

DO ACESSO À JUSTIÇA AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO: Emancipação jurídica e autonomia social

Filicio Mulinari

Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP. Mestre e Graduado em Filosofia e Professor/Pesquisador pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.
filicio@gmail.com

Vinicius Arena Muniz

Mestre em Ciências Sociais e Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória/ES. Atua como advogado junto a movimentos sociais.
viniciusarena@gmail.com

RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise sobre a questão do acesso à justiça, enquanto acesso ao poder judiciário e seus desdobramentos, no que tange a emancipação social e autonomia individual, culminando no que vemos hoje como ativismo judicial, com o objetivo de resolução de demandas coletivas via ações que buscam efeitos para todos. Assim sendo, a pesquisa realiza uma análise sobre a questão do acesso à justiça, seus desdobramentos, conquistas e barreiras e ao final o traz à realidade brasileira com exemplos de casos ocorridos no país, como a legalização do aborto de fetos anencéfalos em 2012 e da decisão inédita de abril de 2014 sobre o uso legal de óleo canabidiol para fins de tratamento médico.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Ativismo Judicial; Emancipação e Autonomia Social.

DO ACESSO À JUSTIÇA AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO: Emancipação jurídica e autonomia social

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the issue of access to justice, while access to the judiciary and its consequences, as it pertains to social emancipation and individual autonomy, culminating in what we see today as judicial activism, with the aim of resolving collective demands via actions aimed effects for everyone. Thus, the survey analysis on the issue of access to justice, its developments, achievements and barriers and brings to the Brazilian reality with examples of cases occurring in that country, such as the legalization of abortion of anencephalic fetuses in 2012 and unprecedented decision of April 2014 on the legal use of cannabidiol oil for medical treatment purposes.

Keywords: Access to Justice; Judicial Activism; Social Emancipation and Autonomy.

DO ACESSO À JUSTIÇA AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO: Emancipação jurídica e autonomia social

RESUMEN

En este artículo se presenta un análisis de la cuestión del acceso a la justicia, mientras que el acceso a la justicia y sus consecuencias, con respecto a la emancipación social y la autonomía individual, culminando en lo que vemos hoy en día como el activismo judicial, con el objetivo de resolver demandas colectivas a través de acciones dirigidas a todos los efectos para. Por lo tanto, la investigación se hace un análisis sobre la cuestión del acceso a la justicia, sus avances, logros y obstáculos y al final lleva a la realidad brasileña con ejemplos de casos se produjeron en el país, tales como la legalización del aborto de los fetos con anencefalia en 2012 y decisión sin precedentes del mes de abril de 2014, el uso legal de aceite de cannabidiol con fines de tratamiento médico.

Palabras clave: Acceso a la Justicia; El Activismo Judicial; La Habilitación y la Autonomía Social.

INTRODUÇÃO

No do século XX, foram realizados acordos internacionais e reformuladas muitas Constituições que chancelariam uma nova forma de tutela estatal aos seus cidadãos¹. Desta feita, estudos e artigos sobre o tema acesso à justiça começaram a surgir, pois os Estados modernos passavam por mudanças legislativas de uma forma geral.

Para ilustrar esta mudança, a obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça* (1988), remonta às primeiras mudanças que permitiram à população em geral a possibilidade de garantir seus direitos de forma legal, por meio de um processo litigioso ou acordos fiscalizados pelo Estado.

No entanto, não é somente o acesso à justiça capaz de garantir direitos e promover a solução de problemas sociais que são demandados no judiciário. Para consolidação destes direitos, se faz necessário a resistência, com a finalidade não só de emancipação jurídica, mas também de autonomia social, ou seja, indivíduos ou grupos tendo seus pleitos resguardados por um devido processo legal, mesmo que a lei não lhes seja favorável dogmaticamente, mas positiva em um âmbito zetético², conforme expõe Liora Israël em seu artigo *Resistir pelo Direito? Advogados e magistrados na Resistência francesa* (2011).

