveis do ponto de vista moral;

pela racionalidade do sistema de custas e despesas, de tal modo que o cidadão não sofra gravame patrimonial injustificável para movimentar a máquina estatal quando procura pelo Judiciário;

por mecanismos de gratuidade dos serviços judiciários que funcionem melhor que a assistência judiciária que conhecemos hoje, e que implique a atuação eficaz dos serviços cartoriais;

e por uma defensoria pública com estrutura humana e material adequada.

Diz o art. 5º, inciso LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Neste ponto cabe explicar a conexão entre o conceito de justiça e o tema dos direitos humanos. Se percorrermos o conceito de justiça desde os gregos, vamos concluir ser a igualdade um valor fundamental presente em todo e qualquer conceito de justiça. Para Aristóteles, por exemplo, a justiça estaria em dar o mesmo aos iguais e não dar o mesmo aos que não merecem o mesmo. Argumentando logicamente, pode-se concluir que o pressuposto desta "desigualdade" aristotélica é, em última análise, a própria igualdade enquanto valor fundamental: se não temos razões para distinguir os indivíduos, eles devem ter o mesmo direito.

Resta saber, pois, se há razões suficientes para justificar as desigualdades. As desigualdades podem ser classificadas em duas ordens distintos: as de discriminação primária e as de diferenciação secundária. A primeira, que merece nossa condenação e é derivada de bases religiosas ou de tradições morais hoje superadas, importa uma segregação básica entre as pessoas, por razões de raça, sexo ou virtudes. Já a diferenciação secundária deriva precisamente do respeito à desigualdade entre as pessoas. O exemplo elementar é o da mãe que não pode distribuir igualmente o alimento entre seus filhos se um deles está passando fome e os outros não. A diferenciação, com efeito, poderia ser justificada pela necessidade, por um direito particular ou pelo mérito.

A quem sustente todavia que a desigualdade entre os homens é um fato, de modo que a tentativa de realizar a igualdade é artificial e daria um excessivo poder à burocracia estatal, em prejuízo da autonomia individual e, logo, da própria igualdade entre as pessoas. Aparentemente contrário ao igualitarismo absoluto, Tugendhat mostra-se simpático a esse argumento. Assim, para ele a justiça seria essencialmente igualitária, mas haveria boas razões para não a realizar ou ao menos para não a aplicar em “demasiado” .

Na discussão do acesso à Justiça estamos tratando dos muitos caminhos que o cidadão percorre para alcançar a prestação jurisdicional e assim obter dar a efetividade real de seus direitos, quando eles são lesados ou ameaçados. Exercício de cidadania, o acesso à Justiça significa, para o cidadão comum, deparar-se com um território em princípio impenetrável. O universo jurídico é um mundo estranho, diferente do seu habitat natural, com uma

linguagem própria, normalmente empolada, com vestimentas cerimoniais, sulcado pela formalidade, pelas relações hierarquizadas e às vezes até pela suntuosidade.

Vários são os aspectos que podem revelar se uma sociedade é realmente democrática e garante o acesso de seus membros à Justiça.

O primeiro deles, sem dúvida, diz respeito ao Poder Judiciário: ele há de ser independente, soberano, e deve ser composto por um quadro de magistrados que não se curvam a poder algum senão o que exsurge da própria Constituição e da força da sua consciência livre. É preciso também que o acesso à Justiça implique o acesso a uma ordem jurídica justa. Vale dizer: de nada adianta tornar permeável ao cidadão a prestação jurisdicional se dela não decorre o resultado satisfatório, rápido e justo da a garantia dos direitos lesados ou ameaçados.

No caminho da sociedade à Justiça alguns atores ganham protagonismo evidente. Entre os mais importantes estão a advocacia, exercida como veículo definitivamente fundamental do Estado de Direito.

