ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ACESSO SUBSTANCIAL DOS DISCRIMINADOS À JUSTIÇA

SUBSTANTIAL ACCESS TO JUSTICE OF THE DISCRIMINATED

Rui Portanova*

1 INTRODUÇÃO

Analisando comparativamente o movimento de acesso à justiça, Mauro Cappelletti constatou três ondas (*waves)* que invadem, em número crescente, os Estados contemporâneos.

A primeira onda diz com a representação legal do pobre: a pobreza como obstáculo ao acesso ao Judiciário. Não se trata só da pobreza econômica, mas também de seus efeitos culturais, sociais e jurídicos, que levam ao desconhecimento de seus direitos e à descrença neles. Procuram-se soluções antes do processo (assistência jurídica) e durante a causa (patrocínio gratuito para ação e defesa e atendimento das despesas processuais).

A segunda onda diz com a proteção aos interesses difusos.

Fruto de fenômenos de massa, o problema social reside não só nas hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, como também em relação a minorias raciais e outras minorias (idosos e jovens). Alerta-se para a insuficiência da mera aprovação de leis processuais ou materiais sobre o tema, sem a necessária mudança da mentalidade do jurista. Nesse ponto há de se estar atento aos efeitos de princípios consagrados, tais como divisão entre direito público e direito privado, legitimação ativa e extensão da coisa julgada.

A terceira onda diz respeito ao risco da burocratização do Poder Judiciário.

Nesse particular, aparecem duas propostas. A primeira fala de uma atuação mais humana do julgador para acolher os consumidores pobres

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor em Lingüística Aplicada pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul. *Email*: ruiportanova@certelnet.com.br.

que agora acorrem ao Judiciário, bem como para protegê-los sem denegar justiça. Depois, fala na simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial.[1]

O presente trabalho busca fazer uma ligação entre o acesso à justiça e o princípio da efetividade.

Com isso, é possível falar de uma quarta onda.

Como se sabe, o processo é informado, também, pelo princípio da efetividade.

O processo não pode transformar-se num mero lenitivo de uma sociedade que tanto sofre com os privilégios de uma sociedade liberal e as injustiças de uma elite dominante. Por evidente, não se vá abrir o Judiciário, chamar o cidadão e entregar-lhe a jurisdição com os mesmos valores individualistas tão criticados. Por isso, o processo se enriquece de função social, com seu escopo social. No princípio da efetividade social reside a luta do processo contra os valores individualistas da democracia liberal.

Não basta pacificar, há que pacificar com justiça social.

Não há como negar, o conceito de *social* não é unânime. Nesse passo, José Carlos Barbosa Moreira[2] dá a receita para o jurista tratar a função social do processo: "de um lado, cuida-se das possibilidades de estimular a marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido da eliminação - ou, quando menos, da atenuação - das diferenças de tratamento dos membros da comunidade em razão de diversidades de riquezas, de posição social, de cultura, de pertinência a esta ou àquela classe, raça, credo religioso ou corrente política. De outro lado, reclama atenção a questão da capacidade do sistema jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais".

Quando se fala em função social do direito, logo vem à mente o direito de propriedade. Contudo, não é só a propriedade que se deve submeter à função social. Não tem mais cabida, no concerto da sociedade, em geral, e do direito, em particular, uma visão individualista do direito. A justiça social não é ideal só do direito (material ou processual), mas de

1 CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. In: **Revista do Ministério Público,** v. 1, n. 18, p. 16, 1985.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, v. 37, p. 140, 1985.

toda a sociedade.

Com a união dos princípios do acesso à justiça e da efetividade social, é possível fazer a constatação da injustiça que vem sendo cometida contra alguns dos discriminados neste país. Em tese, o Direito vem reconhecendo direitos à luta dos negros e sem-terras e homossexuais. Na prática, contudo, o processo não tem sido o local de efetivação e concretização desses Direitos. Há uma dominação tão aristocrática quanto homofóbica que impede o acesso substancial desses grupos à justiça.

2 NEGROS

Mesmo que não faltem boas razões jurídicas a seus pleitos, os negros não têm tido o sucesso merecido, em seus pleitos, junto ao Poder Judiciário.

Seja como vítimas de racismos, seja como autores de seus pleitos, o Judiciário, aqui e ali, não tem julgado a favor da causa negra.

Como vítimas de racismo, as motivações dos juízes se fundam, de regra, no defeito quanto ao ônus de provar os fatos constitutivos.

