

/UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

ALCINDO BATISTA DA SILVA ROQUE

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

São Leopoldo
2007

ALCINDO BATISTA DA SILVA ROQUE

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo
2007

R7123p Roque, Alcindo B.S.

Direitos fundamentais e prestação jurisdicional

/ Alcindo B. S. Roque. – 2007.

113f.; 29 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

Orientação: Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Acesso à justiça. 2. Assistência judiciária. 3. Direitos civis.
4. Dimensão prestacional. I. Ribeiro, Darci Guimarães, orient. II. Título.

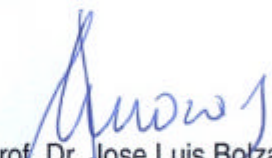
CDU 347.921.8

Catálogo: bibliotecária Daiane Citadin Raupp – CRB 10/1637

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Direitos Fundamentais e Prestação Jurisdicional**”, elaborada pelo aluno Alcindo Batista da Silva Roque, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

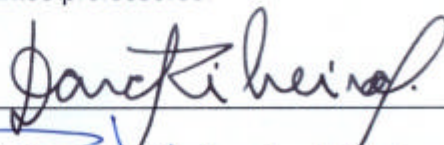
São Leopoldo, 25 de setembro de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

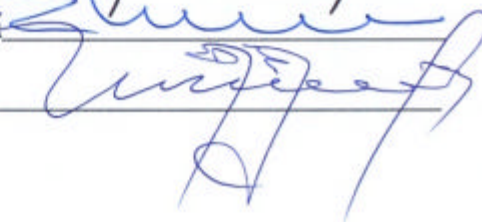
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

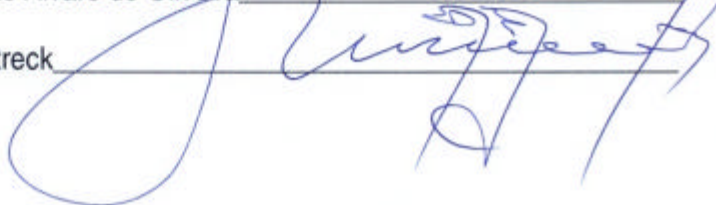
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira



Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Dedico este trabalho a Alvim Roque (*in memoriam*) e Marina da Silva Roque, que, com firmeza, simplicidade e dedicação, souberam transmitir valores e sonhos necessários para enfrentar desafios e superar obstáculos.

À Taisne, querida esposa, e às filhas Júlia e Luiza, pelo apoio, carinho e amor demonstrados nos momentos de alegria e de dificuldades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UNISINOS e à UPF pela oportunidade de realização do mestrado interinstitucional, assim como pelo apoio no desenvolvimento dos estudos e na realização do trabalho de conclusão. Agradeço também à Direção da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, aos professores do Mestrado da Unisinos, aos funcionários e, principalmente, ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pela dedicação e compreensão, assim como pelas recomendações na orientação da dissertação, indispensáveis para a conclusão do trabalho.

RESUMO

A pesquisa dedica-se a enfrentar o princípio do acesso à justiça sob a dimensão prestacional, na perspectiva da legitimação através do processo e do Judiciário, mas, essencialmente, pela tutela efetiva dos direitos fundamentais. É nesse contexto que a proposta busca ampliar e aprofundar a compreensão procedimental do princípio e, do mesmo modo, as possibilidades judiciais na solução de litígios, conjugando os elementos formais e substanciais no compromisso de concretização dos direitos fundamentais pela atuação afirmativa da jurisdição constitucional. Na articulação da idéia de processo e de valores, na atribuição de sentidos na aplicação do direito e no reconhecimento de que o princípio está diretamente relacionado e comprometido com a concretização da justiça, a dimensão prestacional do princípio do acesso à justiça revela o compromisso de efetivação e tutela material dos direitos fundamentais.

Para cumprir os escopos da pesquisa os fundamentos do Estado Constitucional de Direito sob a perspectiva garantista se sustenta pelas bases dos direitos humanos, o que (re)conduz a revisão do princípio do acesso à justiça. Por isso é que a relação entre o pensamento e a linguagem fornece subsídios para os sentidos de acesso e de justiça e a compreensão do princípio sob os fundamentos da hermenêutica filosófica.

Disso resulta a necessidade de superação dos arquétipos constituídos pela matriz analítica, referida pelo positivismo jurídico, provocando a divisão entre procedimentalismo e substancialismo no enfrentamento do princípio do acesso à justiça, uma revisão da jurisdição a partir dos direitos fundamentais, elementos que contribuíram significativamente para a constituição da crise de dupla face na concretização e efetivação do princípio. A revisão do princípio, sob os fundamentos da hermenêutica filosófica, tem o compromisso de tutela efetiva, logo prestacional, das condições e pressupostos existenciais da dignidade humana.

Palavras chave: Acesso à justiça, Dimensão prestacional, Direitos fundamentais, Justiça, Jurisdição, Procedimentalismo e Substancialismo.

RESUMEN

La pesquisa se dedica a enfrentar el principio del acceso a justicia en la dimensión de prestación, en la perspectiva de la legitimación a través del proceso y del Judiciario pero, esencialmente, por la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Es en ese contexto que la propuesta busca ampliar y profundizar la comprensión del procedimiento del principio y, del mismo modo, las posibilidades judiciales en la solución de litigios, conjugando los elementos formales y substanciales en el compromiso de concretización de los derechos fundamentales por la actuación afirmativa de la jurisdicción constitucional. En la articulación de la idea de proceso y de valores, en la atribución de sentidos en la aplicación del derecho y, en el reconocimiento de que el principio está directamente relacionado y comprometido con la concretización de la justicia, la dimensión de prestación del principio del acceso a la justicia revela el compromiso de efectivo y tutela material de los derechos fundamentales.

Para cumplir los objetivos de la pesquisa, los fundamentos del Estado Constitucional del Derecho, sob la perspectiva garantista, se sustenta por las bases de los derechos humanos, lo que (re)conduce la revisión del principio del acceso para la justicia. Por eso es que la relación entre el pensamiento y el lenguaje fornecen subsidios para los sentidos del acceso y le justicia y la comprensión del principio sob los fundamentos de la hermenéutica filosófica.

De eso resulta la necesidad de superación de los arquetipos resultantes por la matriz analítica, referida por el positivismo jurídico, provocando la división entre procedimentalismo y substancialismo en el enfrentamiento del principio del acceso para la justicia, una revisión de la jurisdicción a partir de los derechos fundamentales, elementos que contribuyeron significativamente para la constitución de la crisis de dupla faceta en la concretización y efectivación del principio. La revisión del principio, sob los fundamentos de la hermenéutica filosófica, tiene el compromiso de tutela efectiva, luego prestacional, de las condiciones y presupuestos existenciales de la dignidad humana.

Palabras claves: Acceso a la justicia, dimensión de prestación, derechos fundamentales, justicia, jurisdicción, procedimiento y substancialismo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA PERSPECTIVA DAS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1 APONTAMENTOS SOBRE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	13
2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA PERSPECTIVA GARANTISTA.....	28
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA (PRÉ)COMPREENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	32
3 ACESSO À JUSTIÇA - UMA REVISÃO HERMENÊUTICA.....	39
3.1 BREVES REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS DO DIREITO COM BASE NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN: O ENFRENTAMENTO NECESSÁRIO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	39
3.2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	45
3.3 ELEMENTOS DE COMPREENSÃO, RECONHECIMENTO E DE CONTRADIÇÃO DA IDÉIA DA JUSTIÇA: UM ENFRENTAMENTO CONCEITUAL NECESSÁRIO.....	49
3.4 O ACESSO. A INDISSOCIABILIDADE ENTRE PENSAMENTO E LINGUAGEM....	58
3.5 A PONDERAÇÃO DOS ELEMENTOS EPISTEMOLOGICAMENTE CONSTRUÍDOS PARA UM CONSTRUIR CONGRUENTE.....	64
4 POR UMA REVISÃO PARADIGMÁTICA – DO PROCEDIMENTAL PARA O PRESTACIONAL.....	70
4.1 AS RELAÇÕES ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO.....	74
4.2 A CRISE DE DUPLA FACE DO ACESSO À JUSTIÇA.....	87
4.3 PARA UMA VISÃO PRESTACIONAL DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA – O RESGATE DA DIGNIDADE.....	96
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	114

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto, relacionado ao princípio do acesso à justiça sob uma dimensão prestacional, enfrenta desafios cuja profundidade possa não ter superado os limites epiteliais do conhecimento, ainda que outro seja o seu objetivo e empenho. Mais, pode ser engendrado com a pretensão de identificar as raízes e os fundamentos do pensamento jurídico-político moderno do princípio constitucional, numa esfera substancial, e não ultrapasse os parâmetros formais de sua compreensão. No entanto, fustigar e provocar a análise do princípio submetendo-o ao crivo dos argumentos da substancialidade na atuação jurisdicional, ao menos há de provocar a revisão dos limites e possibilidades de limites de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, através da prestação jurisdicional, superando os arquétipos meramente formais e procedimentais limitadores, para conquistar e defender a intervenção judicial, sempre mediante provocação, impondo a prestação material dos mínimos existenciais.

