

JURISPRUDÊNCIA E O DIREITO HUMANO DE IGUAL ACESSO E TRATAMENTO PERANTE A JUSTIÇA¹

Kisleu G. Ferreira²

RESUMO

Este trabalho propõe a ampliação da interpretação do princípio da igualdade segundo os conceitos trabalhados pelos direitos humanos internacionais, para que o mesmo seja conjugado com o direito de acesso à justiça e assim sirva de limite aos órgãos jurisdicionais. Com o direito à igualdade no acesso à justiça, o intérprete e o legislador necessitam redistribuir os mecanismos de tratamento das pessoas, considerando eventual limitação em decorrência de vulnerabilidades econômicas ou sociais, ou de quaisquer outras naturezas, para reequilibrar sua posição dentro do processo. Os mecanismos de redistribuição exigem desburocratização dos meios de acesso à justiça e facilitação do alcance dos remédios para proteção dos direitos, os quais sempre devem conseguir atingir os mesmos níveis de tratamento perante à lei que indivíduos melhor posicionados socialmente ou economicamente.

Palavras chave: igualdade – acesso à justiça – jurisprudência oscilante – direitos humanos

1 INTRODUÇÃO

Faz parte da reflexão diária do operador do direito, a busca de respaldo para suas convicções ou para aquelas que lhe são apresentadas - no caso dos advogados. Nesta tarefa, tendo ao alcance da mão uma gama vastíssima de exemplares de decisões de juízes de todas as classes e das mais variadas instâncias e lugares, nacionais e internacionais, graças à notabilíssima contribuição da ciência da computação ao mundo jurídico, está-se sempre a um *click*, tanto de um resultado favorável, quanto desfavorável, para um “mesmo” fato jurídico, algumas vezes inclusive do mesmo órgão julgador.

Esta reiterada rotina faz-se no natural socorro do jurista às fontes do

1. Trabalho apresentado para conclusão do módulo ministrado pela Professora Doutora Flávia Piovesan, no programa de Doutorado em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, em julho de 2013.

2. Advogado em Goiás.

direito para interpretá-lo e chamá-lo ao seu papel de regular a vida em sociedade. A pesquisa nestes moldes, hoje, todavia, faz ver, graças à disponibilidade imediata e ampla da produção dos juízes na rede, que muitas vezes o posicionamento é diverso e até oposto dos órgãos julgadores quanto a mesmos temas, demonstrando, além de independência, situações em que, à primeira vista, deixa-se de lado a igualdade imanente das pessoas perante a lei e o intérprete.

Este trabalho propõe uma reflexão sobre esta realidade à luz dos direitos humanos hoje consolidados no plano internacional. Procura discutir as implicações do tratamento jurídico desigual pela jurisprudência de fatos jurídicos semelhantes, ainda que tal seja decorrente de mecanismos puramente legais, para concluir que estas oscilações violam a dignidade humana em seu aspecto de igualdade e importância frente ao Estado.

2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

É certo que buscar simples precedentes não significa abeberar-se diretamente de uma fonte do direito, como é a jurisprudência. Esta, como ensina MIGUEL REALE³, é a “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Por isto, não basta um simples exemplo do pensamento jurídico para se concluir estar diante de uma verdadeira⁴ fonte científica. Há que se exigir, antes, um conjunto de decisões que caminham em um mesmo rumo, pois

se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto’.⁵

Mesmo sendo uma fonte do direito, todavia, não há como se negar o espanto causado quando, embora não se esteja frente uma posição verdadeiramente

3. Lições Preliminares de direito, 17ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 167.

4. Vicente Rao nega a jurisprudência como fonte do direito, já que “se a lei apresenta lacunas ou omissões, não lhe é lícito (ao juiz) criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais de direito, o que significa, em última análise, que a norma assim extraída já se achava subentendida ou admitida nas normas expressas, legislativas, não se podendo qualificar, por isso, como nova norma jurídica.” O direito e a vida dos direitos, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 270.

5. Id. Ibidem, p. 169.

jurisprudencial, se depara com situações jurídicas idênticas ou semelhantes, mas com resultados bastante diferentes. No cenário atual, em que a internet interconecta praticamente todo mundo, há grande facilidade para se perceber este fenômeno. É fácil justificar uma linha de pensamento em determinado sentido, com vasta possibilidade de exemplificação em vários outros sentidos também em determinados temas sensíveis do direito. Não raro, sobre uma mesma lei ou um mesmo fato, se acaba por encontrar, até dentro de um mesmo Tribunal, ou até de um mesmo julgador, expressões opostas da interpretação de um mesmo fato jurídico, aumentando ainda mais a perplexidade do jurisdicionado quando vê que as visões não estão separadas por uma razão lógica razoável ou um espaço de tempo considerável para justificar uma retroação ou evolução do pensamento ou da sociedade⁶.

Poder-se-ia dizer que esta diversidade do pensamento jurisprudencial, como ressalta o mesmo MIGUEL REALE, “é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo”, mas “não deve surpreender o jurista”. É “da própria natureza da jurisprudência a possibilidade desses contrastes, que dão lugar a formas técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de sua significação”⁷.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador⁸.

É fato. Só a oxigenação constante do direito pode permitir que o mesmo

6.Exemplo disto é a nova corrente do STJ que passou a julgar desertos recurso cujas guias apresentam comprovantes de pagamentos emitidos pelos Bancos pela internet, em que, independentemente de terem sido pagos no dia, são considerados inservíveis para comprovar o preparo: “Nos termos do art. 511 do CPC, o preparo do recurso deve ser comprovado no ato de sua interposição, não se admitindo a mera juntada do comprovante de agendamento, que faz a ressalva de que não houve a quitação da transação. 2. A demonstração da efetivação do preparo deve ocorrer no momento da interposição do recurso, sob pena de preclusão consumativa.Precedente.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1363339/MT, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012). No mesmo sentido, AgRg no AREsp 162.816/AP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013. Disponível em www.stj.jus.br.

7.Id., *ibidem.*, p. 172.

8.Id. *Ibidem.*, p. 168.

continue sendo o mecanismo mais eficaz para auxiliar a vida social.⁹ À primeira vista, aliás, tal é o conselho do próprio Legislador na clássica referência da “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” (Lei n. 4.657/1942): na aplicação da lei, dever-se-á atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, confessando a possibilidade de atrasos na atividade legislativa. Tal liberdade, inclusive, vai além. Não se circunscreve à possibilidade do julgador fazer a subsunção do fato à norma, adaptando-a à realidade social. Abrange também a missão de subsumir o próprio fato à realidade do processo. Pode o julgador apreciar “livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” (art. 131, do Código de Processo Civil). Ou seja, um amplo universo norteia o intérprete chamado a aplicar o direito, justificando um padrão variável para o comportamento de cada juiz ou do mesmo juiz em cada situação que lhe é submetida.