¹ Como exemplo dessas reformulações, temos a Constituição da França de 1958; Estatuto de Westminster compondo a constituição do Reino Unido, que dá autonomia total as ex-colônias de 1931, Emendas XIX à XXVI da constituição dos EUA, que garante inúmeros direitos: do voto feminino, revoga a lei seca, igualiza totalmente etnias raciais aos mesmos direitos e deveres, etc.; Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serviu como base para formulação de direitos e garantias fundamentais de muitas constituições posteriores, de 1948.

² Sobre o conceito de *zetético*, tem-se a “busca a dogmática estabelecer um padrão, enrijecendo definições por dado período de tempo. Tal proceder tem por propósito alcançar uma certa estabilidade e segurança jurídica, evitando-se frequentes novas interpretações acerca da mesma norma – o que implicaria em julgados distintos sobre idênticas situações. Diametralmente oposta à perspectiva dogmática, surge a zetética com o propósito de revisar as ditas verdades solidificadas, questionar os paradigmas existentes e, quando for o caso, derrubar os posicionamentos já ultrapassados. A zetética combate à visão retrógrada e obsoleta que por vezes

Cabe ressaltar que mesmo após um processo de resistência e a obtenção de elementos que garantam além do acesso à justiça, a decisão que se requer, há a situação em que o próprio Estado que tutela os direitos muitas vezes vem a ser o violador desses mesmos direitos, em um movimento tríplice de vigilância, controle e correção, que Michel Foucault (1926 - 1984), denomina como panoptismo.

Mesmo assim, em posse do direito de pleitear qualquer situação em que se sintam injustiçados, bem com amparado pelos mecanismos do Estado, os indivíduos ou grupos ativistas por vezes conseguem com êxito as decisões que requerem. Apesar disso, cabe o questionamento: estas decisões são capazes de promover significativamente uma mudança no paradigma social? Este questionamento é feito por Gerald N. Rosenberg (1954) e mesmo envolto em polêmicas e controvérsias, persiste e não tem previsão para ser superado.

Entretanto, as obras supracitadas não fazem referência a países da América Latina. Para tal Kathryn Sikkink (1955), discorre sobre a América Latina, em especial ao ativismo judicial e as suas consequências, no artigo *La dimensión transnacional de lajudicialización de la política em América Latina* (2011), onde explana sobre as transformações que vem ocorrendo nos países latino-americanos em virtude do ingresso de ações judiciais de cunho social.

Por fim, além das obras acima enumeradas, muitas práticas expostas em nos textos trazidos, foram adotadas no Brasil, o que será objeto de análise comparativa que seguirá. Desta forma, este artigo pretende realizar uma análise sobre a questão do acesso à justiça, seus desdobramentos, conquistas e barreiras e ao final o traz à realidade nacional com exemplos de casos ocorridos no Brasil, como a legalização do aborto de fetos anencéfalos em 2012 e da decisão inédita de abril de 2014 sobre o uso legal de óleo canabidiol para fins de tratamento médico.

A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A problemática em torno do “acesso à Justiça” gira em torno de fundamentos essenciais para a compreensão não só das instituições jurídicas, como também da própria efetivação do papel do Estado na contemporaneidade. De fato, é com a noção de acessibilidade à Justiça que os indivíduos de um *campus* social possuem a possibilidade de reivindicação dos seus direitos assegurados. Entretanto, isso só é possível na medida em que a justiça seja acessível a todos.

solidifica-se entre os operadores do direito sobre determinados aspectos, revelando-se verdadeiro entrave à concretização do propósito primordial e razão de existir da justiça” (DIAS, 2013).

Obviamente, é razoável tratar de justiça social na medida em que exista efetivamente a possibilidade de acesso jurídico a isso. Nesse sentido, a questão que norteia o tema surge prontamente: Como se dão as relações de acesso à justiça, sobretudo num contexto social dominado por relações de poderes distintos? É sobre essa questão básica que se configuram alguns apontamentos iniciais.