Sem dúvida que a convergência de argumento para a possibilidade de atuação jurisdicional prestacional, para a tutela material das condições básicas e necessárias para a dignidade humana, sob o pálio dos direitos fundamentais, propõe e busca adequar a idéia de justiça cujo valor reside exatamente em tais direitos. Direitos fundamentais que não podem ser sonogados pelos particulares, numa cumplicidade e compromisso ético com o outro, por isso a incidência da teoria dos direitos fundamentais também nas relações privadas, e que evidencia o alargamento e aprofundamento na compreensão e aplicação do princípio do acesso à justiça, como condição e possibilidade de atuação jurisdicional efetiva.

Ainda que se descortine um ângulo de visão e forma de abordagem garantista, na perspectiva de legitimação material e substancial do Estado, através do processo e conformando a idéia legitimação da jurisdição pela tutela dos direitos fundamentais. Reconhecendo que os dogmas construídos sob os fundamentos da teoria da tripartição dos poderes e de princípios processuais clássicos, nublam a abordagem prestacional do princípio do acesso à justiça, de tutela efetiva e concreta de demandas individuais e coletivas que buscam, pelo processo judicial, em matéria de direitos fundamentais direitos a prestações.

É nessa baliza que a dignidade humana, como fundamento e pressuposto dos direitos humanos e fundamentais, edifica, estrutura e atribui sentido ao Estado Democrático de Direito. Logo, superando a idéia de que os princípios são simples regras de otimização, de que se transforma e se apresenta como regra de aplicação, provocar o princípio do acesso à justiça na dimensão prestacional é condição de possibilidade para estimular e sustentar o seu caráter prestacional, ampliando os horizontes e a visão sobre a jurisdição e o processo na proteção da dignidade humana e na tutela dos direitos fundamentais. O princípio é tratado, substancial e formalmente, como o que instrumentaliza os demais e atribui substância na atuação jurisdicional.

Em termos de reconhecimento do caráter compromissário e de concretização dos direitos fundamentais, que deve encontrar no princípio do acesso à justiça não só o sentido de processo e a dimensão axiológica da justiça, isolados e fragmentados, mas de forma articulada e integral das duas expressões, sentido(s) plural e superlativo de sua própria compreensão. Pelo procedimento se provoca o sentido de substancialidade e na justiça o dever de efetividade, de concretização, a compreensão axiológica do processo e de justiça – logo, a possibilidade de reconhecer a dimensão prestacional do princípio.

Por isso que o presente labor desenvolve-se visando atingir dois objetivos principais; o primeiro diz respeito à conclusão e avaliação do curso de mestrado interinstitucional; já o outro, mais relevante, expressa-se como provocação a uma revisão da formação e dos fundamentos e conceitos jurídicos construídos sobre as bases da filosofia analítica¹, legado do modelo romano-germânico. Revolvem-se esses elementos de formação acadêmica e profissional, submetendo-os a outra matriz teórica, no caso a hermenêutica filosófica, precipuamente no que tange à revisão paradigmática do princípio do acesso à justiça, conduzindo a perspectiva da jurisdição pelos direitos fundamentais. Sublinhe-se que este mister buscará atingir o seu desiderato, o de submeter as normas processuais ao princípio do

¹ O sentido e a compreensão que atribuem ao pensamento ou à teoria analítica identificam-se com os fundamentos do dogmatismo jurídico e, destarte, do positivismo, naquilo que envolve a compreensão e a formulação de juízos que são puramente formais e constituem verdades universais que independem da experiência. REALI, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19 e 107. Nesta mesma linha é a compreensão epistemológica da matriz teórica analítica, ou filosofia analítica, na qual a ciência do direito é “como uma meta-linguagem distinta de seu objeto”. Ver neste sentido o que expõe ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 68.

acesso à justiça, sem, contudo, abandonar a perspectiva procedimentalista enquanto argumento, mas com as luzes da efetividade, da substancialidade, como fundamentação.

Com isso é que os fundamentos do modelo de cientificidade que suporta e sustenta os dogmas do estado liberal e positivista, de uma estrutura hierarquizada e normativista, despregada dos fatores de poderes e de legitimação do Estado, de seus instrumentos democráticos de atuação, são enfrentados para provocar a abordagem dialética e paradoxal, visando o constituir de um conhecimento e abordagem sustentada pelos fundamentos da hermenêutica filosófica, visando responder a crise de efetividade e de legitimidade da modernidade, notadamente no que tange a frustração das pretensões e garantias de mínimos existenciais.

Em verdade se houver algo de novo no enfrentamento do tema, isso pode ser atribuído exatamente no enfrentamento compartilhado, com vistas a superação dos arquétipos formais-racionalistas do estado-liberal, dos fundamentos substanciais do acesso enquanto processo de legitimação e da justiça como destino necessário e indispensável para a cidadania e para a legitimidade jurídico-política da atuação estatal através da jurisdição na perspectiva dos direitos fundamentais e da constituição. Comprometido com a ética construída sob a relação de alteridade, na prestação dos mínimos existenciais, condição e possibilidade para a efetividade e legitimidade do Estado Constitucional de Direito, através da jurisdição.

Nesse diapasão, o trabalho encontra-se estruturado para cumprir integralmente o primeiro objetivo, mas não deixa de estar relacionado e integrar a proposta mais ampla já referida. Assim, o enfoque encontra-se construído, segundo uma proposta metodológica de construção, em três capítulos que demarcam o roteiro fundamental da dissertação. Dessa forma, num primeiro momento a proposta é apreciar aspectos sumários sobre o Estado Constitucional de Direito nas perspectivas sociológica e garantista, assim como enveredar, num segundo passo, para a apresentação de referenciais teóricos e substanciais da justiça e, de algum modo, já desenvolver uma forma provisória e preparatória do conceito hermenêutico do princípio. É essa compreensão crítica e articulada de acesso e de justiça indispensável para o reconhecimento do princípio sob uma dimensão prestacional.

A abordagem propõe-se ser, desde o início, crítica, estabelecendo os fundamentos teóricos para o terceiro e derradeiro capítulo, no qual se busca submeter o princípio do acesso à justiça à matriz hermenêutica e superar a compreensão formal do princípio, provocando sua análise substancial. Assim, alcança-se o caráter prestacional e, destarte, compromissário do sistema constitucional, edificado segundo o modelo de Estado Constitucional de Direito, ou seja, das relações entre pretensões de natureza prestacional e a jurisdição, enquanto atividade inerente a um poder político-jurídico do Estado.

Assim, como dito, o presente trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro com a abordagem sobre o Estado Constitucional de Direito nas perspectivas sociológica e garantista, buscando sempre o apoio nos fundamentos do constitucionalismo moderno e na teoria dos direitos fundamentais, como bases para a pré-compreensão de Estado Constitucional de Direito.

No segundo é mantido o compromisso e o fim a perseguir, de realizar uma abordagem hermenêutica que se escuda na imperiosa revelação da compreensão, tendo em conta a historicidade do compreender e do interpretar o jurídico, sem desconhecer a ainda forte influência de um modo de pensar dogmático.