3 O ENFRAQUECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Não se pode esconder, entretanto, que este modelo cria perplexidades, como já ressaltado. Admitir soluções diferentes para casos iguais ou semelhantes, sem elementos racionalmente muito relevantes, do ponto de vista jurídico, obviamente contrasta com o senso natural de justiça presente em qualquer cidadão. Afasta-se do próprio senso de igualdade natural entre os homens, traduzido na máxima aristotélica-tomista de que fazer justiça é “dar a cada um o que é seu,

9. Um comentário do professor Ricardo Rabinovich ilustra bastante a capacidade do direito de produzir a paz social. Afirma que, em determinada época, o direito chegou a ser motivo para elevar a expansão do Império Romano, pois, apenas por disfrutar de um sistema de regras muito eficaz, reinos inteiros eram incorporados pacificamente apenas pela possibilidade de poder desfrutar da estabilidade social produzida por aquele sistema jurídico. Vide RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, *Un viaje por la Historia del derecho*, 1ª, Buenos Aires: Quorum, 2007.

segundo uma certa igualdade”¹⁰.

Mais grave ainda se torna a perplexidade quando se constata que este tratamento frente ao intérprete judicial-estatal está sujeito, além das liberdades já referidas, a fatores puramente objetivos, que fogem largamente do plano subjetivo e legal. Dados oficiais do ano de 2010¹¹, demonstram que existiam cerca de 83,4 milhões de processos em tramitação para 16.804 juízes¹² no Brasil; uma média simples de 4963 processos por magistrado, número que obviamente inviabiliza a arte de julgar por uma questão simples de tempo, mesmo que seja “de tremendas responsabilidades, que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a própria vida dos que batem às portas da Justiça, ou perante a Justiça são arrastados”¹³.

No mesmo campo físico outros entraves surgem – também correlacionados ao princípio do acesso igual à justiça e à igualdade. No maior país latino americano, cada magistrado tem, no mínimo, 60 dias de férias constitucionais¹⁴, hoje ainda agregados a, na quase totalidade dos Estados, mais 15 dias de recesso aos finais de ano e 100 dias de descanso semanal por ano (sábados e domingos, sem contar feriados, pontos facultativos, convocações para congressos, cursos, atividade classista etc). Por isto, trabalhando oficialmente 200 dias por ano, cada magistrado teria que manusear em média 24 processos por dia, ou 3 processos por hora (em 8 horas de trabalho), para chegar a conhecer todos 4963

10. Alvacir Alfredo Nicz, bem pondera que, “Na doutrina aristotélica-tomista justiça corresponde a ‘dar a cada um o que é seu, segundo uma certa igualdade’”. “De acordo com esta doutrina, surgem três elementos que consubstanciam a justiça: a) a alteridade ou alteritas, que é a demonstração da necessidade da existência de mais de um sujeito, uma vez que a justiça sempre se processa em relação a outrem e nunca a si próprio; b) o devido ou debitum, que é a configuração de dar a cada um o que é seu. Este debitum é atribuído segundo uma igualdade (aequalitas); c) o terceiro elemento é a igualdade, ou aequalitas, que atribui uma determinada flexibilidade ao sistema. A igualdade pode ser absoluta ou aritmética, como, também, proporcional ou geométrica. A justiça divide-se tradicionalmente em justiça geral ou legal, comutativa e distributiva. A justiça geral ou legal ordena que os governantes exerçam a justiça por meio de elaboração de leis favoráveis ao bem comum e que os súditos obedeçam às referidas leis. Nessa igualdade obedece-se à medida estabelecida pela lei. A justiça comutativa rege as relações entre os particulares, de modo que cada um receba o que é seu. É a aplicação do devido, e a igualdade seguida é a aritmética. A justiça distributiva rege as relações dos poderes públicos em relação aos particulares, obrigando que os bens e encargos sejam repartidos proporcionalmente entre os indivíduos que compõem a sociedade. É a igualdade proporcional”. (NICZ, 1981, p.94/95). É importante observar o alcance da justiça comutativa e da justiça distributiva no que se refere a igualdade das partes. Na justiça comutativa, a regra é a igualdade das duas partes intervenientes na permuta, ao passo que na justiça distributiva a regra é a desigualdade para remunerar cada qual segundo os seus méritos: a serviços desiguais, retribuição desigual”. (CAETANO, 1977, p.184).” In O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_cader_no=9>. Acesso em ago 2013.

11. Os últimos dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça finalizados são de 2010.

12. Dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça publicados no Sistema Justiça em Números, in http://www.cnj.jus.br/imagens/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf, consulta em 20 de junho de 2012, acesso em 19. Jun.2012.

13. RAO, op. cit. , p. 521.

14. Exceto aqueles que realmente tem na toga sua realização.

no seu ano laboral - e só então recomençar o início lista. Em números apertados, a conclusão aponta que cada magistrado tem 20 minutos por ano para se dedicar a cada processo (jurisdicionado) para chegar a conhecê-lo no ano¹⁵- tudo ao custo de R\$41 bilhões para o Estado, ou seja, R\$491,00 por 20 minutos para cada feito (cerca de US\$10 por minuto). Não seria possível admitir que dentro deste universo um julgador ordinário¹⁶ e responsável consiga, de fato, pensar e refletir o direito aplicável inteiramente antes de proclamá-lo.

Outro fator merece ser registrado dentro da análise. Também do plano concreto, não se desconhece que há uma desigualdade preponderante quando se trata do próprio acesso à justiça em relação com o poder econômico. Em um sistema jurídico complexo, que não é exclusividade de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, a maior qualificação profissional de advogados faz com que naturalmente se dediquem a causas mais lucrativas. Indiscutivelmente, este fator altera desde o início o posicionamento do jurisdicionado frente ao sistema judicial – sem mencionar quando a ciência se une a talentos da arte do convívio social, regado a um ciclo de relacionamento sedutor capaz de atrair, com muito requinte e sofisticação, autoridades das mais variadas, para com isto disfrutar de um canal diferenciado de comunicação, no mínimo. Estes profissionais do direito, por um critério mercadológico, excluem naturalmente qualquer questão que não envolva uma retribuição financeira à altura de um sistema capitalista. Em termos de Brasil, por isto, o direito de acesso à justiça já se vê diferenciado a partir da própria classe média¹⁷, estando praticamente reservados à atenção dos melhores posicionados juristas apenas os casos de elevadas cifras, não raro apenas capitaneado por grades empresas.

