

“FISSURAS” NA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA: BARREIRAS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS QUE OBSTACULIZAM A REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Alberto Luiz Hanemann Bastos¹

Resumo

Este estudo visa a apresentar movimentações legislativas e jurisprudenciais que obstaculizam a reivindicação de direitos sociais pela via judicial, valendo-se da metodologia indutiva. Expõe-se, inicialmente, que os direitos sociais incorporam legítimos direitos fundamentais, vez que são corolários do mínimo existencial e da dignidade humana. Por isso, a proteção do acesso à justiça assume especial relevância quando as discussões envolvem a esfera dos direitos sociais, pois impedir os cidadãos de recorrerem ao Judiciário para exigir garantias desse jaez significa o mesmo que anular todas as possibilidades de obtenção de uma vida digna. Assim, conclui-se que podem ser identificados três tipos de “fissuras” na cláusula do acesso à justiça, sendo elas as “fissuras” *econômicas*, as “fissuras” *informativas* e as “fissuras” *probatórias*. Cumpre aos juristas identificar e rechaçar as “fissuras” vislumbradas na cláusula do acesso à justiça para reafirmar o seu compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos sociais. Dignidade humana. Mínimo existencial.

“CRACKS” IN THE GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE: LEGAL AND JUDICIAL BARRIERS THAT IMPAIR THE CLAIM OF SOCIAL RIGHTS

Abstract

This paper aims to describe legislative and jurisprudential movements that impair the claim of social rights by judicial suits, using the inductive method. Firstly, it exposes that social rights embody truly fundamental rights, because they're indispensable elements of the “right to basic conditions of life” and of human dignity. Hence, the protection of access to justice has special relevance in discussions involving social rights, because prevent people appeal to the Judiciary to require these type of rights means the same as hollowing all the possibilities of reaching a dignified life. Therefore, it concludes that can be identified three types of “cracks” in the guarantee of access to justice, being them the *economic* “cracks”, the *informational* “cracks” and the *evidentiary* “cracks”. It is up to the jurists to identify and repeal the “cracks” recognized in the guarantee of access to justice, reaffirming the compromise with the construction of a free, just and solidary society.

Keywords: Access to justice. Welfare rights. Human dignity. Right to basic conditions of life.

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná - UFPR

1 INTRODUÇÃO

As preocupações em torno da garantia do “acesso à justiça” são antigas e cosmopolitas. Embora cada ordenamento jurídico enfrente problemas singulares no que diz respeito ao acesso à tutela jurisdicional, alguns dilemas atravessam todos os países do globo: como garantir que cidadãos destituídos de recursos financeiros tenham acesso aos serviços judiciários? De que forma tornar a tramitação de processos mais célere, sem comprometer a qualidade das decisões tomadas pelos magistrados e pelas magistradas que compõem os Tribunais? Como garantir que o poderio econômico dos litigantes mais ricos não sobrepuje a atuação processual de litigantes economicamente vulneráveis?²

Por conta da vasta amplitude dessas discussões, a cláusula do acesso à justiça contempla múltiplas conotações, que variam a depender das nuances da tradição jurídica e do momento histórico avaliados. Nos idos do século XVIII e XIX, por exemplo, o conceito do acesso à justiça se confundia com o “direito de petição”, contemplando somente a prerrogativa formal dos cidadãos de protocolar requerimentos perante o Estado (ANNONI, 2006, p. 62-63). No direito estadunidense contemporâneo, é comum que a expressão “acesso à justiça” seja encarada como sinônimo de direito à “representação jurídica”, razão pela qual os estudos sobre o tema enfatizam a relevância dos serviços prestados pelas defensorias públicas e pela advocacia *pro bono* (RHODE, 2001; RHODE, 2009).