Por lástima, quando se trata de provar o racismo, não se lhe dá à palavra da vítima, a mesma força que se costuma dar quando se trata de crimes sexuais ou patrimoniais. Por outro lado, no que diz à gravidade, o argumento vem no sentido de entender que o fato não passou de uma brincadeira. Não se pode perder de vista que identificar um ser humano como animal é fato que viola o artigo VI da Declaração dos Direitos Humanos que garante que "Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei".

O mesmo insucesso tem costumado acontecer quanto ao tema das cotas. No caso, quando se trata de discutir sobre cotas.

Como se sabe, as cotas, representam uma das formas de ações afirmativas. No ponto, vale a pena lembrar que o Brasil assinou Tratado que viabiliza legislação pertinente. Ademais, a chamada discriminação positiva ou justa, não é novidade na norma Constitucional, que já contempla cotas como forma de igualizar.

(Seja-nos permitido um parêntese. Efetiva e concretamente, já existe

cota nas universidades, nos Poderes, no mercado e no serviço público do Brasil, só que para os brancos. E, como se sabe, a taxa é bem alta.)

A política de cotas serve para igualizar. É o Estado (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), agindo positivamente no sentido de oportunizar uma verdadeira, real, concreta e substantiva igualdade. Não se pode perder de vista que, em se tratando de requisito fundamental para o exercício da liberdade, haja uma certa igualização entre os cidadãos. As cotas aceleram a igualdade e a democratização da Nação.

Por fim, não se pode perder de vista, também, o sentido positivo do princípio da dignidade humana. Com efeito, como ensina Ingo W. Sarlet[3], "percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos".

Enfim, mesmo com um bom rol de bons argumentos jurídicos, os juízes, quando solicitados, de regra, não têm acolhido – em suas decisões – a possibilidade de uma política de cota no serviço público ou particular.

Também guardam boa razoabilidade os argumentos que viabilizam reconhecer, ao casamento realizado na umbanda ou no candomblé, o caráter religioso.

Como se sabe, o Brasil é um país laico, não possui uma única religião oficial, pelo que valoriza a liberdade religiosa.

O texto da atual Constituição não repete a limitação, constante do direito anterior, de restrição a alguns credos e crença. Ao contrário, a liberdade de religião é tratada, na nova Carta Magna, sob três aspectos – a liberdade de consciência, a liberdade de crença e, a liberdade de culto.

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, á igualdade, á segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

3 Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. p.112.

> [...]
> VI - **É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.**
> [...]
> VIII - **ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa** ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.
> **Art. 226, § 2º - o casamento religioso tem efeito civil no termo da lei**.

Mesmo assim, de um lado, os casados na umbanda têm dificuldade de ver reconhecidos os efeitos de um casamento religioso, quando buscam retirar efeitos, seja nos órgão jurisdicionais seja nos órgãos administrativos. De outro lado, os ministros dessas religiões, por igual, têm dificuldades em conseguir os benefícios administrativos que outras religiões possuem.

Estamos em que tanto os terreiros de umbanda como os de candomblé estão constitucionalmente protegidos. Além da já referida aplicação do parágrafo 2º do artigo 226 da Constituição, entendemos viável o asseguramento também aos terreiros de culto afro, de outras garantias previstas na Constituição.

Nesse passo, é de rigor a proteção de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, inciso VII). Ademais, entendemos viável a destinação de recursos públicos para escolas confessionais de religiões afras (art. 213). Por igual, aos terreiros se aplica a alínea "b" do inciso VI do artigo 150 da Carta Magna, segundo o qual é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a instituição de imposto sobre "templos de qualquer culto".

No plano infraconstitucional, vejamos ser possível a incidência dos seguintes dispositivos legais que também podem favorecer aqueles que orientam e cultuam a umbanda e o candomblé:

> artigo 208 do Código Penal, que pune o ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo;

artigo 295 do Código de Processo Penal que inscreve o ministro religioso no elenco das pessoas as quais é deferido o direito à prisão especial;
artigo 4º, alínea "d" e "e" da lei 4898\65 que pune o abuso de autoridade decorrente de atentado à liberdade de associação, à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício do culto religioso;
artigo 20 da lei 7716\89, que pune a prática, a incitação e a indução à discriminação ou ao preconceito por motivo de religião, entre outros
a alínea "c" , do inciso V do artigo 12 da lei 8212\91 que equipara, para fins previdenciários, o ministro religioso aos trabalhadores autônomos.