Para o terceiro capítulo o enfoque opera-se com o cariz e a fundamentação hermenêutica, provocando a revisão de paradigmas na compreensão e aplicação do princípio do acesso à justiça, submetendo-o a uma (re)avaliação em cotejo com as compreensões procedimentalista e substancialista, com o escopo da legitimidade substancial. É neste capítulo que se debate a crise de dupla fase na compreensão e aplicação do princípio do acesso à justiça, visando exatamente antecipar, pela análise hermenêutica, o enfoque da compreensão prestacional do princípio, tendo os dos direitos fundamentais como pressuposto.

É com o desafio de (re)visitar as formas dogmáticas de interpretação que se busca romper com os elementos lógico-formais de compreensão do princípio do acesso à justiça e comprometê-lo com os fundamentos substanciais da Constituição brasileira, construída ou constituída para um Estado Democrático de Direito. Para o compreender crítico e o interpretar substantivo, é indispensável o trato com a linguagem jurídica, como “pronunciamento do discurso”², mas essencialmente em virtude de que “disposição e compreensão são os

² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Maria Sá Cavalcante Shcuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 218.

existenciais fundamentais que constituem o ser do pré, ou seja, a abertura do ser-no-mundo”³. O que, na análise retrospectiva de Gadamer: “a hermenêutica é a doutrina da compreensão e a arte da interpretação daquilo que é assim compreendido.”⁴

Assim, neste estudo, a proposta consiste em expor tal tema nos planos substancial e formal, cotejando a análise constitucional numa amostra com os modelos processuais como instrumentos eficazes e efetivos de acesso à justiça, no seu caráter prestacional, ou seja, vinculador e compromissário do Estado.

³ HEIDEGGER, op. cit., p. 219.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Vol. 1. Tradução de Marco Antônio Cassanova. Petrópolis, 2007. p. 94-95.

2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA PERSPECTIVA DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Os elementos de compreensão da idéia de Estado exigem a análise e abordagem do processo histórico que demarcou as relações sociais e políticas da sociedade e, naturalmente, as instituições que foram construídas no decurso do tempo. Neste labor não se podem olvidar os estudos de Streck e Moraes, traduzidos em obra didática que relaciona Estado, governo, democracia, legitimidade e poder⁵, exaltando a força imperativa da ciência política:

De qualquer sorte, à revelia e com uma parte das teorias explicativas/justificadoras, é possível afirmar que o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. *Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecente) engendram um determinado tipo de Estado.* (sic).⁶

A compreensão, na perspectiva dos fundamentos e dos fins do direito, opera-se no plano da aplicação. Nesse quadro é de ser sublinhada uma das referências feitas por Larenz, dirigindo “o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático.”⁷

A partir disso, é indispensável enfrentar o processo evolutivo de formação do pensamento jurídico-político da idéia de Estado, desde a perspectiva contratualista e com base no referencial histórico-cultural e ideológico de formação das relações políticas de poder. Nesse diapasão, Vieira dedica-se a analisar a evolução social dos modelos de Estados, da fundamentação filosófica e políticas destes, ainda que com o escopo de fixar as origens da cidadania.⁸

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 17.

⁶ STRECK ; MORAIS, op. cit., p. 30.

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1983. p. 53.

⁸ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro São Paulo: Record, 1998. p. 19.

O autor principia referindo que nas formas de organização primitivas havia um direito carismático, centrado na vontade divina e de heróis míticos. Nesse período predominavam os usos e costumes. Após, naquilo que Vieira denomina de “direito tradicional”, a lei passou a ser o referencial coercitivo de regulação das relações sociais, impostas por poderes seculares ou teocráticos, particularistas e com base na tradição. Já o direito natural, “com suporte em princípios legais universalistas, é centrado na lei e na administração especializada da justiça, cujas normas e regras, (...) são promulgadas segundo princípios estabelecidos livremente por acordos racionais. Não se trata mais de interpretar ou reconhecer tradições, mas de expressar a vontade de um poder legiferante soberano que regula as relações sociais com meios jurídicos”.⁹

Essa racionalidade jurídica do direito natural, que propicia a justificação do Estado e a forma de elaboração das normas jurídicas, gerais, abstratas e originárias de um poder soberano, decorre do chamado “contrato social”, calcada no consenso racional. É, como diz, Vieira, o chamado direito moderno, *do formalismo mágico para o formalismo lógico*, o jusnaturalismo.¹⁰

A teoria contratualista de Rousseau demarca a necessidade de se compreender a lei como instrumento de liberdade e de justiça, elementos indispensáveis na formação do pacto social. Foi também nesse passo que se edificou o modelo racionalista a sustentar a teoria de Estado e se demarcou o processo de justificação da lei, como a expressão da vontade na constituição do pacto originário, constituindo um *corpo moral e coletivo*:

O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui (...)
Poder-se-á, sobre o que precede, acrescentar ao que se adquire com o estado civil, a liberdade moral, que faz o homem verdadeiramente dono de si próprio, porque o impulso dos apetites é a escravidão, e a obediência à lei que a cada um de nós se prescreve constitui a liberdade.¹¹

Russo, na pretensão de enfrentamento do processo de transformação do pensamento do direito natural e da compreensão jusnaturalista, enfrenta dois aspectos que julga relevantes:

⁹ VIEIRA, op. cit., p. 16.

¹⁰ VIEIRA, op. cit., p. 16.

¹¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de P. Machado. 13 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 39.

o primeiro na perspectiva de compatibilizar a compreensão de um direito natural, decorrente de leis naturais que fornecem as bases para a auto-regulação; o segundo, sob o fundamento de que o direito natural somente pode ser reconhecido pela razão. Evidenciando, por sua vez, a subordinação das normas e do próprio Estado às leis naturais, sob os fundamentos do que denomina jusnaturalismo panteísta:

El Derecho debe proveer al cumplimiento de las leyes naturales em el mundo. Las leyes humanas sean escritas o no, se encuentran determinadas em su contenido por adecuación al Derecho natural, que em realidad les otorga el verdadero sentido de juridicidad. La validez de una norma deriva de la subsunción em el *ius naturalis*. Esta relación entre ley humana y ley natural resulta de la ley eterna, expresión de la razón que rige el universo. Pero además, implica una subordinación del Estado, la Polis y sus leyes, a este orden superior y prévio a cualquier organización humana. Una ley humana que violenta los principios de tal orden no es ley. La polis grega, decadente ya al momento de la aparición de los estóicos, volverá de esta forma a proponerse um nuevo objetivo moral, la armonización em la razón universal, fuente de todo bien.

Tales leyes solo son cognoscibles mediante la razón. El ejercicio de la recta razón humana permite entrar em contacto con tales leyes. Esto quiere decir que, por médio de la razón, es posible inteligir las leyes naturales. La razón humana se une de es manera a la razón universal em el contenido de la ley natural.¹²

Como visto, para o pensamento jusnaturalista há uma lei natural superior ao direito positivo, na medida em que aquele se configurava como um padrão com validade universal e este era de caráter particular e de dimensões temporal e espacial. Assim é que Lafer, após dedicar-se a analisar o paradigma do direito natural segundo Aristóteles, destaca as características e os fundamentos do pensamento do direito natural:

É certo que o termo Direito Natural abrange uma elaboração doutrinária sobre o Direito que, no decorrer de sua vigência multissecular, apresentou – e apresenta – vertentes de reflexões muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade. Existem, no entanto, algumas notas que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma do pensamento. Entre estas notas, que determinam o que uma doutrina do Direito Natural normalmente considerada merecedor de estudo, podem ser destacada: (a) a idéia da *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra, escampam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a idéia de universalidade destes princípios metatemporais, (...); (c) e

¹² RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria general del derecho: em la modernidad y en la posmodernidad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 45.

aos quais os homens têm acesso através da *razão*, da *intuição* ou da revelação. Por isso, os princípios do Direito Natural são dados, e não postos por convenção.¹³ (sic)

Na mesma peça esboça os fundamentos do jusnaturalismo e a influência que produziu na formação jurídica do país, notadamente no processo de deslocamento do direito dado para o construído pela razão, ou seja, o objeto do pensamento passa a ser o homem, não a natureza, desencadeando os processos de *secularização*, *sistematização*, *positivação* e *historicidade* do direito, traduzidos na teoria constitucional e no processo de codificação.