Nos lindes da tradição jurídica brasileira, o acesso à justiça constitui uma cláusula constitucional da qual deflui uma miríade de garantias, tais como o direito ao juiz imparcial, o direito de defesa e o direito de ação. Como bem assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para promover o acesso à justiça em toda a sua extensão, “não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos” (2014, p. 128).

Ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição outorga ao Legislativo e ao Judiciário a incumbência de fornecer aos cidadãos instrumentos processuais idôneos para acalantar os interesses jurídicos lesados no plano do direito material (WATANABE, 1988). Não é sem razão que a doutrina formulou o conhecido brocardo “não há direito sem remédio” (“*no right without remedy*”).³

E isso significa que a promoção do “acesso à justiça” não se exaure com a mera instituição de um aparelho judiciário capaz de receber os pleitos dos cidadãos. Muito mais do que isso, a garantia do acesso à justiça detém uma *dupla finalidade*: a uma, exortar o Estado a remover os obstáculos econômicos e informacionais que possam impedir os cidadãos de reivindicar os seus direitos em juízo; a duas, exigir que o poder público se abstenha de impor exigências que tornem excessivamente difícil ou impossível

² Tais questões constituem o clássico estudo de Direito Comparado empreendido pelo “Projeto Florença”, cujas conclusões foram sintetizadas na obra “*Acesso à justiça*” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

³ Tal doutrina se baseia na seguinte premissa: “Uma vez que as normas de direito material tenham sido previstas na Constituição, há muito a dizer sobre a prerrogativa judicial de construir remédios que concretizem tal compromisso e que cumpram a promessa que essas normas veiculam” (DELLINGER, 1972, p. 1.534, tradução nossa).



a busca pela tutela jurisdicional.⁴ Portanto, o direito fundamental do “acesso à justiça” é violado todas as vezes em que o Estado se recusa a remover os obstáculos que impedem indivíduos vulneráveis de ingressar em juízo e, também, todas as vezes em que o Estado impõe exigências excessivamente onerosas para o deferimento do direito almejado.

Indeferir a concessão da justiça gratuita a um litigante pobre significa o mesmo que excluir a sua pretensão da apreciação do Poder Judiciário, pois a ausência dos recursos financeiros necessários para quitar as despesas de instauração do processo, somada ao temor de ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais, certamente desestimulará a propositura da ação. Do mesmo modo, atribuir ao litigante um ônus probatório excessivamente elevado, desproporcional e impossível de ser atendido também equivale à sonegação do seu direito de acesso ao Judiciário.⁵

Conquanto a prerrogativa do acesso à justiça detenha assento constitucional, inúmeros são os atos emanados pelo Legislativo e pelo Judiciário que causam contundentes prejuízos à referida prerrogativa, seja no sentido de enrijecer os requisitos de acesso à tutela jurisdicional, seja no sentido de manter incólumes os obstáculos econômicos e informacionais que impedem a reivindicação de direitos pelos litigantes vulneráveis. Gradativamente, tais atos geram “fissuras” nos pilares que sustentam o acesso à justiça.

Em sua doutrina, José Afonso da Silva conceitua o acesso à justiça como uma “constelação de garantias” (1999, p. 12). Assim como a reunião de corpos celestes forma uma constelação, as regras responsáveis por assegurar a tutela do direito material constituem um sistema coeso e integrado de garantias, cuja junção resulta naquilo que se entende por “acesso à justiça”.

Para lançar mão de outra metáfora, o acesso à justiça pode ser representado como uma ponte que liga o cidadão ao direito material almejado. Cada um dos pilares que soerguem essa ponte representa uma das garantias ligadas ao acesso à justiça, como o direito de petição, o direito à prova e o direito à tutela executiva. Quando a estrutura de um único desses pilares é comprometida, toda a ponte corre o risco de ruir, o que inviabilizaria completamente o acesso dos cidadãos ao bem jurídico prometido pelas normas de direito material.