3 SEM-TERRA

As pessoas ligadas aos movimentos dos trabalhadores rurais sem terra têm confiado no Poder Judiciário. É por isso que, em muitas ocasiões, à vista de decisões liminares de primeiro grau, que determinem a reintegração de posse de áreas ocupadas, os Tribunais têm recebido recursos.

De ordinário, os argumentos vindos com os recursos dos sem-terra guardam boa fundamentação jurídica, tanto do ponto de vista da forma como do fundo.

As iniciais petições iniciais que abrem as ações reintegratórias, dificilmente atendem ao inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil de forma tão convincente como deveriam.

Como efeito, seja em defesa da posse, seja em defesa da propriedade, é indispensável que a inicial traga garantia de que, naquele caso, estamos a proteger propriedade produtiva, ou seja, propriedade que está cumprindo com sua função social. Como se sabe, a função social é da essência do direito de propriedade, ou da posse. Logo, ou a posse e a propriedade cumprem sua função social, ou não merecem a proteção legal dos interditos.

Nesse passo, a decisão judicial só atenderá ao requisito constitucional da motivação se tomar em consideração a teoria geral do direito (principalmente a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale) e os

princípios constitucionais (notadamente o da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana). Contudo, depois de tantos anos, de tantos processos, de tantos recursos, são raras as decisões que têm como norte essa base legal.

Seja-nos permitido adentrar na análise de suposta petição inicial de um fazendeiro que teve sua terra ocupada.

Tome-se o inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil e ver-se-á que a inicial deve conter, entre outras coisas, "os fatos e os fundamento jurídicos do pedido". Certo que a lei não fala expressamente em dimensão valorativa. Contudo, ao se referir aos "fundamentos jurídicos", é lícito concluir que ali está suposta a genial criação tridimensional de Miguel Reale.

Nesse passo, no mínimo, a inicial há de conter a narrativa da ocupação e a prova da posse e da propriedade (fato), a indicação legal da norma (dispensável, em face do princípio de que o juiz sabe o direito) e, pelo menos, a indicação do índice de produtividade, tal como atestado pelo INCRA (valor).

Sem dúvida, é muito pouco o que aqui se está exigindo em nome da dimensão axiológica do direito, e em nome do atendimento ao princípio da função social da propriedade. Contudo, apesar de ser o mínimo, nem isso o Judiciário tem se preocupado em exigi-lo dos fazendeiros que buscam – e sempre ganham – liminares de reintegração de posse intentadas contra os sem terra.

Como se vê, também nesses casos temos grupos de pessoas que, apesar de terem a seu favor um bom direito, apesar de acessarem o Poder Judiciário; substancialmente não têm logrado a efetividade da promessa normativa.

4 HOMOSSEXUAIS

Algumas decisões judiciais não reconhecem, nos casos de uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo, os iguais efeitos das **uniões estáveis** entre homem e mulher. A razão é porque certos juízes preferem caracterizar

a união homossexual como sociedade de fato.

No ponto, duas são as questões que se põem. Ao primeiro, não se pode deixar de julgar o verdadeiro mérito da questão, sob a alegação de falta de lei. Aqui cumpre lembrar o instituto da lacuna da lei. Ao depois, na colmatação da lacuna, cumpre escolher a melhor caracterização jurídica para as uniões homossexuais.

A legislação brasileira é omissa quanto à caracterização jurídica das uniões homossexuais. Seja como for, convém que se diga logo, o homossexualismo não é proibido pela legislação brasileira. Logo, vale o aforisma por todos conhecido: "o que não é proibido é permitido".

Estamos diante de uma lacuna na lei.

O artigo 4º da LICC ensina os caminhos que se devem percorrer para colmatar a lacuna: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Para utilizar-se a analogia, deve-se buscar, em toda a legislação, algum instituto – o mais parecido possível – com aquele caso que se está analisando. Os julgadores que não reconhecem as uniões homossexuais como união estável costumam falar em "sociedade de fato".

Data vênia, a busca jurídica de um instituto mais próximo da utilização como parâmetro deve levar em conta o motivo mais relevante que fez surgir a união. Nesse passo, o instituto jurídico mais próximo que se tem, no sistema legal, é aquele que encontra "no amor" que as pessoas nutrem uma pela outra o motivo principal da união. Chega a ser uma indignidade pensar que as pessoas do mesmo sexo se unem com a finalidade única de "contribuir com bens ou serviços", e que usam tal união somente para o "exercício de atividade econômica".