Não é de somenos importância o Ministério Público, instituição que tem por missão suprema a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses maiores da sociedade, assim como a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Há também outros agentes relevantes, que nem sempre são lembrados. Por exemplo: os serviços auxiliares do juiz, realizados através do chamamos cartórios ou secretarias, nos juízos de primeiro grau. Exercem eles um papel fundamental no sentido de viabilizar ou inibir o acesso do cidadão à Justiça. No Judiciário da União, estes serviços

são realizados pelo próprio Estado, através de um corpo de funcionários concursados. Em muitas das Justiças dos Estados, como no caso do Paraná, entretanto, este serviço é explorado como se fora autêntica atividade empresarial. Já não podemos mais conviver com a ocupação patrimonialista de serviços públicos. A propriedade privada de cartórios é hoje um obstáculo ao acesso à Justiça. Algumas atividades não funcionam bem nas mãos do Estado. Devem ser reservadas à iniciativa privada. Outras só funcionam bem nas mãos do Estado. É o caso das serventias judiciais. Com todo respeito e consideração aos tantos amigos que temos nesta atividade, devo dizer que a sociedade paranaense já não pode mais conviver com esta herança feudal. Precisamos de uma revolução nesta área.

Outros atores exercem um papel coadjuvante no acesso à Justiça, embora também relevante. Os escritórios das faculdades de direito nos quais professores e estudantes combinam a práxis do ensino com a responsabilidade social pelo atendimento da população carente. Ela é digna de todos os nossos elogios, é caminho de acesso a uma Justiça de portas intransponíveis à população carente.

Também se consolidam no cenário contemporâneo novos instrumentos de solução de conflitos. Na via estatal, ganham cada vez mais preeminência os juizados especiais, junto aos quais o cidadão exerce o *jus postulandi* pessoalmente, mesmo sem formação jurídica alguma. A mediação e a arbitragem é estimulada.

Tudo isso em um cenário de grande metamorfose do papel do Estado e do conceito jurídico de soberania. Com a mundialização da economia e a

reorganização do capitalismo, tanto no plano das relações econômicas globais, quanto no âmbito da organização da produção, transformações definitivas do direito já se pronunciam. Reprogramam-se conceitos, categorias, valores, princípios, tudo em nome de novos deuses da economia. O que, aliás, é outra história, e não pode ser discutido aqui por absoluta falta de tempo.

Mas não quero encerrar minha participação neste evento sem antes mencionar um aspecto da relação entre os direitos humanos e o acesso à Justiça. Refiro-me agora à Defensoria Pública, que foi institucionalizada no Brasil em 1988 através de dispositivo constitucional que a reputa "essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV" (art. 127).

A Carta de 1988 cometeu ao Estado a obrigação de prestar assistência jurídica integral e gratuita à população economicamente desfavorecida. Para tanto, estabeleceu que devem ser organizadas defensorias públicas no âmbito da União Federal e dos Estados. É conduta contrária à Constituição — portanto, conduta de subversão à ordem democrática, desrespeito aos direitos fundamentais — a omissão do Estado na instituição da Defensoria pública. Já não podem mais os operadores do Direito e sobretudo já não pode mais a sociedade tolerar a omissão estatal. Urge que se institua concretamente a Defensoria Pública em todos os Estados, inclusive no Paraná.

E mais. É preciso que esta Defensoria seja dotada de condições concretas de funcionamento que permita aos cidadãos necessitados o efetivo acesso à

Justiça, sendo a ela assegurada autonomia funcional e administrativa, como previsto no projeto de reforma do Judiciário em tramitação no Senado. Para tanto, é imprescindível que a Defensoria seja composta por um corpo técnico qualificado, selecionado através de concurso público instituído democraticamente, com a participação de professores universitários, magistrados, membros do Ministério Público e advogados.

Os serviços jurídicos gratuitos, como já afirmou Celso Fernandes Campilongo, marcam-se por dois tipos característicos: os tradicionais, que se destacam pelo assistencialismo, pelo paternalismo, pelo individualismo, e os do tipo inovador, caracterizados pelo trabalho de conscientização jurídica e política dos destinatários dos serviços, pelo envolvimento comunitário e solidário do defensor público com os conflitos da população carente.

Faço um parêntesis aqui para destacar a importância do trabalho de conscientização, que pode ser visto com ressalvas por alguns. Boaventura de Souza Santos, um dos maiores nomes da sociologia jurídica contemporânea, estuda este tema e afirma que "o processo de emergência do litígio é muito menos evidente do que se pode imaginar". Muitas vezes, diz ele, um comportamento lesivo não é sequer identificado como tal pela vítima. O lesado pode nem mesmo se dar conta da lesão a direito seu, ou ainda, percebendo a lesão, não é capaz de identificar o seu causador. Finalmente, há situações em que a vítima reconhece o dano e seu responsável, mas nunca supõe ser possível reagir provocando a atuação jurisdicional do Estado. Daí a relevância do envolvimento comunitário e do trabalho de conscientização dos operadores do direito e em especial das defensorias públicas.