É com base nessa metáfora que os fenômenos legais e jurisprudenciais avaliados neste estudo são designados como “fissuras” no acesso à justiça. Tratam-se de atos exarados pelo Judiciário e pelo Legislativo que, embora não aparentem causar maiores prejuízos aos cidadãos, são capazes inviabilizar completamente a fruição do direito social almejado. Assim como as “fissuras” vislumbradas nos pilares de uma ponte podem sinalizar a sua iminente ruína, atos legislativos e jurisprudenciais que promovem singelas alterações formais no ordenamento jurídico podem esvaziar completamente a garantia do acesso à justiça.

⁴ Essas múltiplas funções da garantia do acesso à justiça podem ser identificadas na doutrina do constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 495-502).

⁵ Em hipóteses desse jaez, como bem alude Danilo Knijnik, “a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, *violação oculta à garantia do acesso à justiça*” (2006, p. 943).

Partindo dessas premissas, o presente estudo têm por objetivo abordar algumas movimentações legislativas e jurisprudenciais que desencadearam violação à garantia do acesso à justiça, com ênfase nas demandas envolvendo direitos sociais.

O estudo se subdividirá em três etapas. Num primeiro momento, será enfatizada a relevância dos direitos sociais para a tutela da dignidade humana, a fim de destacar os graves prejuízos causados pela violação do acesso à justiça nesse campo. Num segundo momento, expor-se-á algumas hipóteses em que o Legislativo e o Judiciário limitaram o acionamento da via judicial para a reivindicação de direitos sociais, causando “fissuras” na garantia do acesso à justiça. Por fim, serão apresentadas as conclusões logradas ao longo do estudo.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

As inferências traçadas no presente estudo possuem caráter eminentemente *indutivo*, porquanto se propõem a apanhar fenômenos pontuais do âmbito legal e jurisprudencial com o objetivo de projetar conclusões mais amplas sobre o desmantelamento da garantia do acesso à justiça.

Para esse propósito, num primeiro momento, procedeu-se à revisão bibliográfica dos principais marcos teóricos referentes aos eixos temáticos do “acesso à justiça” e dos “direitos sociais”. Após a obtenção do referencial teórico necessário para a análise do tema, consultou-se textos de leis, emendas constitucionais, acórdãos e súmulas que ensejaram repercussões diretas e indiretas na garantia do acesso à justiça. Dessa maneira, empregou-se a abordagem *dialética* com a finalidade de confrontar os fenômenos legislativos e jurisprudenciais com as reflexões desenvolvidas pelos marcos teóricos coletados ao longo da pesquisa.

3 A JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A IMPORTÂNCIA DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELA VIA JUDICIAL

No âmbito doutrinário, há um significativo consenso de que os direitos sociais configuram legítimos direitos fundamentais (SERAU JUNIOR, 2010), cujo regime jurídico é análogo àquele aplicado às garantias inseridas no art. 5º da Constituição.

A jusfundamentalidade dos direitos sociais está ancorada na sua ínsita conexão com os princípios da dignidade humana e do mínimo-existencial (SERAU JUNIOR, 2010, p. 169-170). Ocorre que os direitos sociais fazem alusão ao plexo de recursos materiais e imateriais indispensáveis para a fruição de uma vida digna, sem os quais o indivíduo será incapaz de influir autonomamente “nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2001, p. 60).

É impossível imaginar que um cidadão será capaz de tomar decisões nos âmbitos público e privado se carecer de acesso à saúde, alimentação, educação, habitação e segurança. Para utilizar alguns exemplos lançados por Daniel Sarmento, um cidadão que não foi submetido a um processo de alfabetização certamente enfrentará incontornáveis dificuldades para ter acesso à informação, assim como uma pessoa faminta não conseguirá envidar esforços noutra atividade que não seja o saciamento da própria necessidade vital (2016, p. 1.652).