Não se diz aqui que o acesso à justiça não é garantido a todo e qualquer cidadão independentemente do seu poder econômico. Há a advocacia pública, não raro sempre integrada por profissionais de elevada média. Todavia, face à suas deficiências quantitativas também se vê completamente atada. O que se afirma

15. Sendo certo que milhares e milhares de processos são exatamente idênticos, e de fato desafiam pouquíssimos minutos de cada juiz para se desenvolver, como são as execuções fiscais simples, as ações repetitivas de Bancos ou contra Bancos e instituições financeiras.

16. “Todos os juizes deveriam ler, ao iniciarem acarreira, a vasta literatura referente aos erros judiciários e meditar profundamente sobre a fraqueza das faculdades humanas”. RAO, op. cit., p. 521.

17. “O governo brasileiro considera de classe média os cidadãos com renda entre R\$ 291 e R\$ 1.019. Pelo critério do governo, a classe média é maioria no Brasil: 53% dos habitantes.” “E você, é da classe média?”, Revista Época, edição de 20/07/2013, disponível em <http://www.sae.gov.br/site/?p=17295#ixzz2dZeSVubT>, acesso em 31/08/2013.

é simplesmente que o poder econômico faz com que o acesso à justiça se torne completo, tanto porque pode garantir acesso aos remédios legais competentes, quanto porque pode fazer com que o Poder Judiciário ultrapasse a barreira física lhe imposta - e realmente analise com responsabilidade o caso lhe submetido, excluindo-o da fatídica previsão estatística dos 20 minutos já citada¹⁸. Não raro, por exemplo, se vê que a imensa maioria dos jurisdicionados não tem acesso às Cortes Superiores, e tal certamente pela dificuldade para manejar os recursos especiais e extraordinários. Os mesmos exigem uma tecnologia particular e altamente complexa para seu domínio, com requisitos de admissibilidade afeitos à uma interpretação jurisprudencial bastante volátil¹⁹, regulamentos específicos e tramitação completamente custosa²⁰ e difícil, que demanda acompanhamento na capital federal para qualquer jurisdicionado do país (especialmente na alardeada fase de memoriais). Grandes empresas, obviamente não estão sujeitas a estes entraves, pois normalmente incluem em seus custos as despesas administrativas e técnicas necessárias para fazer o acompanhamento dos seus interesses no Poder Judiciário em Brasília, não raro inclusive incluindo entre suas equipes celebridades cotadas a peso de ouro. Não há como negar, por isto, que o poder econômico tem alta influência no acesso à justiça e nas ferramentas que ela oferece aos cidadãos para defesa de seus direitos, diferenciando a qualidade dos julgamentos.

A preparação técnica e humana do julgador certamente também interfere no momento de produzir o resultado da sua inteligência - e por consequência

18.O próprio caso conhecido por “mensalão” é o exemplo de que o tempo da justiça, para quem tem acesso ao poder econômico, pode ser muito mais elástico.

19.O requisito do prequestionamento para os recursos especiais é a maior prova de que uma interpretação subjetiva do julgador é alçada a condição de admissibilidade de um remédio jurídico. Basta ver que, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior do Trabalho a simples interposição de Embargos de Declaração é suficiente para considerar tal requisito como suprido, enquanto que no Superior Tribunal de Justiça exige prequestionamento até mesmo para se dizer que a decisão recorrida não enfrentou o pedido de prequestionamento: STF Súmula 356 “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”; STJ: “*A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.*” (AgRg no AREsp 338.855/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 30/08/2013). O mesmo se diga quanto ao requisito do cotejo analítico dos casos para recebimento do recurso pela alínea “c” do art. 105, III da Constituição Federal. Embora a imensa maioria dos julgados do STJ não admita recursos que não demonstrem totalmente as semelhanças e diferenças entre os paradigmas, não raro se vê julgamentos no sentido de que “Nas situações de notória divergência jurisprudencial, é possível a mitigação dos requisitos formais de admissibilidade do recurso especial previstos na legislação processual.” (AgRg no REsp 1302333/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013). Disponível em www.stj.jus.br.

20.A propósito cite-se a necessidade dos depósitos recursais na justiça do trabalho, bastante restritiva quanto à concessão de assistência judiciária a micro empresários, inviabilizando completamente seu acesso a recursos judiciais. Vide: “Excepcionalmente, tem-se admitido a possibilidade da extensão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas (mitigando-se a interpretação restritiva da Lei 1.060/50), desde que haja prova inequívoca nos autos da impossibilidade de se arcar com as custas processuais.” (RR - 74800-84.2006.5.04.0702, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 17/06/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 19/06/2009), disponível em www.tst.jus.br, acesso em 10-09-2013.

atingindo a qualidade do acesso à justiça e da sua produção. Imagina-se, todavia, ser um dado menor para justificar a oscilação relevante de formas de interpretação da lei e dos fatos, já que, normalmente, testes de seleção (em tese) filtram o mesmo nível de seres chamados a vestir a toga, havendo mecanismos (em tese) para se continuar exigindo uma aproximação ao patamar teórico inicial. Ademais, como já bem ponderava RAO, “ao lado da técnica na aplicação, há uma aplicação instintiva do direito, pela qual o prático sente, sem mais, a decisão justa e a segue”.

A exposição até aqui feita serve para exemplificar ou espelhar o quadro fático em que se vê o cidadão frente a seu tratamento jurídico perante a lei e às instituições que a aplica. Em um ambiente sujeito a tantas variáveis, como visto, não há como mais dar à jurisprudência o status de fonte do direito, que o constrói e o auxilia no seu papel regulador. Sua credibilidade está seriamente abalada pelo micro sistema em que foi inserido o Poder Judiciário brasileiro da atualidade, com graves gargalos físicos e institucionais. Indo além, representa esta quebra de paradigma também uma forma de discriminação, principalmente quando se constata que o poder econômico pode influenciar na forma de se obter o acesso à justiça e na sua qualidade. Não se trata de fazer a justiça pelo poder econômico, embora isto seja possível. Se trata tão somente de perceber que o mesmo tem influência no seu curso, ainda que no campo da possibilidade, o que já basta para taxá-la de indevida e ofensiva ao princípio da igualdade natural dos homens perante a lei, que nada mais representa que respeito à dignidade humana, aquele mínimo impenetrável de qualquer ser.