É importante frisar que o conceito de acesso à justiça sofreu uma transformação radical se compararmos a noção de Estado atual com os estados liberais dos séculos XVIII e XIX³. Nos referidos séculos passados, a preocupação sobre a solução de litígios civis era fundamentada em sua maioria pelos escritos liberais, burgueses e iluministas, centrados na noção da autonomia do indivíduo. Noutras palavras e de modo prático, o Estado concentrava-se na possibilidade formal do sujeito promover ou contestar um ato. Não era uma preocupação do Estado tratar da incapacidade que muitos indivíduos possuíam para fazer uso do direito e das instituições jurídicas objetivando o acesso à justiça. O Estado preocupava-se com o acesso à justiça de forma formal, não materialmente.

Contemporaneamente, ainda é possível notar certa indiferença em algumas vertentes teóricas das ciências jurídicas às complexidades externas ao próprio direito. Dentre os vários pontos que fomentam essa indiferença, a influência do positivismo jurídico certamente é um dos mais relevantes⁴. Sob essa influência, tem-se uma ciência jurídica essencialmente formal, dogmática e indiferente às questões externas, que são as questões sociais, loco da possibilidade real da efetivação da justiça.

Todo esse movimento de transformação pode ser percebido na prática com a extensão dos direitos individuais, como a garantia à saúde e à educação. Assim, tornou-se uma visão majoritária entre os teóricos a necessidade de atuação do Estado para garantir o gozo dos direitos sociais fundamentais. Mais que isso, o acesso à justiça pode ser tomado

³ O Estado Liberal de Direito, que teve algumas de suas bases teóricas lançadas por Locke e Monstequieu, caracterizou-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215. Nesse paradigma – o do Estado Liberal – há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado (direitos à comunidade estatal: cidadania, segurança jurídica, representação política etc.) e o privado, mormente, a vida, a liberdade, a individualidade familiar, a propriedade, o mercado (trabalho e emprego capital) etc. Essa separação dicotômica (público/privado) era garantida por intermédio do Estado, que lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade (MAULAZ, 2010).

⁴ De acordo com Bobbio, “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato” (BOBBIO, 1995). Salienta-se ainda que “a teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema e assim manter-se, respeitosamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política” (WARAT, 1995).

como um “direito fundamental”, pois todos os direitos básicos necessitam dele para sua efetivação. Ainda, todo sistema jurídico que almeje ser igualitário e garantir os direitos básicos dos indivíduos não pode prescindir de um acesso à justiça dado efetivamente.

Para tal, conforme expõe Cappelletti e Garth e aqui se compara com os institutos judiciais criados no Brasil, serão exemplificados dois pilares que garantem o acesso ao judiciário e a garantia de cumprimento da norma: “O Sistema Judicare: Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

No Brasil, em 1950, surge o primeiro núcleo de Defensoria Pública⁵, com o objetivo de suprir uma carência de profissionais qualificados e atender a parcela da população que não possuía condições de arcar com os custos de um advogado particular para resolução de demandas jurídicas.

Representação dos Interesses Difusos: É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 25).

Após a criação da defensoria pública, no ano seguinte é consolidado por lei (Lei Federal 1.341/1951) a criação do Ministério Público, órgão com o objetivo atuar como um fiscal da lei e em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal de 1988). Estes dois institutos – Defensoria Pública e Ministério Público - são primordiais para o que vem a seguir, em um processo de emancipação jurídica, pois agora qualquer pessoa pode pleitear a cumprimento de seus direitos e daquilo que entende ser de direito e, conseqüentemente, garantir sua autonomia enquanto cidadão em pleno gozo das garantias fundamentais consolidadas pelo Estado.

EMANCIPAÇÃO JURÍDICA E AUTONOMIA SOCIAL

⁵ Lei Federal n. 1.060/1950.