Denegar o acesso a um direito social pode redundar na inviabilização da própria existência, impedindo o indivíduo de galgar uma vida na qual possa “usufruir de si” e travar interações com a comunidade que o entorna.⁶ Destituídos dos direitos sociais que lhes são correlatos, os indivíduos possuem a sua dignidade gravemente afetada (SERAU JUNIOR, 2010, p. 168-169).

Como bem elucida Clémerson Merlim Clève, os direitos sociais são essenciais para “evitar que o ser humano perca a sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão”, ao ter sonogado o acesso ao mínimo existencial, “vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino” (2003, p. 27).

Em razão disso, o Estado possui o dever de assegurar a todos a prestação dos direitos fundamentais sociais, compromisso que deflui dos objetivos da República insculpidos no art. 3º da Constituição: concretização da justiça social, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e promoção do bem comum. Assim, qualquer indivíduo que tem denegado o acesso a um direito social detém a prerrogativa de compelir o Estado a agir no sentido de implementá-lo (SILVA, 2011, p. 77-78).

Daí se constata que a cláusula do “acesso à justiça” assume substancial magnitude no campo dos direitos sociais. Isso porque, quando políticas públicas se revelam insuficientes para propiciar aos cidadãos a fruição de direitos sociais, em regra, o Judiciário se posta como última instância capaz de assegurar a fruição de uma existência digna. Muito além da insurgência contra uma pretensão resistida, a ação judicial representa a busca pelos bens jurídicos que integram o mínimo existencial.

Ao fim e ao cabo, na esfera dos direitos sociais, infringir o acesso à justiça equivale a esvaziar todas as possibilidades de obtenção de uma vida digna. Se as políticas engendradas pelo poder público e as ferramentas do Judiciário não forem capazes de fornecer moradia adequada aos membros de uma família, não lhes restará qualquer alternativa senão viver nas ruas. Caso o INSS negue indevidamente a concessão de benefício assistencial à uma pessoa idosa e o Judiciário lhe apresente constantes entraves procedimentais para a revisão do ato da autarquia, a situação de vulnerabilidade socioeconômica perpetuar-se-á indefinidamente.

Portanto, o “acesso à justiça” configura *condição de possibilidade* para a implementação dos direitos sociais, razão pela qual cumpre à doutrina jurídica analisar criticamente todas os movimentos que visem restringir (direta ou indiretamente) a reivindicação dessas prerrogativas na via judicial.

4 AS FISSURAS NA CLÁUSULA DO “ACESSO À JUSTIÇA”: AS RECENTES TENTATIVAS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DE LIMITAÇÃO DO ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS

A violação à cláusula do acesso à justiça não ocorre somente de maneira *expressa* ou *direta*, por meio da restrição do direito de petição e de ingresso no Poder Judiciário. A

⁶ A expressão “usufruir de si” é inspirada na doutrina do civilista Gustavo Tepedino, especialmente em sua abordagem dos direitos da personalidade (2008, p. 25-62).

garantia do acesso à justiça também pode ser infringida de modo *indireto* nas situações em que o Estado impõe qualquer tipo de *óbice ilegítimo* à obtenção de um direito pela via judicial (DINAMARCO; LOPES, 2019, p. 55).

No campo dos direitos sociais, os influxos jurídicos contemporâneos têm sido governados por uma espécie de “cruzada contra a dívida pública”, com esforços centrados na restrição do acesso às políticas públicas gerenciadas pelo Estado. Trata-se da difusão da crença de que a limitação dos direitos de cunho prestacional é o *único caminho* para assegurar a higidez do erário público.⁷ Nesse mote, é possível vislumbrar uma série de movimentações legislativas e jurisprudenciais que, de modo deliberado ou involuntário, restringem as possibilidades de reivindicação de direitos sociais pela via judicial e causam “fissuras” na cláusula do acesso à justiça.