4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O postulado de igualdade, especialmente nesta seara jurídica, como assegura ALVACIR ALFREDO NICZ, é um dos problemas mais complexos da humanidade²¹. Sua tradução no mundo real, para muitos, é utópica, tal como tentou o Estado Social proposto por Marx, em que se deveria alcançar não só a igualdade jurídica, mas também a material.

21. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9>. Acesso em ago 2013.

Não haveria como se plantar igualdade entre seres humanos quando os mesmos são naturalmente diversos, no brocardo clássico aristotélico. Ou como acentua o professor PAULO BONAVIDES²², para o império da justiça “a primeira tese que vingou nos tempos clássicos (sempre) foi a da desigualdade natural”, que estaria a corroborar as discrepâncias no tratamento de cada um.

A construção clássica, todavia, esconde um falso dilema. Ultrapassados os mais de 2000 anos que separa Aritóteles de Thomas Hobbes, exige-se superar inclusive a tese da simples presunção de igualdade jurídica entre homens. Não há mais espaço para dizer que a isonomia é natural, como este último dizia, o que desiguala os homens é a lei (da riqueza, do poder, da aristocracia), algo aceitável para fundamentar a paz social proposta pelo Estado, autorizado a cercar diferentemente os graus de liberdade de cada cidadão.

É também necessário ir além do passo dado por Rousseau, da igualdade perante e na própria lei de qualquer homem (igualdade civil). Esta crítica filosófica e política, é certo, representou avanço, mas não pode mais ser tomada como paradigma. Demonstrar que “a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, tira a sua força e a sua expansão do desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis”²³ é aceitar as fragilidades impostas pelo próprio sistema, em que as desigualdades e os privilégios ficam apenas subentendidos, nunca declarados. Não basta ter certeza de que os homens são naturalmente iguais em direitos, sendo desiguais apenas em decorrência dos mecanismos políticos por eles mesmos criados para legitimar a imposição de uns sobre outros. Para o estágio atual, deve-se ir além da simples constatação de que a igualdade é um limite ao legislador e ao intérprete, pois a “lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”, na clássica lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO²⁴.

Este panorama do princípio da igualdade se limita ao ideal plantado

22.Revista internacional de direito e cidadania, n. 3, fevereiro de 2009, p. 217.

23.*De l'Inégalité Parmi les Hommes, Paris, Les Classiques du Peuple, Éditions Sociales*, 1954, p. 145. Apud, BONAVIDES, op. cit., p. 219.

24.O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed., São Paulo: Melheiros Editores, 2004, p. 10.

pela Revolução Francesa em 1789, de mais de 200 anos²⁵, em que não se havia toda a revolução do pensamento humano no último século. Há que se superar a construção de que “*lès hommes naissent demeurent libres e égaux em droits. Lès distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*”, como garantiu o art. 1º. da Constituição Francesa de 1789, encerrando a discussão em torno da igualdade natural humana perante o direito.

A leitura deve partir de ideários mais ambiciosos, em que a igualdade perante a lei deve representar, antes de mais nada, uma igualdade efetiva, baseada no princípio da dignidade humana, o único parâmetro realmente irreduzível de qualquer ser. É neste panorama que se devem desenvolver as análises quando se busca ferramentas para perceber a discriminação das pessoas perante o intérprete (jurisprudência), ou perante o próprio legislador.

5 O DIREITO HUMANO À IGUALDADE DE ACESSO À JUSTIÇA

A realidade do direito internacional no mundo hoje reflexe um novo momento da ciência do direito. Com o avanço da globalização, as regulamentações internacionais sempre capitaneadas pelas nações mais avançadas, *nem sempre pela democracia*, pressionam e alavancam os sistemas menos democráticos e subdesenvolvidos, produzindo indiscutivelmente progressos nas legislações internas. Este também foi o caminho particular dos direitos humanos, embora nesta seara também se admita pressões vindas de nações nem tão desenvolvidas economicamente, mas humanamente melhor posicionadas no cenário internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), da Organização das Nações Unidas, reação forte de toda humanidade ao horror da segunda guerra mundial e à capacidade do homem se desumanizar em razão do próprio direito²⁶, trouxe o mais primoroso avanço ao longo dos últimos séculos no campo da igualdade jurídica dos seres humanos. O sétimo artigo reconstrói o

25. Embora já se tivesse visto tal rompante desde a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, inspiradas nas lições de Locke.

26. A propósito, as anotações magnas sobre o tema de AGABEM, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz, el archivo y el testigo, homo sacer III, traducción* de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia: Pre-Textos, 2002, p. 71: “*que siga habiendo todavia vida en la degradación más extrema*”.

ideário da igualdade perante a lei para assumir que, além disto, é necessário “igual proteção” da mesma:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Aqui, nota-se, o conceito de igualdade vai além daquele proposto pela Revolução Francesa. Atinge um ideal de redistribuição além da mera isonomia formal, pois não basta apenas a igualdade jurídica, é também necessária que esta igualdade seja traduzida no plano real pela lei (proteção) e pelos órgãos judiciários, abrindo oportunidades para que neste afã sejam consideradas situações particulares para criar mecanismos de atingir a igualdade formal.

Certamente antevendo os reflexos que o próprio acesso à justiça tem no momento de realmente materializá-la, a DUDH também trouxe importante inovação neste campo. A redação em português conferida pela ONU²⁷, diz no artigo 8º que “Todo ser humano tem direito “*a receber*” dos tribunais nacionais competentes remédio *efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”²⁸. Inverte-se, neste postulado, portanto, a noção clássica de acesso à justiça, para garantir, como direito humano, “receber” dos Tribunais o remédio “efetivo” para salvaguardar direitos, ou seja, além de considerar o direito de ação, passa a tratar este também como uma obrigação do Estado, que não se limita mais a ser meramente formal (burocrática ou improdutiva), mas efetivo, real, concreto e realmente objetivo na proteção da dignidade das pessoas.

27. O texto está assim redigido segundo o Ministério da Justiça Brasileiro (disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 06/09/2013). Igualmente para o Centro de Informação das Nações Unidas do Rio de Janeiro (disponível em http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf, acesso em 07/09/2013). A ONU, em sua página oficial da internet, disponibiliza o texto em espanhol, que pode não sugerir a mesma tradução adotada pelo Ministério da Justiça. Diz o art. 8º que “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunals nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*” (Disponível em United Nations, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/IMG/NR004682.pdf?OpenElement>, acesso em 07/09/2013). O texto em inglês traz igualmente idéia não tão abrangente quanto o texto em português: “*Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law*” (disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement>, acesso em 07/09/2013). Em português europeu, a ONU oferece a seguinte tradução: “*Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei*.” (disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>, acesso em 07/09/2013). As versões da ONU, como visto, dão a ideia apenas de que todo ser humano tem direito a um remédio efetivo, não de recebê-lo dos Tribunais, como atesta a versão em português brasileiro, mais abrangente.