Uma defensoria pública eficiente deve estar sintonizada com as causas populares. Os mais ricos já têm seus advogados. A atuação das defensorias públicas implica, com efeito, uma tomada de posição do próprio Estado frente aos conflitos sociais e às contradições de classes sociais. As defensorias não podem ser neutras, e não o sendo elas necessariamente poderão contrariar interesses de poderosos. O defensor público é assim um advogado pago pelo Estado que muitas vezes demanda contra o próprio Estado ou seus agentes políticos. Por tudo isto, a defensoria pública deve ser dotada de autonomia funcional e administrativa, assim como devem ser asseguradas aos defensores públicos garantias legais e independência funcional no exercício de sua atividade.

Também é fundamental que o governo adjudique à Defensoria previsão orçamentária correspondente às suas elevadas responsabilidades. Sem remuneração digna, a carreira do defensor público não logrará atrair bons profissionais e mais uma vez aos excluídos restarão as migalhas do pão farto da mesa dos poderosos. Aos defensores públicos deve ser assegurada isonomia de vencimentos em relação aos membros do Ministério Público ou da Procuradoria do Estado.

Nos Estados onde as Defensorias existem, ainda que com todos os problemas, os resultados são expressivos. No Rio de Janeiro a Defensoria Pública, composta por mais de 500 advogados, atende a mais de um milhão de pessoas por ano. Através da sua atuação, foi regularizada a situação de mais de dois mil presos, tornando assim efetiva, real, a platônica titularidade de direitos constitucionais vivida hoje por tantos cidadãos — ou

meio-cidadãos, quase-cidadãos — habitantes das masmorras do falido sistema penitenciário brasileiro.

Em São Paulo a Procuradoria de Assistência Judiciária — órgão da própria Procuradoria Geral do Estado que faz as vezes da defensoria — atende cerca de 60 mil casos por ano somente na área cível.

Ambas somente prestam serviços à população carente, fixando limites de renda familiar para o atendimento (geralmente, em torno de três ou quatro vezes o salário mínimo).

O acesso à Justiça é tão relevante quanto outros direitos fundamentais, como o de acesso à saúde, à educação, à moradia digna ou à segurança. O acesso à Justiça — e, por meio dela, a uma ordem jurídica justa — é exercício efetivo de cidadania.. Aliás, muitas vezes é só pelo acesso à Justiça que estes outros direitos podem ser alcançados, inclusive o direito à segurança pública em um País atormentado pelo medo, que não se pode acostumar à rotina dos atos terroristas que ceifam a vida de crianças, jovens e cidadãos de todas as idades, a cada dia, fazendo com que percamos até mesmo nossa capacidade de indignação.

Muitas rebeliões — tão freqüentes em nosso sistema prisional — são motivadas por desrespeito aos direitos dos presos. A punição estatal em razão da conduta delitiva não pode ser uma máquina de formação de novos marginais. Ao lado de problemas como a superpopulação carcerária, que em presídios amontoa seres humanos como animais bestializados, a ausência de assistência jurídica aos presos é um dos grandes motivos das rebeliões. E o que querem os presidiários? Muitas vezes querem tão-só

permanecer presos apenas pelo tempo fixado na sentença, o que lhes é assegurado por dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXXV). E nem mesmo isto, que é um direito fundamental previsto na Constituição, o Estado vem sendo capaz de assegurar-lhes.

Enfim, já não é possível pensar um Estado democrático de direito se o acesso à Justiça é privilégio de alguns apaniguados. Não é possível pensar uma das mais ricas unidades da federação, como o Paraná, sem a urgente estruturação da Defensoria Pública, com serviços eficientes e inovadores de assistência jurídica à enorme massa de excluídos que ainda há entre nós. Nós podemos ter estes serviços. Nós temos direito a estes serviços. Nós já não podemos esperar, sob pena de termos nos direitos humanos consagrados da nossa Constituição uma quimérica e platônica declaração de boas intenções.

Muito obrigado.