É possível classificar essas “fissuras” em três tipos distintos: as “fissuras” *econômicas*, as “fissuras” *informativas* e as “fissuras” *probatórias*. Ainda que esta tipologia não esgote todas as modalidades de restrição à garantia do acesso à justiça, ela contempla parcela significativa das movimentações legislativas e jurisprudenciais mais recentes.

As “fissuras” *econômicas* ao acesso à justiça fazem alusão às situações em que o poder público condiciona o acesso à tutela jurisdicional à quitação de despesas desproporcionais, que não podem ser arcadas por litigantes inseridos em contexto de vulnerabilidade socioeconômica.

Exemplo recente desse fenômeno pode ser vislumbrado no bojo da Lei nº 13.876/19, cujo art. 3º alterou a dinâmica da competência delegada em matéria previdenciária.

Em regra, as ações movidas contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) devem ser instauradas nas Varas Federais, por força do art. 109, inciso I, da Constituição. Contudo, o art. 109, § 3º, da Constituição disciplinava que os cidadãos que residissem em domicílios que não sediavam Varas Federais poderiam reivindicar benefícios previdenciários na justiça estadual. A disposição constitucional possuía o claro intuito de facilitar o acesso à justiça, porquanto os indivíduos que residissem em regiões afastadas dos grandes centros urbanos teriam melhores condições de realizar diligências processuais.

Inobstante, o art. 3º da Lei 13.876/19 limitou o escopo da competência delegada, consignando que, doravante, os cidadãos somente poderiam ajuizar ações previdenciárias na justiça estadual “quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal”. É lícito intuir que a modificação legislativa desencadeou uma “fissura” econômica na garantia do “acesso à justiça”, eis que obriga todos os segurados que estão situados a menos de 70 (setenta) quilômetros de Município que sedia Vara Federal a arcarem com gastos de transporte e deslocamento (SERAU JUNIOR; BASTOS, 2019). Apesar da ampla difusão da prática de atos processuais por meios virtuais, algumas diligências ainda necessitam do comparecimento presencial dos demandantes – a exemplo da perícia médica necessária para a concessão de benefícios por incapacidade. Trata-se, portanto, de fator capaz de dificultar (e, por vezes, obstar) a reivindicação de benefícios previdenciários.

⁷ Essa perspectiva é abordada com profundidade na doutrina de Marco Aurélio Serau Junior (2012, p. 67-116), que expõe as sucessivas restrições orçamentárias vislumbradas na esfera da seguridade social.

Outra hipótese de “fissura” econômica à cláusula do “acesso à justiça” consiste nos movimentos jurisprudenciais de restrição da concessão do benefício da justiça gratuita.

Como cediço, o art. 98 do CPC estipula um *critério aberto* para a outorga do benefício da gratuidade da justiça, que corresponde à avaliação da “insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”. A legislação processual não estabeleceu qualquer *parâmetro objetivo* para a concessão da justiça gratuita, de modo que incumbe ao magistrado apurar a hipossuficiência financeira do litigante à luz dos elementos do caso concreto.

Todavia, diversas instâncias do Tribunal Regional Federal da 4ª Região têm empregado *critérios objetivos* para a aferição do direito à justiça gratuita. Algumas Turmas ligadas ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, sinalizaram que somente fariam jus à justiça gratuita os indivíduos cuja renda mensal fosse inferior ao valor do “teto” dos benefícios fornecidos pelo INSS (p.ex., TRF4, AG nº 5024400-48.2017.404.0000, 2017); outras, mediante aplicação extensiva do art. 790, § 3º, da CLT aos processos cíveis, apontaram que a gratuidade de justiça apenas poderia ser outorgada aos litigantes com salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (p.ex., TRF4, AG nº 5016218-97.2022.4.04.0000, 2022).