Com políticas públicas que garantam o acesso à justiça, a criação dos institutos estatais que fornecem a população funcionários públicos capacitados para ingressar no judiciário, tem-se o início da emancipação jurídica que garantirá o ativismo judiciário que será tratado na sequência. No que tange a emancipação jurídica, traz-se com exemplo as formas de resistência explanadas por Liora Israël em seu artigo *Resistir pelo Direito? Advogados e magistrados na Resistência francesa* (2011).

Liora Israël apresenta três formas de resistência. Inicialmente, trata a “*Resistência apesar do Direito*”, momento no qual afirma que, mesmo que haja no ordenamento jurídico normatização diversa daquilo que se entende como justo, os atores engajados no judiciário devem sim resistir e argumentar sempre sobre novos pontos de vista, a fim de mudar um paradigma que se torna insustentável para uma boa convivência social:

As formas iniciais de resistência entre os magistrados e os advogados não se caracterizavam pela fundamentação no direito ou por práticas profissionais específicas. A especificidade induzida pela presença de juristas aparecia principalmente no apoio material, intelectual ou interpessoal de que dispunham (CHATEAURAYNAUD, 1999) para constituir com grande rapidez caminhos de ação novos em relação a um contexto político considerado insuportável. Em outro nível, a especificidade da cultura jurídica apareceu sob uma forma reativa, ao mesmo tempo brutal e familiar, quando a repressão começou a atingir algumas das organizações jurídicas (ISRAËL, 2011, p. 70).

Seguindo em sua proposta, a autora apresenta uma forma subsequente de resistência, a qual denomina “*Resistir à sombra do direito*”, momento em que ações subversivas podem ser propostas utilizando-se manobras compostas inclusive do ordenamento jurídico vigente, por meio de suas falhas e lacunas:

As práticas de resistência inscritas nas práticas profissionais ligadas ao direito e à justiça situavam-se na confluência das formas de resposta a demandas concretas, com os usos mais sistemáticos (apoiados ou não em formas de ação coordenadas com outros atores) das margens de manobra abertas pela profissão (ISRAËL, 2011, p. 73).

(...) A própria escolha do advogado era importante não apenas em razão das possibilidades de defesa, em parte ilusórias quando as condenações eram pedidas para servir de exemplo, mas também pelas possibilidades abertas. Alguns deles usaram o acesso aos clientes para transmitir notícias de suas famílias, entregar comida, até fornecer uma ajuda mais direta, por exemplo, em suas tentativas de fuga. A profissão de advogado revelava-se, dessa forma, portadora de potencialidades tão antes insuspeitadas quanto úteis nesse contexto. À sombra do direito construíram-se maneiras mais ou menos tácitas de arranjos que transformavam o sentido habitual dos elementos constitutivos da profissão (ISRAËL, 2011, p.75).

Por fim, o terceiro fluxo de resistência, nominado “*Resistir em nome do direito*”, alude à criação de argumentos jurídicos para justificar a resistência, ao ponto de legalizá-la:

Contrariamente a uma abordagem rápida demais que suporia que a ilegalidade do engajamento resistente torná-lo-ia inconcebível para juristas, tentei mostrar como advogados e magistrados puderam construir práticas resistentes, apesar do direito, contornando seu poder obrigatório; à sombra do direito, desviando as capacidades de ação que dele obtinham; em nome do direito, justificando o combate na própria linguagem jurídica (ISRAËL, 2011, p. 84).

Ressalta-se que o texto abordado, assim como os exemplos citados, diz respeito a um universo jurídico europeu, de fatos que ocorreram na França no auge da Segunda Guerra Mundial. Contudo, o legado deixado por estes atores refletiram como um exemplo de que a alternância de paradigmas sociais e jurídicos é possível e somente a partir desta mudança de padrões alcança-se a emancipação jurídica capaz de remeter indivíduos a uma autonomia social.