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

A afirmação, pelo jusnaturalismo moderno, de um Direito racional, universalmente válido, teve efeitos práticos importantíssimos, seja na teoria constitucional, seja na obra da codificação que vieram a caracterizar a experiência jurídica do século XIX. Estes efeitos, no entanto, contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou.¹⁴

Do mesmo modo explicativo é a apresentação feita por Reale e Antiseri ao submeterem os elementos construídos pelo período iluminista na relação entre a razão e o direito natural, este não associado aos elementos transcendentais ou religiosos.

Contrário aos sistemas metafísicos e fator de uma religiosidade e uma moralidade racionais e laicas, o racionalismo iluminista estabelece a razão como fundamento das normas jurídicas e das concepções de Estado. E, assim como se fala de religião natural e de moral natural, fala-se também de direito natural. E, aí, natural significa racional e, melhor ainda, não sobrenatural.¹⁵

¹³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.35.

¹⁴ LAFER, op. cit., p. 38.

¹⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990. p. 677. V. II.

Sustentam ainda Reale e Antiseri que o ideal de um direito em conformidade com a razão sustentou os planos de “reforma” do Estado, esta efetivada pelos próprios soberanos. Contudo, mesmo que a racionalidade fosse utilizada como fundamento e base para a manutenção de um Estado absolutista, influenciou o pensamento e a estrutura do Estado.

O espírito crítico dos iluministas, que peneira toda idéia, opinião e crença proveniente do passado, penetra por toda parte, ‘encontrando-se também nas obras dos escritores de filosofia política e jurídica, empenhados em rever e transformar os princípios da vida social e as formas em que ela se organiza. O ideal jusnaturalista de um direito em conformidade com a razão precisa-se de modo sempre mais radical no século XVIII, inspirando projetos de reformas. Tais reformas muitas vezes são operacionalizadas pelos próprios soberanos, muitos dos quais gostam de ser chamados “iluminados”, embora permanecendo absolutistas, mas outras vezes também são propugnadas e realizadas contra eles.¹⁶

Os mesmos autores referem que o processo iluminista e os fundamentos baseados na razão influenciaram o processo revolucionário francês, os fundamentos dos direitos do homem e do cidadão. Mesmo que não registrem, também a doutrina jusnaturalista repercutiu na fundamentação da revolução americana, já que foi concebida, modernamente e principalmente a partir dos séculos XVII e XVIII, por um direito natural não transcendental, mas centrado essencialmente na racionalidade humana, da natureza para o homem.¹⁷ Tal abordagem, de qualquer modo, conforma-se com a análise feita por Celso Lafer.

Conformou-se a idéia do direito público produzido pelo Estado e da lei que passa a ser à vontade do legislador. Não há, pois, outro direito que não seja aquele que se encontra na lei e nos códigos, fruto da vontade do legislador e com origem exclusiva do Estado. Com isso, há uma distinção e separação entre o direito, a moral e a religião.

Em face dos conceitos do direito natural, direitos inatos, estado de natureza e contrato social, elaborou-se uma doutrina do direito e do Estado sob uma concepção individualista da sociedade e da história, cujo ápice aconteceu com o iluminismo do século XVII. Do chamado jusnaturalismo moderno e com o apogeu do iluminismo, formou-se o positivismo jurídico, cuja expansão se deu com a codificação e com a concepção do direito como um sistema com

¹⁶ REALE; ANTISERI, *História da filosofia: do humanismo a Kant*, p. 677

¹⁷ REALE; ANTISERI, op. cit. , p. 669-681.

unidade e coerente. A lei e os códigos são as únicas e possíveis expressões do direito, por meio do Estado. O direito edifica-se como um sistema fechado, hermético e que não admite indagações de ordem social, econômica ou política, sob os fundamentos da dogmática jurídica. Nesse sentido é oportuno referir o estudo feito por Maynes, com base nos fundamentos do positivismo jurídico desenvolvido por Norberto Bobbio:

Em cuanto al positivismo jurídico como teoría, su fundamento reside en una serie de juicios de orden empírico, y tal fundamento puede resumirse con las siguientes palabras: “Es fácticamente cierto que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que, em forma directa o indirecta, son formuladas y hechas valer por el Estado” (...)

Por último, como ideología, el positivismo jurídico descansa em la siguiente actitud estimativa: “Habida cuenta de la forma em que el derecho es establecido e impuesto, y del fin a que sirve, sea cual fuere su contenido, tiene por si mismo valor positivo, y sus prescripciones deben ser incondicionalmente acatadas”.¹⁸

Com referência a Mário A. Cattaneo, Reali e Antiseri apresentam os elementos característicos da doutrina iluminista, que conformou o modelo de Estado e do direito positivo, numa compreensão racionalista e de expressão voluntarista:

(...) as características gerais da doutrina iluminista são: 1) “*uma atitude racionalista em relação ao direito natural*”; 2) “*uma atitude voluntarista em relação ao direito positivo*”. A racionalidade e a universalidade da lei, a tradução das regras eternas e imutáveis do direito natural em leis positivas pelo legislador e a certeza do direito natural em leis positivas pelo legislador e a certeza do direito estariam entre as instâncias mais positivas da doutrina iluminista, que, sempre na opinião de Cattaneo, se configura como uma luta pela elaboração e realização de valores jurídicos essenciais.¹⁹ (grifo do autor).

Não há como não retomar tais elementos estruturais e históricos que identificam o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no que pertine aos seus elementos de justificação racionais, em razão da identidade na sua gênese. Assim, são pertinentes as críticas feitas na

¹⁸ MAYNES, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. México: Fontamara, 1993. p. 14.

¹⁹ REALE; ANTISERI. *História da filosofia: do humanismo a Kant*, p. 678.

análise comparativa entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, de que os pensamentos desconsideram os elementos variáveis e a dinâmica natural das sociedades, principalmente quando se verificou na história que tais modelos se prestaram a justificar condutas absolutistas e contrárias aos direitos da pessoa humana e dos valores morais e éticos.

O jusnaturalismo concebia o Direito a partir de um paradigma ideal, fixo e imutável, fora do movimento social, escamoteando os valores que representava. O positivismo, por sua vez, igualmente dissimulou os interesses que se ocultavam por detrás de sua retórica de exaltação à razão e à ciência.²⁰

Arnaud e Dulce, com o propósito de demarcar a origem e os fundamentos da sociologia moderna, na perspectiva dos sistemas jurídicos, atribuem às obras dos autores do jusnaturalismo racionalista os fundamentos da sociologia moderna, na medida em que tratam de justificar, com base na experiência e na realidade, o Estado moderno mediante a utilização dos termos “estado natural” e “contrato social”, demarcando a identificação histórica do direito e da sociedade.²¹

Por sua vez, e também na perspectiva sociológica e jurídica, a superação do modelo do Estado absolutista para o Estado de direito inspira-se na teoria política de John Locke e também nos princípios que tutelam os direitos fundamentais.²² É nesta seara que se revela oportuno recorrer a Bobbio, precisamente no que tange às diferenças substanciais entre o Estado despótico, o Estado absolutista e o Estado de direito:

No Estado despótico, o indivíduo só tem deveres, e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos Cidadãos.²³

²⁰ VIEIRA, *Cidadania e globalização*, p. 19.

²¹ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.54-55.

²² É preservada a expressão “direitos fundamentais” apresentada por Liszt Vieira, no entanto, e considerando o que já foi e o que será tratado no presente trabalho, é de se identificar que tal expressão diz respeito aos direitos do cidadão emergentes da Revolução Francesa, que estabelecem a preservação dos direitos dos cidadãos em face do Estado, direitos esses de primeira geração.