A par de infringir a literalidade da legislação processual, a utilização de *critérios objetivos* para a concessão da justiça gratuita causa inevitável esvaziamento da cláusula do acesso à justiça. A percepção de renda em patamar superior ao “teto” dos benefícios do RGPS ou equivalente a 40% (quarenta por cento) dessa cifra, por si só, não anula a existência de eventual vulnerabilidade econômica, pois é plenamente factível que a renda do litigante seja consumida pelas despesas relacionadas à manutenção do lar, à compra de medicamentos, ao financiamento de um veículo, dentre outras.

Portanto, lançar mão de *parâmetros objetivos* na aferição da gratuidade da justiça é circunstância que tende a desestimular os indivíduos de perseguirem os seus direitos em juízo, na medida em que o temor de serem condenados a arcar com despesas processuais e honorários sucumbenciais afasta da tutela jurisdicional aqueles que possuem renda superior às balizas supramencionadas, ainda que as suas despesas superem as receitas mensais. Além disso, tal dinâmica engendra uma clara assimetria entre a administração pública e os cidadãos: enquanto a primeira detém recursos financeiros praticamente inesgotáveis para defender os seus interesses em juízo, os segundos, quando não contemplados pelo critério da gratuidade da justiça, serão compelidos a comprometer o seu escasso orçamento pessoal para tanto.⁸

Outrossim, as “fissuras” do acesso à justiça também podem se dar no campo da *informação*. Isso ocorre, sobretudo, nas hipóteses em que as instituições criam empecilhos que comprometem o acesso às informações referentes ao trâmite processual

⁸ A temática das assimetrias processuais é apresentada por Marc Galanter (2014), teórico estadunidense tracejou a célebre distinção entre os “litigantes habituais” (“*repeat players*”) e os “litigantes eventuais” (“*one shooters*”). De acordo com o autor, “levando em consideração que o prevalecimento depende em parte dos recursos das partes (conhecimento, atenção, serviços de *experts*, dinheiro), litigantes habituais tendem a ser mais aptos a investir os recursos necessários para assegurar o prevalecimento de regras favoráveis a eles” (GALANTER, 2014, p. 24, tradução nossa)



e que prejudicam a compreensão das diretrizes normativas quem regem o Direito pátrio.⁹

Tome-se, por exemplo, as inovações trazidas pela Lei nº 13.994/20, a qual passou a permitir a realização de audiências de conciliação *virtuais* nos Juizados Especiais Cíveis. Conquanto elogiável a tentativa de se promover a inserção das novas tecnologias no âmbito judicial, não se atentou o legislador para o fato de que imenso contingente populacional não detém acesso aos serviços de *internet* e aos equipamentos necessários para estabelecer comunicação virtual, seja porque não possuem recursos para adquirir computadores ou *smartphones*, seja porque carecem do conhecimento necessário para manipulá-los adequadamente (SILVA, 2011, p. 203-205).

Assim, leituras excessivamente rígidas da Lei 13.994/20 tendem a violar a garantia do acesso à justiça. Caso o magistrado determine a extinção do processo sem a resolução do mérito em razão da ausência do demandante na audiência de conciliação virtual, sem avaliar se este detém os equipamentos necessários para estabelecer a conexão telemática com o juízo, haverá latente prejuízo ao seu direito fundamental de ação, uma vez que ele será punido pela própria *exclusão digital* (SERAU JUNIOR; BASTOS, 2022, p. 989).

Fenômeno similar pode ser vislumbrado nas sucessivas alternâncias do entendimento dos Tribunais em relação à delimitação do juízo competente para o processamento de ações envolvendo pedido de concessão de medicamentos que não constam nas listas veiculadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Até meados do ano de 2021, a jurisprudência pátria era permeada por infindáveis conflitos em torno da definição do juízo ao qual deveriam ser endereçadas as demandas de pedido de concessão de medicamentos não incluídos nas listas do SUS. Por um lado, parcela significativa dos Tribunais defendia que o processamento de tais ações era acometido à Justiça Federal, visto que, como todos os entes federados comungam da responsabilidade de fornecer medicamentos aos cidadãos, a inclusão da União Federal no polo passivo da demanda atrairia a competência do juízo federal; por outro, algumas Cortes sustentavam que o julgamento dessas ações competiria à justiça estadual.