28. Sem grifos no original.

Os conceitos utilizados são muito avançados. Proteção efetiva da lei e do intérprete significa colocar o interesse das pessoas a salvo de entraves meramente burocráticos e formais. Passa-se a considerar como norte interpretativo a efetividade da prestação jurisdicional e da proteção legal, tornando princípios como da instrumentalidade das formas, da economia processual e da inexistência de nulidades sem prejuízos em verdadeiras regras básicas do processo, já que não mais escalonadas apenas no regramento interno de cada país, mas elevadas a categorias de imperativos humanos de força internacional quando visualizados os horizontes da efetividade. A lição de MANUEL VENTURA ROBLES²⁹ arremata: *cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no este justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada normal convencional.*

O texto Constitucional brasileiro de 1988 abrange esta interpretação, embora seu alcance meramente literal seja inferior. Formatado no art. 5º, *caput*, sob a fórmula de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o princípio da igualdade se vê ampliado pelas disposições do preâmbulo, quando se afirma que o Estado Democrático Brasileiro está “destinado a assegurar ... a *igualdade e a justiça*³⁰ como valores supremos... comprometida, na ordem interna e internacional”. A ideia ainda é complementada pelo art. 3º, quando dispõe que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”. Assegurar a justiça como valor supremo certamente representa ultrapassar barreiras meramente formais, ou mesmo materiais, para se focar, finalmente, no resultado, na preservação da dignidade humana de cada um e sua relação com toda vida social e com o Estado.

Esta reflexão também permeia os dispositivos que tratam do acesso

29.VENTURA ROBLES, Manuel E. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en material de acceso a la justicia e impunidad, San Jose da Costa Rica*: OACDH, 2005, p. 03. Disponível em <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaMVentura.doc>, acesso em 10.08.2013.

30.Mais uma vez o paradigma aristotélico da justiça ligado à igualdade natural entre os homens.

à justiça, também bastante acanhados na Constituição de 1988. Não se pode compreender que este direito humano traduz-se apenas a idéia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), ou que seja garantido

independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5, XXXIV). A economia do texto brasileiro deve ser conjugada tanto com as disposições do preâmbulo, como, principalmente, com a DUDH, que por força da própria Constituição Federal “serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º).

Soma-se também neste arcabouço de regras que ampliam o sentido do direito à igualdade e do verdadeiro acesso à justiça, especialmente no cenário brasileiro, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos³¹ (aprovado em 1966 pela ONU). O art. 14, em matéria de acesso à justiça, traz que “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça ... na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”. Dá-se um pequeno passo além da Declaração Universal. Além da igualdade formal, dialoga o “legislador” internacional com o próprio Poder Judiciário para definir que este órgão deve atribuir igualdade “efetiva” de tratamento aos seus jurisdicionados³², devendo, como assegura o art. 2º, “respeitar e a garantir a todos os indivíduos ... os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de... *situação econômica...* outra condição”. Neste plano, portanto, dificuldades ocasionadas por deficiências econômicas, como nos exemplos antes levantados, obviamente estão a exigir posições dos órgãos jurisdicionais consentâneas com a necessidade de igualdade efetiva entre os jurisdicionados. É necessário pensar em redistribuição de armas e ferramentas, ou pelo menos de compreensão especial para aquilatar o abismo que separa as melhores chances e oportunidades dos menos afortunados (ou qualquer outro critério). Apenas um enfoque neste prisma de redistribuição e compensação

31. Texto aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 226(1), de 12 de dezembro de 1991.

32. A máxima direcionada ao legislador vem no art. 26: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO BRASIL, disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm, acesso em 10/09/2013.

poderia garantir, de fato, a igualdade jurídica perante o intérprete, alma verdadeira do princípio da igualdade e medida aliás autorizada pela mesma norma quando, na segunda parte do art. 2º, estabelece que os “Estados Partes do presente pacto comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um *recurso efetivo... e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial*”.

O sistema internacional a nível mundial (ONU) também é complementado pelos sistemas regionais, havendo atualmente inclusive papel relevante destes no avanço das interpretações no plano dos direitos humanos³³. O Brasil também subscreveu a Declaração americana dos direitos e deveres do homem, adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1948. O art. 18 pontua que “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos”. Nenhum avanço neste ponto ante às normas já comentadas, o que ocorreu também com a Convenção Interamericana de direitos humanos³⁴ de 1969, Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 24 e 25)³⁵. Vale ressaltar, entretanto, que o protocolo adicional (Pacto de San Salvador³⁶, 1998) traz ressalva interessante para defender a posição já expressada anteriormente, produzindo avanço na escala de interpretação do direito de acesso à justiça. Diz que (Art. 3º) “Os Estados Partes neste Protocolo comprometem se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de ... *posição econômica*”. Difere-se *situação econômica*, que pode simplesmente refletir um elemento transitório ou uma característica particular, para assumir como critério vedado a discriminação em função da “posição” do jurisdicionado dentro do cenário econômico interno, que regularmente possui níveis de estratificação baseados em dados estatísticos (classe média, baixa, A, B, C, etc.). Este dado pode ser relevante em muitas situações para também se interpretar a igualdade que deve haver no acesso à justiça. Baseado em critérios estatísticos se poderia dosar determinados elementos com maior facilidade para produzir uma redistribuição de armas e ferramentas no exercício da defesa

33. PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano”, in Direitos humanos. democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional, Armin von Bogdamly. Flávia Piovesan. Micaela Morales Antoniazzi coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 625-660.

34. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil no Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.

35. Textos disponíveis no site oficial da Organização dos Estados Americanos, disponíveis em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/dbasicos.asp>, acesso em 13/09/2013.

36. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

dos direitos (cite-se, por exemplo, a relevância deste elemento para se interpretar depoimentos de pessoas que vivem em níveis sociais em que a compreensão da vida não passam obrigatoriamente pelas mesmas variáveis de grandes centros urbanos de um país de dimensões continentais como o Brasil).