Esta autonomia social pode ser descrita a partir da emancipação jurídica: aos indivíduos, agora encarados como sujeitos de direito, é garantido que postulem em nome de si ou de um determinado grupo suas reivindicações, amparado pela lei e em todas as esferas de poder, legislativo, executivo e judiciário.

No entanto, esta autonomia social encontra obstáculos quando esbarra no que Michel Foucault (1926 - 1984) chama de *panoptismo*, a vigília do Estado sobre seus indivíduos como forma de controle e correção, corroborado por uma legislação demasiadamente ampla e interpretativa:

O panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade. É uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas. Este triplice aspecto do panoptismo - vigilância, controle e correção - parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade (FOUCAULT, 2002, p. 103).

Rompendo-se as barreiras de acesso à justiça, emancipando-se juridicamente os desassistidos socioeconomicamente para a garantia de autonomia social, o próprio Estado que assegura Direito também é o violador destas prerrogativas. Eis um paradoxo e para tentar sanar este problema paradoxal é que surge o ativismo judicial.

Conforme exposto, o processo de aquisição e conhecimento de direitos foi sendo construído sempre aos moldes do poder vigente. Consequentemente, grupos variados com demandas diversas sempre estiveram por pressionar este poder a fim de conseguir o que lhes é almejado. Ao verificar ser possível obter a legitimação, tanto do grupo quanto de seus litígios, redes de ativistas se formam com esta prática a ser posta em ação: O ativismo via judiciário.

SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Consta que o termo *ativismo social* fora apresentado por Arthur Schlesinger Jr., em um artigo na revista *Fortune*, em 1941⁶. O ativismo judicial é uma ação que propõe um pleito social ao crivo do poder judiciário e espera que, por meio da decisão tomada por esta instância de poder, haja uma mudança interferente em outras esferas do poder, como o legislativo e o executivo.

Entretanto, esta ação é complexa e alvo de controvérsias. Gerald N. Rosenberg, cientista político estadunidense, em sua obra *The Hollow hope: can courts bring about social change?* (1991) alerta que muito embora o ativismo judicial possa ser eficaz no que concerne a aquisição de direitos e, dentre vários exemplos, utiliza-se do episódio de Oliver Brown contra o Conselho de Educação de Topeka (*Board of Education of Topeka*), os tribunais supremos, neste caso, a Suprema Corte Americana, são incapazes de produzir uma mudança social significativa.

Contudo, na América Latina atual, conforme descreve Kathryn Sikkink no artigo *La dimensión transnacional de la judicialización de la política em América Latina* (2011), os juízes da latino-americanos se tornaram atores políticos que participam ativamente de decisões sobre temas que afetam a vida cotidiana de milhões de pessoas. Como no caso das *Avós da Praça de Maio* na Argentina, que formaram um grupo de ativistas e, com outras redes de direitos humanos, vem participando de inúmeros processos sobre desaparecimentos políticos ocorridos durante a ditadura militar argentina, inclusive com grupos de se tornam fixos na categoria de *amicus curiae*. Ressalta-se que nestes casos são as decisões judiciais que garantem tanto a participação quanto a legalidade do movimento (SIKKINK, 2011, p. 304).

No Brasil, o que tem sido configurado atualmente de fato não é uma mudança social direta, a partir de decisões judiciais. O que os litígios propostos por ativistas ou grupos assistidos pela Defensoria Pública ou Ministério Público têm conseguido são mudanças políticas, no cânone das coligações e partidos políticos, bem como na atuação das casas de poder, que agora tendem a se adequar não só ao ordenamento jurídico, mas sim aos anseios dos grupos e ativistas postulantes, pois estes fazem parte, muitas vezes, de uma parcela significativa da sociedade.