Ao que tudo indica, a cizânia encerrou-se com o julgamento do RE nº 1.307.921/PR pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se assentou que a competência para o julgamento deste tipo de demanda reside no juízo federal (STF, RE nº 1.307.921, 2021). Entretanto, os sucessivos conflitos de competência, além de acarretarem atrasos na implementação da tutela jurisdicional, engendraram um cenário de incerteza sobre a definição do juízo que deveria ser exortado a conceder o medicamento vindicado. Ainda que de modo indireto, tal dinâmica atribulou a tutela jurídica do direito à saúde, eis que milhares de cidadãos tiveram seus processos suspensos ou sequer ajuizaram demandas por não saberem qual a instância jurisdicional responsável pela avaliação do seu caso.

Por fim, as “fissuras” à garantia do acesso à justiça também podem ostentar cunho *probatório*, especialmente quando o Judiciário impõe aos litigantes ônus probatórios desproporcionais e impossíveis de serem cumpridos.

Levando em consideração que a cláusula do “acesso à justiça” atribui ao legislador e aos magistrados o dever de remover os obstáculos que dificultam a reivindicação do direito material, é lícito assumir que, “se a distribuição do ônus da prova se der de uma

⁹ Em suma, trata-se daquilo que Humberto Ávila (2021, p. 140-142) alcunha de *cognoscibilidade do Direito*.

forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional” (GODINHO, 2009, p. 294).

Por isso, é preciso que as exigências de prova sejam compatíveis com as peculiaridades do caso concreto e, sobretudo, com as dificuldades que permeiam o esclarecimento dos fatos litigiosos. Se os fatos constitutivos do direito alegado são de fácil comprovação, é pouco mais que evidente que o juiz exigirá arsenal probatório robusto por parte do demandante; entretanto, se tais fatos são de difícil elucidação, é razoável que o magistrado forme a sua convicção com base em conjunto probatório mais escasso (AMPUERO, 2015, p. 243-250).

Em recente alteração promovida na legislação previdenciária, porém, tais preceitos não foram observados.

Ocorre que o art. 24 da Lei nº 13.846/19, cujo teor modificou a redação do art. 16 da Lei nº 8.213/91, consignou que a demonstração da existência de união estável, para efeitos de concessão dos benefícios previdenciários de pensão por morte e de auxílio-reclusão, passaria depender da apresentação de “início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal”.

A doutrina aponta que a exigência de início de prova material referente a um lapso temporal tão exíguo cerceia o acesso à justiça, na medida em que impõe um ônus probatório do qual parcela significativa da população brasileira não conseguirá se desincumbir. Isso porque as uniões estáveis são pautadas pela informalidade e cada um dos companheiros tende a subscrever documentos em nome próprio, sem fazer alusão ao seu parceiros. A informalidade ínsita à união estável é implicitamente admitida pelo próprio Código Civil e pela Lei nº 9.278/96, que não impõem qualquer exigência documental para o reconhecimento do vínculo.

Assim, é lícito concluir que “a tarifação da modalidade de prova de união estável, que se pretende seja apenas através de início de prova material, cerceia o amplo acesso à justiça e restringe o amplo direito de produção de provas” (SERAU JUNIOR, 2019, p. 84).

Tendo em vista a inegável importância dos direitos sociais para a proteção da dignidade da pessoa humana, as “fissuras” à cláusula do acesso à justiça devem ser denunciadas, a fim de que os juristas se empenhem em remover os óbices que impedem a reivindicação das prerrogativas ligadas à segurança, saúde, alimentação, habitação, previdência social, assistência, educação e todos os demais direitos fundamentais.