Em um paralelo, faz-se necessário também trazer à baila outros sistemas regionais de direitos humanos. Na “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” da Comunidade Europeia de 1950, o artigo 6º traz redação ainda mais avançada do que a correlata americana e a própria DUDH. Na sua versão oficial em português³⁷, garante-se como direito humano o “Direito a um processo equitativo”, ideia certamente mais evoluída dos padrões latinos. Abre-se com a “equidade do processo” o acesso à justiça em um plano também redistributivo, como é inerente à própria ideia de equidade, permitindo uma interpretação que possibilita a adaptação de oportunidades para o fim de se atingir verdadeiramente a justiça. Esta, aliás, é a verdadeira ideia de justiça consagrada desde Aristóteles, pois somente ela “atribui uma determinada flexibilidade ao sistema”³⁸.

6 A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IGUALDADE DE ACESSO A JUSTIÇA

No cenário que se plantou até agora, não soaria desarrazoado defender que os disparates produzidos pela jurisprudência no tratamento de fatos jurídicos iguais ou semelhantes atentam contra a dignidade humana vista pelo plano da igualdade perante à lei e de acesso à justiça.

Se diz “fatos jurídicos”, pois estes sim fogem do plano da necessária diferenciação dos seres humanos para se atingir a igualdade natural que os une. Um mesmo fato jurídico, ou um fato jurídico em essência igual a outro, não pode ser tratado diferentemente pelo intérprete, ou mais restritivamente, ainda que se possa compreender que haja liberdade garantida aos órgãos jurisdicionais para tal. O princípio da igualdade, tal como lido nas linhas precedentes, é um

37. European Court of Human Rights, disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/ Convention_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf), acesso em 08/08/2013.

38. NICZ, op. cit. p. 1.

mecanismo construído a duras penas pela sociedade para se proteger não só do legislador, evitando que o mesmo institua privilégios e favoritismos, mas também e especialmente direcionado ao intérprete, para que ele também não materialize essas mesmas vantagens subjetivas, desiguando a posição jurídica de qualquer pessoa perante o Estado.

A ideia que se planta é de que a distinção no tratamento jurisprudencial não pode ser singularizada, ou mesmo incongruente com a lógica dos valores humanos, hoje melhor traduzidos pelas convenções e tratados internacionais já referidos. O princípio isonômico, verdadeiramente, não reflete a simples ideia de igualdade absoluta e natural entre os homens, ou da diferenciação aristotélica de tratar os desiguais desigualmente. Em realidade, sua interpretação reflete, antes de mais nada, um equilíbrio entre o elemento tomado como fator de distinção e sua correlação lógica com a disparidade estabelecida, tudo segundo as linhas mestras do ordenamento jurídico máximo. Como ensina o notável CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO³⁹

aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações⁴⁰.

Neste plano, havendo plena igualdade perante a lei, a proteção do indivíduo segundo esta igualdade somente será alcançada quando as diferenciações forem re-escaladas pela própria lei ou superadas pelo intérprete, assegurando que o acesso à justiça deficiente ou ineficiente seja compensado e possa atingir os mesmos patamares dispensados a categorias melhor posicionadas.

Mas não basta acrescentar rigor lógico ao se estabelecer a igualdade em dignidade a qualquer ser humano frente à justiça. Como observa o mesmo autor, não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá

39. European Court of Human Rights, disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/ Convention_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf), acesso em 08/08/2013.

40. Op. cit, p. 32.

incompatibilidade com o preceito igualitário.

Em outras palavras, ofende ao princípio da igualdade qualquer distanciamento do intérprete do seu dever de atender às máximas do ordenamento de “oferecer” uma prestação jurisdicional adequada e “efetiva” na proteção dos direitos, especialmente no direito de acesso à justiça sem qualquer diferenciação, em que fatores econômicos podem ser decisivos. Não se poderá desconsiderar neste mister, portanto, os limites do jurisdicionado que se posta à sua frente, tanto em direito quanto em obrigações, para que em algum nível de redistribuição sejam compreendidas suas deficiências. Haverá de sopesá-los concretamente, com o aval constitucional (art. 5º, § 2º, CF), para definitivamente promover a justiça, garantindo-a como valor supremo que é e como objetivo final de toda e qualquer ação jurisdicional. Como sentencia ANTONIO CANÇADO TRINDADE⁴¹, “*el derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico próprio*”, expressa “*el derecho a obtener justicia. Configurase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia.*”⁴²

7 A POSIÇÃO DOS ORGAOS INTERNACIONAIS

Interpretando as normas convencionais em matéria de direitos humanos, a jurisprudência internacional tem sido enfática em repercutir as mesmas ideias até aqui desenvolvidas. Em recente resolução, a Assembleia Geral da ONU⁴³ reafirmou seu compromisso em garantir
the right of equal access to justice for all, including⁴⁴ members

41. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia, Mexico: Porrúa, 2007, p. 653.

42. Apud OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MAEOKA, Erika, “A corte interamericana de direitos humanos e a promoção do acesso à justiça”, Scientia Iuris, Londrina, v. 13, novembro de 2009, p.234.

43. Resolução n. 61-1, de 24 de setembro de 2012, disponível in http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1, acesso em 10-09-2013.

44. Não se pode deixar de criticar a redação do texto, que obviamente expressa uma ideia de inferioridade natural quando já reconhece que os grupos vulneráveis deverão ter os mesmos direitos de acesso à justiça. Na brilhante observação do professor Jose Luiz Quadros de Magalhães, “*Todo o direito moderno segue este padrão hegemônico e uniformizador. Isto se reproduz no direito internacional (essencialmente hegemônico e europeu como se pode ver, por exemplo, em documentos e instrumentos como o Tratado de Versalhes e a Carta das Nações Unidas com a previsão do Conselho de Tutela e o Conselho de Segurança). Daí a enorme dificuldade em se admitir o direito à diferença e o direito à diversidade enquanto direitos individuais e a dificuldade ainda maior em se admitir o direito à diversidade como direito coletivo. O constitucionalismo plurinacional rompe com isto. ... O direito internacional na sua origem, talvez mais do que o direito comunitário, é hegemônico, europeu, excludente e racista. Não é necessário muito esforço para constatar isto. Basta para confirmar ler o tratado de Versalhes e a Carta das Nações Unidas nos artigos referentes ao Conselho de Tutela, por exemplo*”. Apud O estado plurinacional e o direito internacional modern. Curitiba: Juruá, 2012, p. 16-37.

of vulnerable groups, and the importance of awareness-raising concerning legal rights, and in this regard we commit to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all, including legal aid.