E, por falar em indignidade, vale lembrar que também os princípios devem nortear a busca da melhor solução jurídica. No ponto, não podemos esquecer os princípios de maior relevância, quais sejam, os princípios constitucionais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana (os homossexuais não podem ser tratados como indignos pelo fato de amarem pessoas do mesmo sexo), o princípio da não discriminação por sexo e o princípio basilar da igualdade de todos dão embasamento suficiente para considerar-

mos que a união de pessoas do mesmo sexo é uma união estável.

Logo, é possível reconhecer, ao par homossexual, os mesmos efeitos da união estável, pois este é o instituto jurídico mais próximo, analogicamente falando, da união homoafetiva.

Para além dos efeitos patrimoniais similares à união estável, também é possível viabilizar a adoção por casal homossexual.

Antes de adentrar na adoção pelo par, vale a pena esclarecer desde logo, que, do ponto de vista legal, não há nenhum obstáculo a que a adoção seja feita por um dos/das conviventes. A lei não prevê nenhum obstáculo ou requisito que se refira à condição ou orientação sexual para a adoção.

Veja-se o que acontece se quem adota é uma só pessoa. Em se tratando de adotado criança e adolescente, podem-se adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA). No que diz à adoção de pessoa maior de idade, o Novo Código Civil também viabiliza a adoção por uma só pessoa. Claro, sempre se corre o risco de decisões tão preconceituosas quanto injurídicas. Seja como for, se uma pessoa homossexual, independentemente de viver ou não vive união afetiva, quer adotar, a lei não lhe cria nenhum obstáculo objetivo.

A adoção, por casal homossexual, é um tema que exige maior esforço interpretativo, mas também é viável.

No caso de adoção de criança ou adolescente, o parágrafo segundo do artigo 42 do ECA exige que sejam tratando de "cônjuges ou concubinos". No caso da adoção de maior, o CC/2002 exige que as duas pessoas sejam marido e mulher, ou que vivam em união estável.

No ponto, vale a pena retomar a questão desde o ponto de vista da lacuna da lei, para reconhecer os mesmos efeitos imateriais da união estável. O fato de não existir lei a respeito de adoção por homossexuais não significa que esta seja proibida. Assim, não haverá dificuldade em fazer incidir o artigo 1618 do Código Civil de 2002 e seu parágrafo único.

Por fim, uma questão referente aos transexuais.

Muitos juízes já têm compreendido o tormento que vivem os transexuais. E assim, aqui e ali, já se têm viabilizado tanto a troca de sexo como a mudança de nome no registro civil.

Contudo, por uma atitude injusta e dogmática, sempre e sempre tem-se exigido que o deferimento de tais pedidos venha acompanhado da prova da cirurgia da genitália.

O tema ainda está a exigir do jurista um acúmulo de conhecimento que a ciência médica já é capaz de fornecer. Seja como for, não se podem perder de vista as peculiaridades de cada caso. De regra, a reversão da genitália masculina para a genitália feminina não apresenta maiores dificuldades. Contudo, a implantação peniana não tem obtido o mesmo sucesso.

Por isso, a cada caso, o jurista se vê desafiado a fazer justiça. Foi o que aconteceu no julgamento da Apelação Cível nº 70 011 691 185 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a parte apelante já havia dado mostras suficientes da sua feminilidade, depois de cinco cirurgias (dos seios, dos ovários e da genitália). Assim, viabilizou-se a troca de sexo no registro de nascimento, mesmo sem a implantação peniana.

5 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, através do processo, abre amplo espaço à crítica e à prática, tanto contra o sistema que dá relevância ao individualismo como contra o Estado que não cumpre sua tarefa de gerente da redistribuição de riquezas. No mesmo passo, é possível trazer, para do debate judicial, questões contra pessoas (física ou jurídicas) que põem seus interesses em confronto com o interesse social.

Com isso, o processo se torna capaz de, atentas às peculiaridades de cada caso concreto, pôr em questão o jogo, uma dominação injusta que se faz contra pessoas discriminadas.

Como se vê, o Poder Judiciário, em tese, tem todas as condições jurídicas de, dando supremacia ao interesse social, fazer atuar os objetivos constitucionais do Estado (art. 3º da Constituição, por exemplo).

Não pode haver engano, sendo um dos poderes da República o Judiciário, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana como norte, está radicalmente comprometido com o ideário constitucional de redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalidade, defesa do meio ambiente, valorização do trabalho. Enfim, com a construção de uma sociedade livre, solidária e fraterna.