5 CONCLUSÕES

Este estudo teve por escopo explorar os desdobramentos da garantia do acesso à justiça nas demandas envolvendo a reivindicação de direitos sociais, debruçando-se sobre alguns movimentos legislativos e jurisprudenciais que infringiram a referida prerrogativa.

Tomou-se como pressuposto a ideia de que os direitos sociais incorporam legítimos direitos fundamentais, na medida em que são indispensáveis para a tutela da dignidade humana. A educação, a saúde, o lazer, a moradia, a alimentação, a previdência social e

todos os demais bens jurídicos contemplados no art. 6º da Constituição constituem são corolários do mínimo existencial, de modo que o exercício da cidadania nos âmbitos público e privado pressupõe o acesso aos recursos acima referidos.

Em razão disso, constatou-se que a cláusula do acesso à justiça assume conotação extremamente relevante para a implementação dos direitos fundamentais sociais, eis que, quando políticas públicas se revelam insuficientes para acautelar os cidadãos, o Judiciário se posta como principal responsável por assegurar o acesso à uma vida digna. Logo, impor óbices à reivindicação judicial dos direitos sociais significa, em última instância, negar o acesso ao plexo de bens que compõe o mínimo existencial.

Com fulcro nestas premissas, concluiu-se que as movimentações legislativas e jurisprudenciais desencadeiam três tipos de “fissuras” na garantia do acesso à justiça: as “fissuras” *econômicas*, as “fissuras” *informativas* e as “fissuras” probatórias. Por meio da impugnação dos incidentes de limitação do acesso à justiça, os juristas e as juristas reafirmam o seu compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que visa a erradicar a pobreza e promover o bem comum.

Se o acesso à justiça constitui uma ponte que liga o cidadão ao direito material almejado, a travessia somente poderá ser assegurada a partir do momento em que o Estado assumira o compromisso de reparar as “fissuras” presentes em cada um dos pilares que sustentam a construção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMPUERO, Iván Hunter. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, v. 22, n. 1, p. 209-257, 2015.

ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Sociedade) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (6. turma). **AG nº 5024400-48.2017.404.0000**. Rel.: Salise Monteiro Sanhotene, j. 07.07.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE nº 1.307.921/PR**. Relatora: Min. Carmen Lúcia, j. 22.03.2021, DJe. 23.03.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (5. turma). **AG nº 5016218-97.2022.4.04.0000**. Relator: Roger Raupp Rios, j. 11.04.2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 15-43, jul./dez., 2003.

DELLINGER, Walter E. Of Rights and Remedies: the Constitution as a Sword. **Harvard Law Review**, v. 85, p. 1.532-1.564, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

GALANTER, Marc. Why the Haves Come Out Ahead. In: GALANTER, Marc. **Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations**. New Orleans: Quid Pro Books, 2014.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 119-130, ago., 2014.

RHODE, Deborah L. Access to Justice. **Fordham Law Review**, New York, v. 69, n. 5, p. 1.785-1.819, 2001.

RHODE, Deborah L. Whatever happened to access to justice? **Loyola of Los Angeles Law Review**, New York, v. 42, n. 4, p. 869-912, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, Rio de Janeiro, p. 1.644-1.689, 2016.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Análise crítica: “insuficiência” teórico-conceitual dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 165-181, jan./dez., 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social**: análise econômica do direito – seguridade social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Operação pente-fino e minirreforma previdenciária**: Lei 13.846/2019. Porto Alegre: Paixão, 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. Restrições Inconstitucionais na Jurisdição Delegada em Matéria Previdenciária. **Revista Síntese Direito Previdenciário**, São Paulo, v. 93, p. 9-18, 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. Os Juizados Especiais Federais, a Lei nº 13.994/20 e o processo judicial previdenciário: audiências não presenciais (virtuais) de conciliação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 23, n. 1, p. 973-996, jan./abr., 2022.

SILVA, Fernanda Tartuce. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr./jun., 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Recebido em: 24 jun. 2022 Aceito em: 21 jul. 2022.