Pelo labor desenvolvido por Vieira é possível identificar os fundamentos sociológicos da construção intelectual do Estado de direito, no qual se assentam e se sustentam a experiência e a vivência da democracia. A cidadania é pedra angular, posto que é destinada a exercer “um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo ‘novos espaços de liberdade’, por onde ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, sempre foram silenciados.”²⁴

A propósito, no roteiro desenvolvido por Streck e Moraes evidencia-se uma apropriada e útil descrição da compreensão do Estado moderno num quadro comparativo entre os modelos absolutista e liberal, no qual se explicitam os elementos característicos dos Estados Liberal, Social de Direito e Democrático de Direito.²⁵

É imprescindível também trazer a lume a definição desenvolvida por García-Pelayo, para o qual, além dos limites de ação e submissão às normas jurídicas, a idéia de Estado de direito está relacionada com os fundamentos legitimidade, justiça, fins e valores:

El Estado de Derecho, em su prístimo sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido – pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad – sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, em resumen, con una normatividad acorde con la “idea del Derecho”.²⁶

A matriz hermenêutica desenvolvida por Streck é evidente quando aponta para o conceito e para um novo paradigma de Estado Democrático de Direito, comprometido com as transformações sociais, para a erradicação da pobreza e para a dignidade da pessoa humana. Veja-se:

²³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

²⁴ VIEIRA, *Cidadania e globalização*, p. 41.

²⁵ STRECK; MORAIS. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 95.

²⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza. 1982. p. 52.

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada *uma nova legitimidade* no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constitucionais liberais ou meramente sociais, a legitimidade agora, advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de refundação da sociedade²⁷ (grifo do autor).

Na argumentação de Rawls a identificação de uma sociedade democraticamente constitucional “razoavelmente justa” se traduz na articulação dos valores da liberdade e da igualdade no modelo democrático constitucional, comprometido com a construção de estrutura que impeça que desigualdade sociais sejam fator e causa para incapacitar o exercício das liberdades. Mesmo não contemplando ações positivas, prestações públicas, sustenta a obrigação de superar desigualdades sociais para caracterizar uma sociedade socialmente justa.

(...) uma sociedade democraticamente constitucional razoavelmente justa é uma sociedade que combina e ordena os dois valores básicos da liberdade e da igualdade em função dos três princípios característicos (§1.2). os dois primeiros especificamente direitos, liberdades e oportunidades básicos e atribuem a essas liberdades uma prioridade característica de tal regime. O terceiro princípio é a garantia de meios suficientes, a todos os propósitos, para capacitar todos os cidadãos a fazer uso inteligente e eficaz das suas liberdades. Essa terceira característica deve satisfazer o critério da reciprocidade, e requer uma estrutura básica impeditiva de que as desigualdades sociais e econômicas se tornem excessivas.²⁸

É possível reconhecer que cada sociedade constitui o seu modelo de Estado e para este se conforma o aparato normativo e define o tipo de processo, tenha sido este concebido com conformação formal ou substancial, num formalismo excessivo ou de um formalismo valorativo, como se debruçou Oliveira:

.....mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 179.

²⁸ RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.63.

fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas. Subjacentes e a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental. Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.²⁹

É nessa seara que se expressa a necessidade de pautar a escala de possibilidades de tutela formal dos direitos fundamentais, ou seja, ainda que se reconheça o caráter participativo e deliberativo no processo democrático de definição de normas e de procedimentos, a identificação dos direitos fundamentais como pressuposto de legitimidade da ordem constitucional estabelece limites e condicionamentos à atuação das maiorias na ordem democrática. É o que expressa textualmente Alexy:

Como punto de vista rector o como Idea rectora resulta adecuada una concepción formal de los derechos fundamentales que puede ser expresada de la siguiente manera: los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.³⁰

Por seu turno e com toda evidência, Ohlweiler, ao se dedicar a analisar a jurisdição constitucional, com nítida influência de Heidegger e Gadamer, expressa que o enfrentamento do constitucionalismo também emerge da pré-compreensão que se tem sobre este, já que é a expressão do modo de ser de uma dada sociedade. Por isso, é imprescindível romper com compreensões objetificadoras e permitir o “acontecer hermenêutico”, o que não é estranho aos propósitos preliminares da abordagem do Estado Constitucional de Direito. Registre-se que neste texto se destaca o papel da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo, no entanto os fundamentos teóricos e práticos delineados são apropriáveis para os fins deste trabalho.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista Forense 388: Rio de Janeiro.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 432.

A jurisdição constitucional possui função primordial no Estado Democrático de Direito, sendo-lhe atribuída à guarda – no sentido de *acontecer* hermenêutico – do texto constitucional, em sua plenitude de regras, princípios e valores materiais, além da concretização dos direitos fundamentais.³¹ (grifo do autor).

Com efeito, se “o ser é sempre o ser de um ente”, é imprescritível a necessidade de compreensão do ser constituinte e a constituir, “sua função, seu propósito e seus motivos.”³² Singelamente é o que este rápido ensaio se propõe analisar, com aporte constitucional e garantista.

No labor desenvolvido por Canotilho identificam-se uma clara preocupação didática e um compromisso científico incomparável. O autor dedica-se a expor com precisão os diversos conceitos das figuras que constituem e sustentam o Estado, a constituição e o Estado Constitucional. Sem dúvida, a exposição preliminar sobre “as palavras viajantes” assegura uma visão singular do Estado Constitucional, embasada nas compreensões moderna e pós-moderna de constituição.

A primeira identifica um projeto racional, baseado num documento escrito, como instrumento de constituição da sociedade, Constituição é uma ordenação sistemática racional da comunidade política, plasmada, num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político.³³

Numa concepção pós-moderna a constituição parte da idéia de um “direito reflexivo auto-limitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários *sistemas autônomos* da sociedade (jurídico, econômico, social e cultural)”³⁴. Nessa linha, a Constituição é

³¹OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime juridico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n 2. p. 302-303.

³² HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 34.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 12.

³⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 14.

(...) um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo à auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas (...)³⁵.

Nos propósitos de Lassalle, cujos fundamentos da “essência da constituição” foram alvo de intensa crítica, não se pode desconsiderar a importância histórica na revisão paradigmática da compreensão da constituição. Nela, na constituição, se encontram os elementos formais, mas também substanciais, notadamente quando busca compreender a constituição real e a efetiva como expressão dos “fatores reais do poder”. Assim, e em tom de advertência, esclarece:

Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.³⁶

Nos propósitos de apreciação dialética e para os limites impostos para o presente estudo, no plano paradoxal ao pensamento de Lassalle, ingressam os fundamentos apresentados por Hesse sobre a necessidade de se superar a compreensão da constituição entre a realidade e a norma, já que não tem importância para a análise da força normativa da própria constituição. Sustenta o autor que a compreensão exige identificar os elementos de conexão e de condicionamento entre a constituição e a realidade político-social:

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material* de sua *força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento³⁷ (grifo do autor).

³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 14.

³⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 33.

³⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendez. Porto Alegre, 1991. p. 13-17.

Por seu turno, Bachof enfrenta a questão da validade da constituição sob o argumento da legitimidade encontrada na positividade e na sua obrigatoriedade sustentando:

A problemática fundamental da *validade (Geltung)* de uma Constituição – não apenas no sentido da sua positividade, mas também e sobretudo, no sentido de sua *obrigatoriedade jurídica* – continua, portanto, a subsistir. Importa aqui, mais uma vez, não confundir a questão tão jurídico-material da validade (*Geltung*) da Constituição à luz do direito supralegal com a questão da competência judicial de controle que nessa medida exista. A *validade (Geltung)* de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a *positividade*, no sentido de sua “existência como plano e expressão de um poder efectivo”, e a *obrigatoriedade*, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.³⁸

Agora, da compreensão de constituição em Lassalle, da folha de papel à constituição real, e da abordagem crítica de Hesse, de que a força normativa da constituição está na sua capacidade de realizar-se, de eficácia e que depende de um permanente processo de legitimação, é inequívoco que ambos sustentam a necessidade de efetividade constitucional.