Como forma de exemplo, têm-se aqui dois exemplos de casos em que o ativismo judicial de grupos e particulares que promoveram decisões que alteraram significativamente

⁶ Keenan D. Kmiec. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, 92 Cal. L. Rev. 1441 (2004). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

o contexto social em que se enquadravam, a saber, a autorização da realização do aborto em caso de anencefalia e, ainda, a liberação do uso do canabidiol.

Em 12 abril de 2012 foi julgada a decisão colegiada pelo STF que autoriza definitivamente o aborto de fetos anencéfalos no país⁷. Tal decisão encaixa-se em vários conceitos até aqui tratados, como resistência em nome do direito, pois o Código Penal autoriza o aborto nos casos de estupro ou de risco iminente para a gestante, quadro em que o feto anencéfalo não se encontra, ou seja, o tribunal está legislando e, consequentemente, extrapolando sua alçada de poder ao fazê-lo.

Segue dispositivo da decisão de 433 folhas:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli (PLENÁRIO, 12/04/2012).

Todavia, conforme alertado por Gerald N. Rosenberg, a corte sozinha de fato não pode trazer mudanças sociais. No dia 27 de maio de 2013, um ano após a decisão autorizativa, gestantes que se encontram no quadro admitido para a interrupção da gravidez, ainda deparam-se com barreiras para usufruir o direito adquirido, conforme reportagem da BBC⁸. Segue trecho:

A dona de casa pernambucana Elisa (nome fictício), de 23 anos, descobriu estar grávida de um bebê anencéfalo no mês passado, seu quinto de gestação. "Era uma menina, uma filha que eu desejei muito", diz Elisa. "Chorei tanto. Fiz de novo o ultrassom e o médico falou que eu poderia interromper a gravidez. Decidi interromper". Mas o hospital procurado por Elisa, a 680 km de Recife, é dirigido por religiosos católicos, que negaram o procedimento. Elisa recorreu a uma prima, enfermeira em um hospital em Recife, onde a jovem fez a antecipação terapêutica do parto. O Ministério da Saúde afirma que, diante da decisão do STF e sendo o Brasil um Estado laico, hospitais que se negarem a realizar procedimentos legais podem ser acionados na Justiça. Já a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) defende o direito de médicos e entidades exercerem objeções de consciência.

Nesse sentido, tem-se que é necessário que todas as esferas do poder público trabalhem em conjunto para que o acesso à justiça não se restrinja somente à decisão

⁷Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 54 – STF, Julgamento em 12/04/2012.

⁸ <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130522_anencefalia_abre_pai>. Acesso em: 21 dez. 2014.

postulada, mas sim ao fato social consolidado por aquela decisão. O próximo exemplo é bastante esclarecedor nesse ponto uma vez que diz respeito a um direito individual que tem sido objeto para a concretização de um entendimento legal coletivo para o caso.

O uso do canabidiol para tratamento médico é proibido pela Anvisa⁹. No entanto, em 03 de abril de 2014, uma decisão liminar¹⁰ no caso de Anny De Bortoli Fischer contra Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA¹¹, autoriza pela primeira vez em instância federal, o uso da substância derivada da planta Cannabis Sativa, popularmente conhecida como maconha.

Tal decisão foi muito comemorada por pacientes que portam doenças nas quais o uso do canabidiol pode ser eficaz no tratamento, bem como por usuários recreativos das flores da planta, que, além do canabidiol, produz o Tetraidrocanabinol (THC), substância entorpecente, motivo pelo qual a planta e todos os seus derivados são expressamente proibidos pela ANVISA.

Neste caso, é possível ver que não é só a decisão judicial que garante direitos. Há, agora, o encontro dos três poderes para a efetivação do comando judicial: A liminar (Judiciário) determina em caráter de exceção a liberação exclusiva para a demandante da substância proibida pela Agência de Saúde (Executivo), bem como o crime previsto no artigo 28 (uso) e 30 (tráfico) da lei 11.343 de 2006 (Legislativo) fica descaracterizado, pois o dispositivo legal não descreve o que é droga, sendo este papel da Anvisa:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(...)