Esta preocupação tem repercutido em todos os níveis. O direito à igualdade de acesso à justiça, envolve, naturalmente, o direito de se considerar a vulnerabilidade de cada indivíduo ou grupo para se atingir a verdadeira dignidade. Como também recentemente considerou o Conselho de Direitos Humanos⁴⁵ da ONU⁴⁶,

El derecho a la igualdad ante los tribunales exige la equidad procesal..., los Estados deben adoptar medidas positivas para hacer efectivos los derechos humanos mediante, entre otras cosas, la eliminación de las barreras económicas, sociales y culturales que dificultan el acceso a la justicia. Además de la adopción de medidas legislativas, se pueden adoptar también medidas administrativas, financieras, educativas y sociales, disponer recursos judiciales y establecer comisiones nacionales u otros órganos apropiados. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que las medidas positivas que deben adoptar los Estados en relación con la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales incluyen instituir recursos apropiados disponibles y accesibles, y establecer vías de reparación adecuadas como tribunales o mecanismos administrativos a los que puedan tener acceso todas las personas en condiciones de igualdad, incluidos los hombres y las mujeres más desfavorecidos.

A nível regional não se há dito diferentemente, valendo lembrar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA admite reclamações diretas de indivíduos⁴⁷, as quais podem ser reportadas à Corte e redundar em sanções aos Estados Partes. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos objetivamente já

45. Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 29 de abril de 2013, disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf, acesso em 10-09-2013.

46. Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 29 de abril de 2013, disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf, acesso em 10-09-2013.

47. A convenção interamericana assim define no art. 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”

lançou estudo⁴⁸ sistematizando toda orientação já firmada em matéria de igualdade ao acesso à justiça. Suas conclusões objetivas são que

el SIDH ha establecido la obligación de remover los obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas... el SIDH ha establecido que los costos del proceso --sea éste judicial o administrativo-- y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. 93. De esta manera, los órganos del SIDH han determinado que un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo, vulnera sin más, el artículo 8 de la Convención Americana. La Comisión interamericana, en este punto, ha establecido que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la Administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico”. 94. Por último, el SIDH ha comenzado a identificar situaciones de sistemática exclusión en el acceso a la justicia respecto de sectores particularmente vulnerables de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos grupos el acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre los recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos.

Confirma-se, aqui, portanto, tudo que sem dito. A desigualdade quanto ao acesso à justiça viola os direitos humanos já consagrados no plano internacional, nele compreendido o próprio direito de igualdade de tratamento perante à lei. No caso do Brasil, salvo raras exceções, esta realidade se confirma dia após dia. O acesso à justiça é demasiadamente cheio de entraves e de obstáculos que diferenciam sobremaneira os indivíduos, especialmente no plano econômico e regional.

Não há como negar, por exemplo, extensa e penosa dificuldade de um jurisdicionado que busca a prestação estatal no campo previdenciário, considerado

48. “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007. Disponível em http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07/sp/Accessodesc_indice.sp.htm, acesso em 10-09-2013.

um direito humano pelo art. 9º do Pacto de San Salvador⁴⁹. Um trabalhador rural, que na quase totalidade do país trabalhou os últimos 30 anos na informalidade, por ineficiência do estado em fiscalizar o cumprimento das leis trabalhistas, já tem saúde frágil, mas se vê obrigado a primeiro obter a negativa formal do órgão administrativo, para depois procurar o Poder Judiciário⁵⁰. Estas agências são esparsas e regionalizadas, obrigando em Estados de grandes dimensões viagens extenuantes para se formalizar uma mera negativa administrativa. Após, vem a tramitação judicial (já que não há espaço para provas meramente testemunhais⁵¹), que não é certamente rápida, embora trate de assunto que obviamente envolve pessoas idosas ou com incapacidades físicas (em casos de benefícios por invalidez). Não raro conta ainda com os recursos interpostos pela Instituição Oficial Previdenciária, por exemplo, para a instância federal de segundo grau, que só tem sede em Brasília-DF (em casos em que se utiliza da justiça comum estadual mais próxima) no caso do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, com apenas 26 desembargadores para receberem recursos das instâncias federais e estaduais de 13 Estados da Federação neste campo - que contam mais de 63 milhões de pessoas segundo o senso de 2010⁵². Como aceitar que um mero trabalhador rural, em idade de se aposentar, tenha condições de enfrentar com igualdade, sem nenhum facilitador, o acesso à justiça com um cidadão de classe média, urbano, residente em Brasília, mesmo sendo o direito disputado humanamente garantido no mesmo nível a todas as classes sociais?

Neste cenário desponta outra grande desigualdade. As Cortes que tem

49. “Artigo 9º Direito à previdência social §1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das conseqüências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente. de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes. §2. Quando se tratar de pessoas em atividade. o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e. quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante. antes e depois do parto.”

50. Este tema é emblemático em relação ao tratamento diferenciado dos indivíduos pela jurisprudência. Durante vários anos, o pedido administrativo era condição obrigatória para acesso aos juizados federais. Ainda hoje há oscilação na jurisprudência, embora já esteja pacificada a matéria no STJ e nas Turmas Nacionais dos Juizados Especiais. A oscilação da jurisprudência obriga os jurisdicionados, para não correrem o risco de procurando o judiciário sem a negativa administrativa, terem que esperar apreciação de vários recursos para simplesmente ter concedido o seu direito de acesso à justiça. Vide a jurisprudência unificada em <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>.

51. Lei n. 8213, art. 55, “§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.” A disposição obviamente gera um paradoxo. Em um número expressivo de casos, como de trabalhadores rurais informais, os mesmos não tem nenhum documento que possa comprovar sua atividade ao longo dos anos, sendo-lhe vedado, mesmo assim, a prova exclusivamente testemunhal.

52. Censo 2010, IBGE. Os dados estão disponíveis de maneira organizada em <http://noticias.uol.com.br/censo-2010/populacao/>, acesso em 10-09-2013.

por papel especial ser válvula de escape para os indivíduos fugirem das disparidades jurisprudenciais em primeiro grau, acabam por ser as mais inacessíveis ao cidadão comum, ou talvez as que promovem mais desigualdade de tratamento. Veja-se no campo da interpretação da lei federal. Mesmo sendo o Superior Tribunal de Justiça a corte encarregada de unificar a interpretação das leis federais, ela é hoje uma das mais burocráticas para se receber qualquer pedido. Há um verdadeiro preciosismo em se exigir que os temas lhe submetidos sejam completamente esmiuçados pelas cortes inferiores, sob pena de se dizer insuscetíveis de conhecimento (não prequestionados). Ora, o tratamento isonômico dos fatos jurídicos, para produzir o efeito esperado de igualdade perante a lei e perante o acesso à justiça, não pode ser embargado por questões de meio, principalmente quando não podem ser imputadas ao próprio cidadão que clama por respeito aos seus direitos (como nos casos em que os próprios desembargadores lançam suas decisões de maneira a dificultar o acesso às cortes superiores, escondidos atrás do velho jargão de que basta o magistrado decidir segundo seu convencimento⁵³). Obviamente nestas situações o acesso à justiça é plenamente cerceado, além do que, de outro lado, promove a clara desequiparação dos indivíduos, pois lhe é tolhido o acesso ao remédio que pode lhe garantir igual tratamento.