A partir daí, revela-se necessário enfrentar a compreensão de lei com base na abordagem de Canotilho, a qual se mostra importante para o presente trabalho em razão do enfoque moderno e pós-moderno sobre o sentido e a concepção de lei, que também é importante para a compreensão do direito constitucional. Nesse sentido, parte o pensador lusitano da noção de lei como “um acto normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos”.³⁹

A perspectiva moderna sustenta-se num plano da generalidade, abstração e perenidade de um direito posto, originário de um poder estatal definido, e com essa formulação reverencia uma justiça formal. Canotilho apresenta a definição de lei na perspectiva da modernidade, mas afirma não desconhecer nem desconsiderar “a consciência projectante dos homens e na força conformadora do direito, mas relativiza-se ‘a constitucionalização da programação da verdade.’”⁴⁰

³⁸ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 42.

³⁹ HESSE, *A força normativa da constituição*, p. 15.

⁴⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 14.

Evidencia-se, numa leitura ampliada da obra de Canotilho, um verdadeiro esforço didático para apresentar a teoria constitucional com base na modernidade, mas com um matiz e fundamentação de pós-modernidade, na medida em que se dedica, precisamente, a criticar a precariedade da concepção do Estado alicerçada nos parâmetros reduzidos da territorialidade, da população e da politicidade. Na mesma linha, pondera ser insatisfatória e precária a concepção de lei e entende como necessária a relativização desta, uma vez que traz consigo os malefícios do “centralismo e direccionismo jurídico dos modernos, esquecendo a existência de equivalentes funcionais reguladoras, alternativos do direito.”⁴¹

Sustenta Canotilho que não seria mais acertado tratar de uma constituição de Estado, mas de estatuto jurídico do político, uma vez que os “domínios abrangidos pelos programas normativos das constituições ultrapassam o âmbito do Estado (...)”. Continua advertindo:

A Constituição não deve ser estudada isoladamente. Pelo contrário, ela conexiona-se com outras ‘categorias’ políticas e ‘conjuntos sociais’ (Estado, sistema político, sistema jurídico, ordenamento, instituição) de relevante significado para a captação do *mundo circundante/estruturante do político*⁴² (grifo do autor).

Sob os auspícios e escopos do presente trabalho, não é inoportuno, mas adequado, antes de tudo, destacar a importância da interpretação e aplicação para obter a força efetivamente normativa, de eficácia, da constituição, como referido por Hesse:

(...) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (...).

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁴³

⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 16.

⁴² CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 37. O que também impressiona na abordagem de Canotilho é a fundamentação de que “Estado” teria sido uma “categoria nuclear da semântica política da modernidade”, num arquétipo baseado no domínio, do predomínio da lei e na coercibilidade, sendo uma parte da Constituição.

⁴³ HESSE, *A força normativa da constituição*, p. 22-23.

Nesse diapasão, é oportuno recuperar o que sustenta Gadamer: “A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos”.⁴⁴

A propósito, Larenz debruça-se sobre a exposição sistemática de alguns elementos para a compreensão da hermenêutica filosófica em Gadamer, descrevendo a relevância da “pré-compreensão” na “estrutura circular do compreender”, o círculo hermenêutico. Vale registrar a explicação que é operativa para este estudo:

A interpretação de um texto – qualquer que seja a sua natureza – não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de idéias. ... Daí resulta uma especificidade do processo do compreender que é conhecida sob a denominação de “círculo hermenêutico”.

(...)

O processo de olhar para a frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – (...)

O processo do compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em uma direção, “linearmente”, como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (...).⁴⁵

A partir daí, fixados elementos epistemológicos de base, é de ser referido que, sem dúvida, as advertências de Lassalle, Hesse e Canotilho não se apresentam com a amplitude e os fundamentos apontados por Gadamer e descritos por Larenz. Contudo, é importante ver na expressão de Gadamer a exigência de que, para o estudo da constituição, não há como suspender definitivamente as pré-compreensões e a historicidade revelados na tradição de cada povo, mesmo porque as possibilidades de compreensão da Constituição e do Estado Constitucional de Direito não devem partir de opiniões arbitrárias, já que devem estar submetidas e comprometidas com a legitimação substancial, o que não dispensa a análise axiológica do processo, os limites e as finalidades da jurisdição. Assim, para ilustrar tal assertiva julga-se necessário lembrar Gadamer:

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 13.

⁴⁵ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 244-245.

A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.

Essa exigência fundamental deve ser pensada como a radicalização de um procedimento que na realidade exercemos sempre que compreendemos algo.⁴⁶

Foi com o propósito de submeter a análise do Estado Constitucional de Direito aos fundamentos históricos e substanciais da idéia do Estado e da Constituição que se desenvolveu o trabalho até este estágio, como condição de possibilidade para uma compreensão garantista.

2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA PERSPECTIVA GARANTISTA

Um dos grandes problemas que se evidenciam no plano da teoria política diz respeito à existência de instrumentos e mecanismos efetivos de preservação do cidadão em face do poder estatal, com proteção às liberdades, mas também direito a prestações⁴⁷. Em tal seara se revela necessário proceder a uma análise sobre a base do poder e os elementos de sua legitimação, que se reflete na própria estrutura normativa do Estado, enquanto “*instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con êxito la pretención al *monopólio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.”⁴⁸

Desdobra-se do referido conceito a idéia de que a atividade do Estado é contínua e de que o exercício do poder há que ser legítimo (valorativo). Tal legitimidade é definida por Cadermatori como as razões de obediência e pode ser verificada pela *dominação tradicional* (relacionada com a santidade da tradição), pela *dominação carismática* e pela *dominação legal-racional* característica do Estado moderno.⁴⁹

⁴⁶ GADAMER; FRUCHON, *O problema da consciência histórica*, p. 356.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

⁴⁸ WEBER, Max. *Economia y sociedad I*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 43 -44.

⁴⁹ CADERMATORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 96.

Verifica-se, nesse aspecto, uma semelhança entre as abordagens apresentadas por Vieira e por Cadermatori, o que se justifica na medida em que ambos buscaram em Weber os referenciais teóricos para o desenvolvimento de seus estudos, principalmente no ponto ora apresentado. A propósito, Vieira afirma que Weber é um dos responsáveis pela construção da modernidade enquanto processo de racionalização e de diferenciação em diversas esferas (social, econômica, política, cultural etc.) que se tornam autônomas.⁵⁰

As exigências da burguesia a partir do século XIX, como referido anteriormente, determinaram a substituição do modelo clientelista e patrimonialista próprio do regime feudal, passando-se para uma conformação da impessoalidade da dominação, denominada por Weber como “legal-racional”, numa estrutura administrativa burocrática que se assenta na formalidade como elemento fundamental de organização “desse artifício de dominação” e que se desenvolveu através de governos *per leges, sub leges* e Estado Constitucional de Direito.⁵¹

Para Miranda a idéia de Constituição, *como um conjunto de normas jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto de governantes e de governados*, é a que se constitui a partir do século XVIII, base de um constitucionalismo moderno.⁵²

O aparato normativo que configura o governo por leis evidencia-se na medida em que este se apresenta com leis de caráter geral e abstrato, sendo a lei a fonte do próprio direito, resultado da vontade geral. Por seu turno, o governo sob leis subordina o poder ao próprio corpo normativo, às leis, em todos os níveis, numa legalização de todos os atos e procedimentos do governo.

Segundo posição referida por Cadermatori, escudada em análise do jurista espanhol Antonio Peña, ambas as noções se relacionam aos diversos âmbitos da ação do governo. A primeira (*per leges*) trata do relacionamento do governo com os administrados, estabelecendo formalidades quanto à geração da norma para que possa ser válida e vinculante – generalidade e abstração -, ao passo que a segunda (*sub leges*) diz respeito às relações do poder com as próprias normas legais e que, assim, estabelece condições à validade da norma.⁵³

⁵⁰ VIEIRA, *Cidadania e globalização*, p. 34.

⁵¹ CADERMATORI, *Estado de direito e legitimidade*, p. 18.

⁵² MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional. Tomo II*. 5. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p.7-8.

⁵³ CADERMATORI, op. cit., p. 19.