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁹ PORTARIA N.º 344, DE 12 DE MAIO DE 1998 – Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

¹⁰ Decisão que antecipa os efeitos de uma tutela. É provisória e por ser confirmada ou derrubada tanto em sentença como no curso do processo. É um instrumento utilizado em caráter de urgência ante a grave violação de direito caso não concedida.

¹¹ Processo 0024632-22.2014.4.01.3400 da 3ª Vara Federal do TRF da 1ª Região – Juiz Pedro Felipe De Oliveira Santos. Distribuído em 01/04/2014.

Assim sendo, uma vez que a ANVISA está coibida de qualificar como droga o óleo extraído da cannabis para o caso em particular da menina Anny, a Agência tem revisto seu conceito sobre a qualificação de todos os derivados da planta *Cannabis Sativa* como drogas e, ao que indica, pretende redefinir a portaria vigente em 2015, conforme notícia em sua página eletrônica¹²:

A discussão sobre a reclassificação do canabidiol será retomada na primeira quinzena de janeiro, durante a primeira reunião pública da Diretoria de 2015. A data exata ainda será definida nos próximos dias.

(...)

A Agência também simplificou os trâmites necessários para a importação de produtos à base de canabidiol, por pessoa física e para uso próprio. A partir de agora a documentação apresentada pelos interessados na importação terá validade de um ano, sendo necessária apenas a apresentação da receita médica a cada novo pedido de importação (ANVISA, 2014).

Constata-se que, no presente caso, cada articulação do Estado, ao desempenhar sua função administrativa e social, é capaz de produzir um diferente e mais eficaz acesso à justiça, agora não mais como o simples acesso à corte, mas sim enquanto reconhecimento de direitos, independente de processos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a reformulação do ordenamento jurídico no século XVII até os dias atuais, o acesso à justiça é um movimento constante e de eterna vigília para assegurar aos cidadãos a garantia de um Estado democrático e livre.

É por meio do acesso à justiça que o processo de emancipação e autonomia jurídica e social dos indivíduos pode ser consolidado, bem como é por este instrumento que a sociedade pode exigir mudanças quando considerar que direitos por si arrazoados sejam violados, inclusive pelo próprio estado. Tais mudanças são obtidas por meio do ativismo judicial, mas é certo que não somente por ele e que sozinho, o ativismo judicial em posse de uma decisão favorável não goza ainda do Direito de fato pleiteado.

Portanto, a integralização de ativistas, bem como a pluralidade de ações, demandas em todas as esferas do poder: legislativo, executivo e judiciário, e fundamentalmente a noção de cidadania enraizada em todos os indivíduos, enquanto sociedade com o fim de bem comum, são capazes de transformar, mesmo que aos poucos, o cotidiano injusto para

¹² <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu+-+noticias+anos/2014+noticias/anvisa+definira+situacao+do+canabidiol+em+janeiro>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

gradativamente conseguirmos uma convivência pacífica e duradoura, na qual a justiça será vigente e o judiciário obsoleto, assim como a balança de pesos e a espada de ferro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SA Fabris, 1988.

DIAS, Ádamo Brasil. Interpretação constitucional: entre a dogmática e a zetética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3797, 23 nov. 2013. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25948>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardins Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

ISRAËL, Liora. Resistir pelo Direito? Advogados e magistrados na Resistência francesa (1940-1944). Tradução de Pádua Fernandes. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 61-92, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93420939005>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2628. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17368/os-paradigmas-do-estado-de-direito>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

ROSEMBERG, Gerald. **The Hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

SIKKINK, Kathryn. La dimensión transnacional de lajudicialización de la política em América Latina. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **La judicialización de la Política em América Latina**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 313-349.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: II A epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luis Bolsan. Porto Alegre: SA Fabris, 1995.

Recebido para avaliação em 29/02/2016

Aceito para publicação em 15/06/2016