Por isto, a compreensão do princípio da igualdade associado com o direito de acesso à justiça faz ver que redundam em um terceiro princípio, qual seja o da igualdade no acesso e no tratamento perante a justiça. Esta ideia impõe a necessária revisitação da maneira como o Poder Judiciário se posiciona frente aos indivíduos que clamam por justiça, não sendo mais tolerado o tratamento jurídico desigual por qualquer razão menor que o direito à igualdade perante a lei, na lei e em função da dignidade humana, e com equiparação de chances na busca pela justiça.

8 CONCLUSÕES

53: "O Poder Judiciário não tem, dentre suas atribuições, a de órgão consultivo, de modo que o pedido de prequestionamento não encontra respaldo no ordenamento vigente". (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 225151-07.2013.8.09.0000, Rel. DES. FRANCISCO VILDON JOSE VALENTE, 5ª CAMARA CIVEL, julgado em 29/08/2013, DJe 1381 de 06/09/2013, disponível em www.tjgo.jus.br, acesso em 10-09-2013). Mesmo assim, para o STJ em milhares de julgamentos, "O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não supre a omissão apontada, depende da demonstração, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC." (AgRg no REsp 1229928/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013).

O princípio da igualdade, arma empunhada pela sociedade para evitar favoritismos impostos pelo Estado, ganha amplitude com a estabilização dos direitos humanos internacionais, novo patamar para interpretação dos direitos fundamentais já previstos nos sistemas internos. Traduz não só a necessidade de igualdade do homem perante a lei, ou na própria lei, mas especialmente frente ao intérprete, quando seus direitos “se tornam efetivos”, como acentua MAURO CAPPELLETTI⁵⁴ no seu conceito de “acesso à justiça”.

Por este ângulo, portanto, o princípio da igualdade oferece limites à atividade jurisdicional. Impede que o julgador, utilizando de suas garantias de liberdade para interpretar a lei ou os fatos, aplique o direito sem considerar a igualdade das situações jurídicas lhe postas ou as deficiências causadas por carências de qualquer natureza no momento de tentar o acesso à justiça. A plenitude do direito à igualdade humana exige ações afirmativas por parte do julgador para tornar efetiva a entrega da justiça, exigindo redistribuição de mecanismos quando os mesmos se mostrem insuficientes para obter o acesso completo à prestação jurisdicional, e ainda que haja uma unificação na aplicação da lei e na consideração dos fatos jurídicos, os quais só podem ser interpretados diferentemente quando haja algum um fator lógico razoável e relevante a fundamentar, tal como a própria evolução da sociedade e de seus conceitos.

Neste plano, soam violadoras dos direitos humanos à igualdade e ao acesso pleno à justiça, a burocratização dos remédios acessíveis aos indivíduos, especialmente aqueles que visam garantir tratamento igual perante a lei. A complexização dos requisitos de admissibilidade dos recursos às Cortes unificadoras do direito interno, neste plano, são exemplos maiores desta violação, pois deixam expostos que critérios econômicos e sociais podem ser mecanismos a diferenciar as pessoas na procura pela justiça. O processo, na visão mais próxima do direito humano de acesso à justiça, deve ser equitativo, ponderando a situação real de cada parte e compensando-a, eventualmente, em função de suas vulnerabilidades, com mecanismos de redistribuição e reequilíbrio dentro do processo.

A igualdade humana, por isto, deve ser vista, atualmente, além do campo formal. Deve buscar, ainda que utópico ou distante, o plano material,

54. Apud OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de, et al., op. cit., p. 230.

talvez o único meio de fazer ela realmente existir e refletir a dignidade humana inerente a qualquer pessoa. Nestes termos, representa a superação do paradigma aristotélico de tratar iguais como iguais e diferentes como diferentes, para enfim igualar materialmente de armas qualquer ser humano que sofra violação aos seus direitos, reequilibrando efetivamente o indivíduo na busca da proteção dos seus direitos. Uma blindagem contra oscilação de tratamento jurídico dispensada ao jurisdicionado e uma ferramenta inicial para o criar mecanismos de controle da jurisprudência aleatória e distante de razões lógicas e convincentes, para talvez torná-la a ser fonte segura do direito.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. disponível em www.stj.jus.br.

_____. **Planalto**. Disponível em www.planalto.gov.br.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em www.cnj.jus.br.

_____. **Ministério da Justiça**. Disponível em www.mj.gov.br.

_____. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em www.jf.jus.br.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em www.tst.jus.br.

_____. **Tribunal de Justiça de Goiás**. Disponível em www.tjgo.jus.br.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação a atuação do Estado. **Revista internacional de direito e cidadania**, n. 3, fevereiro de 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed., São Paulo: Melheiros Editores, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_cader_no=9>. Acesso em ago 2013.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. O princípio da igualdade. **Videtur** n. 17, Editora Mandruvá, disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/index.htm>, acesso em 10-09-2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MAEOKA, Erika. A corte interamericana de direitos humanos e a promoção do acesso à justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, novembro de 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em www.oas.org.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em www.un.org.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano, in **Direitos humanos. democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**, Armin von Bogdamly. Flávia Piovesan. Micaela Morales Antoniazzi coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas globais e regional, no prelo.**

_____. **A advocacia do direito internacional dos direitos humanos**, capítulo IX. Direitos Humanos e o direito Constitucional internacional, 9ª, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Declaração Universal de direitos humanos: desafios e perspectivas.** No prelo.

_____. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições no contexto latino americano.** No prelo.

_____. **Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino americana.** No prelo.

RABINOVICH-BEKARAN, Ricardo. **Un viaje por la Historia del derecho.** 1ª, Buenos Aires: Quorum, 2007.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 17ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia**, Mexico: Porrúa, 2007.

VENTURAROBLES, Manuel E. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en material de acceso a la justicia e impunidad**. San Jose da Costa Rica: OACDH, 2005.