Por sua vez, de forma objetiva e clara, Ferrajoli manifesta ser necessário ampliar a noção de Estado de direito: “La noción liberal de ‘estado de derecho’ debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones ademais de por prohibiciones.”⁵⁴ A passagem dos governos dos homens para os governos das leis, nesse caso impondo-se limites aos governos ao se submeterem também às leis, exige a ampliação da compreensão do Estado de direito para, além de proibições, impor obrigações (deveres prestacionais), o que estrutura o modelo do Estado Constitucional.

A passagem do modelo de Estado legislativo ao constitucional dá-se pelo conteúdo normativo das constituições, num plano jurídico superior, indisponível e vinculante, configurando-se uma rigidez constitucional.

Neste último aspecto e ainda que num plano normativo, a questão relativa ao modelo de Estado Constitucional de Direito não decorre, necessária e somente, da rigidez da constituição e do fato da supremacia desta em face das normas legais, que passam a ser inferiores, pois suas formas e conteúdos subordinam-se ao conteúdo das disposições constitucionais. O Estado Constitucional de Direito é caracterizado, sim, pela rigidez constitucional, mas precisamente naquelas disposições que dizem respeito aos direitos fundamentais, eis que se conforma como um modelo que se constrói pela positivação destes direitos. Desse modo, introduz uma dimensão substancial tanto na teoria da validade como na teoria da democracia, numa análise de conteúdo, não somente de forma. Conforme Ferrajoli:

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivación de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico (...) En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (...).⁵⁵

Assim, sem abandonar as exigências formais de produção da norma legal, mas estando esta vinculada e subordinada aos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 855.

⁵⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 66.

Constituição, verifica-se uma separação dos planos da legalidade formal e da legalidade substancial, dos planos de validade e vigência das normas. Portanto, a legalidade formal emerge da observância dos requisitos formais para a elaboração da lei, ao passo que a legalidade substancial relaciona-se à congruência do conteúdo da lei aos princípios constitucionais, à constituição. Por sua vez, os planos de validade e vigência são relacionados por Ferrajoli com o *ser e o deber ser* do direito.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced a esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del *ser* “existência” - ya no derivable de la moral ni recabalde de la naturaleza, sino, precisamente, “*puesto*” por el legislador – y también de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de “validez”, asimismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica (...).⁵⁶

Nesse contexto e construção, o Estado Constitucional de Direito configura-se como um novo modelo de positivismo jurídico diante da rigidez da Constituição, precisamente no que pertine aos princípios e direitos fundamentais, estabelecendo um conceito de legalidade substancial relacionada ao conteúdo, não exclusivmanente à forma de produção das normas. Nesse sentido é que Miranda trata da perspectiva material da Constituição pelo objeto, conteúdo e função, enquanto que a perspectiva formal decorre da posição das normas constitucionais em relação a todas as demais, assim como forma de produção das normas constitucionais, valendo destacar:

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder.

Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade (...)⁵⁷

⁵⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 67.

⁵⁷ MIRANDA, op. cit. p. 10-13

É na conformação de um Estado Constitucional de Direito que se constroem e se sustentam as garantias como “técnicas estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”, como afirma Ferrajoli.⁵⁸

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA (PRÉ)COMPREENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O autor Luño⁵⁹ abre uma de suas obras com a referência de que alguns conceitos encontram-se introjetados na consciência das pessoas e que o trabalho desenvolvido para a apresentação de um conceito configura-se como uma atividade supérflua. É o que se poderia afirmar em termos de direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Em verdade, a questão, no plano científico, não é bem assim, uma vez que a doutrina vem alertando sobre a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de consenso quanto aos termos e aos conceitos.⁶⁰

De plano deve ficar consignado que este estudo se deterá unicamente na análise dos termos e dos conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, tendo em vista os propósitos e o objetivo do presente trabalho. Certamente, não se desconhecem as discussões sobre as expressões direitos do homem, direitos do cidadão, direitos naturais, direitos civis⁶¹, dentre outras, cuja abordagem é interessante, porém afasta-se dos referenciais e da fundamentação teórica que orientam a presente investigação.

Antes de efetivar uma construção jurídica acerca da definição ou de um conceito de direitos fundamentais, é necessário que se apresente um panorama acerca das diversas denominações relativas ao assunto, tais como “direitos do homem”, “direitos do cidadão”, “direitos humanos” e “direitos naturais”.

⁵⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 25.

⁵⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos. 1999. p. 21.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 29.

⁶¹ Os autores Antonio Enrique Pérez Luño e Ingo Wolfgang Sarlet, nas obras já referidas, dedicam-se, entre os objetivos de cada trabalho, a fazer uma abordagem sobre os demais termos e definições.

Para Luño o tema direitos humanos, do ponto de vista filosófico-jurídico, “pretende ser un estudio de axiología del derecho tendente a explicitar el sentido y función de los derechos humanos en cuanto sistema de valores fundamentales (*Grundwerte*) que concretan y desarrollan la idea de la justicia”.⁶² Avançando em sua exposição, o autor define os direitos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁶³ (sic). Luño dedica-se a defender o seu conceito e a rebater as críticas que podem ser feitas quanto à referência a facultades, a valores de conteúdo impreciso e, também, quanto à positivação dos direitos humanos.

Por sua vez, Ferrajoli apresenta um conceito de direitos fundamentais e sustenta que a definição, por ser teórica, prescinde da análise do fato de estarem ou não positivados, uma vez que não se trata de uma concepção dogmática. Apresenta como direitos subjetivos os relativos a todos os seres humanos e que se configuram em expectativas positivas ou negativas:

Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derechos subjetivos” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁶⁴

Na leitura das obras de Ferrajoli é possível reconhecer a semelhança com os textos de Luño na definição formal ou estrutural de direitos fundamentais, mas destaca-se quando sustenta a importância e a função de sua positivação constitucional, como maneira de assegurar a sua proteção e constituir instrumento de efetivação. Ressalta, ainda, que a positivação dos direitos fundamentais na constituição aponta para a legitimação do próprio poder e para a configuração material da democracia. Veja-se:

⁶² LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, p. 15

⁶³ LUÑO, op. cit., p. 48.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley Del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 37.

(...) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* dos ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.⁶⁵

Acrescenta Ferrajoli que todos os direitos fundamentais estabelecem vínculos de substância, de modo a estabelecer a legitimidade material a que se referia.

Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de *substância* e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os *fins* para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.⁶⁶

Por seu turno, Sarlet dedica-se a conceituar e diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos; os primeiros seriam direitos humanos positivados na constituição nacional; os segundos, direitos consagrados nas declarações internacionais, independentemente do que disponha determinada ordem constitucional. Esclarece Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinónimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).⁶⁷

⁶⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 856-857.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e em política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 97.

⁶⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31.

Em outra produção científica, Sarlet⁶⁸ dedica-se à defesa dos direitos sociais e do dever de satisfação estatal, sustentando que a teoria dos direitos fundamentais já se incorporou ao patrimônio da humanidade e dos direitos naturais do homem, como resultado do processo de constitucionalização que se iniciou no final do século XVIII, provavelmente em referência às revoluções Francesa e Americana. Neste ponto, externa a sua opção epistemológica por enfocar o tema dos direitos sociais fundamentais, com destaque à eficácia e à efetividade, a despeito dos instrumentos jurídicos disponíveis para a sua realização, diante da crise do Estado Social.

Os espanhóis Peces-Barba Martinez e Fernandez Garcia apresentam os direitos como conquista histórica e também destacam a importância da positivação:

(...) derechos fundamentales como la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como cauce para alcanzarla. Pero, al mismo tiempo, pensamos en su eficacia social para que no sean un espíritu sin fuerza, incapaz de controlar y limitar a un poder, que seguirá siendo una fuerza sin conciencia. Por eso creemos que no se puede hablar de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del Derecho positivo. Detectaremos un proceso histórico de positivación, de paso de los iniciales derechos naturales a derechos positivos en esa toma de conciencia de la necesidad de su efectiva implantación social.⁶⁹

Pelo que se lê, não há significativas divergências terminológicas entre os pensamentos apresentados por Sarlet, Luño, Peces-Barba Martinez e Fernandez Garcia, mesmo porque todos exaltam a importância da positivação e da constitucionalização dos direitos humanos – que por isso se definem como direitos fundamentais. Todavia, a divergência está exatamente na formação e compreensão de direitos humanos e de direitos fundamentais, com os dois primeiros sustentando que direitos humanos são aqueles que se encontram reconhecidos pela ordem jurídica internacional, ao passo que fundamentais seriam aqueles que foram positivados na ordem constitucional; já para os outros dois autores os direitos fundamentais

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

⁶⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório; FERNANDEZ GARCIA, Eusébio (Dir.). *História de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas Universidad Carlos III, 1998. Tomo I. p. 2.

seriam a forma de “cristalização histórica” de concepção moral, inicialmente concebidos como direitos naturais.

Stern sustenta que a positivação dos direitos humanos na constituição, passando a denominar-se “direitos fundamentais”, constitui elemento essencial para a caracterização formal do Estado Constitucional de Direito: “Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”⁷⁰

É de ser registrado, por sua vez, que Canotilho chega a desenvolver a idéia de constituição global exatamente quando se trata de direitos fundamentais. Assim, no fluxo de construção da teoria de estado, no caso Estado Constitucional de Direito alicerçado pela formalização e concretização dos direitos fundamentais, o enfrentamento do tema internaliza a necessidade de superação de compreensão limitada ao direito nacional:

A terceira orientação a favor de uma constituição global toma como ponto de partida os direitos fundamentais e os direitos humanos que formariam uma *constituição de direitos* global com a consequente imposição de deveres. Os direitos valeriam não apenas perante as instâncias políticas mas também perante centros de poder econômico.⁷¹

Assim, com outro tempo de conjugação verbal, é mantido o entendimento de que

a magna carta de um país não se deveria reduzir a um esqueleto organizatório dos poderes do estado, antes devia fixar os fins e tarefas de acção dos poderes públicos e radicar os direitos fundamentais dos indivíduos, desde os clássicos direitos individuais de defesa até aos modernos direitos a prestações sociais e económicas. Acreditava-se, pois, na forma normativa da constituição e na capacidade transformadora da lei superior. Para alguns, a constituição era mesmo o impulso decisivo para uma revolução tendente a realizar o mais ambicioso projecto da modernidade política – passar para um outro tipo de sociedade programaticamente antecipada pelas e nas mensagens normativo-constitucionais. É claro que o modelo constitucional programático pressupunha um *sujeito* transformador, uma vez identificado com o estado, outras vezes associado às organizações transportadoras do ideal da emancipação.⁷²

⁷⁰ STERN apud SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 36.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p.289.

⁷² CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade*, p. 209. É de ser reconhecido, outrossim, que na referida obra Canotilho revê o seu entendimento sobre a constituição programática e a constituição dirigente. Aponta que as “constituições programáticas, como a de Portugal e do Brasil, procuravam e procuram fornecer o braço

Para os propósitos do presente trabalho, há que se marcar de forma clara que os direitos humanos são definidos em declarações e tratados internacionais, de caráter transnacional, universal e em decorrência da condição de pessoa, independentemente de sua relação política com determinado Estado; por sua vez, direitos fundamentais são aqueles direitos e garantias fundamentais reconhecidos e consagrados na ordem jurídica de um Estado.

Superado esse ponto, é possível traduzir, segundo a teoria garantista, que os direitos fundamentais caracterizam-se exatamente pela sua verticalidade; são relações perante o próprio Estado; são direitos universais, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos.⁷³

Para se assegurarem e se concretizarem os fundamentos apresentados pela teoria garantista, mostra-se como inquestionável a responsabilidade vivificadora dos direitos fundamentais pelos operadores do direito e pela jurisdição constitucional. Assim, desponta o papel transformador do constitucionalismo moderno, como destaca Ohlweiler: “O constitucionalismo moderno é erigido como verdadeira vivência democrática, responsável pelo modo-de-ser dos juristas, mas sem impor à Constituição uma compreensão categorial, e, sim, o texto fundamental que reflete o ser-no-mundo de uma dada sociedade.”⁷⁴

Portanto, o desafio do intérprete, como já se referiu, é o de, contextualizado o texto constitucional e reconhecendo a sua historicidade, atribuir sentido criativo e garantidor de direitos, notadamente dos direitos sociais sonogados ao longo da história. Por isso, trazer à colação fragmento do texto de Binbenbojm é adequado, o qual faz referência a Arendt:

Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, um pressuposto histórico em constante processo de construção e reconstrução. E,

normativo para *políticas públicas* que reünam três atributos: liberdade política, justiça social e eficácia econômica.” E afirma que isso teria sido a principal causa de “erosão da programaticidade normativo-constitucional”, apresentando dez argumentos para rever o seu pensamento. No entanto, reconhecido que a sua revisão está vinculado à realidade social e política portuguesa, para a experiência e a realidade jurídica, política e social brasileira, é utilizado os fundamentos originários de Canotilho, inclusive para sustentar os escopos desta análise, seja para a proteção das liberdades, seja pela tutela efetiva dos direitos sociais – desafios para o reconhecimento do princípio do acesso à justiça na dimensão prestacional.

⁷³ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 46-50.

⁷⁴ OHLWEILER, *O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo*, p. 302.

neste sentido, a historicidade dos direitos humanos reflete a historicidade da própria concepção moral que os homens têm a respeito de si mesmos e a respeito dos direitos que emanam da sua própria dignidade.⁷⁵

É inequívoco que a Constituição brasileira se revelou como um marco da transição do regime autoritário e expressa o comprometimento com a proteção da dignidade humana, uma reconquista da cidadania pela proteção dos direitos humanos. E não há como fugir de tais representações simbólicas na análise e compreensão na aplicação e concretização de tais escopos fundamentais.

Desvendar os delineamentos constitucionais do Estado brasileiro surge como uma questão preliminar, quando se objetiva avaliar a responsabilidade desse Estado no que diz respeito à cidadania.

Inicialmente, cabe afirmar que a ordem constitucional de 1988 apresenta um duplo valor simbólico: é ela o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no país. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985.

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a instituição um Estado democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

(...) quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. A busca do texto em resguardar o direito à dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos humanos.⁷⁶

É nesse passo que se delinea este trabalho, que tem por escopo compreender a ordem jurídica e o sistema constitucional pautado na perspectiva e fundamento dos direitos humanos como marco referencial da dignidade da pessoa humana. Tal enfoque suporta de forma consistente a interpretação constitucional na aplicação do direito, além de impor, já que vinculativo, uma revisão paradigmática dos modelos até então compreendidos como meramente procedimentais, oferecendo-se a compreensão substancial ou de legitimidade substancial.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (Org.) *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 206-207.

3 ACESSO À JUSTIÇA – UMA REVISÃO HERMENÊUTICA

3.1 BREVES REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS DO DIREITO COM BASE NA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN – O ENFRENTAMENTO NECESSÁRIO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Dentre as principais matrizes teóricas que se propõem conhecer e reconhecer o direito enquanto ciência, para os escopos deste estudo é indispensável submeter o tema acesso à justiça ao cotejo entre o positivismo jurídico – ou matriz analítica – e a matriz teórica da hermenêutica filosófica. Na busca de cumprir tal jornada e atingir o desiderato essencial, que é a revisão paradigmática de compreensão do princípio do acesso à justiça, julga-se necessário tomar como base os fundamentos apresentados por Kelsen para a compreensão científica do direito.

Nesse diapasão, a teoria pura do direito voltou-se, basicamente, para o seu tempo, buscando a criação de um método científico para o conhecimento jurídico. Afinal, Kelsen procurou estabelecer os princípios de uma ciência jurídica com objeto e características próprias, diferenciadas de outras ciências e dos elementos externos ao direito.

Tais afirmações são corroboradas pelo autor na passagem a seguir transcrita:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.⁷⁷

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79.

Com o fim de superar confusões metodológicas e de dar ao direito uma autonomia científica, Kelsen propôs o chamado “princípio da pureza”, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter como premissa básica o enfoque normativo. O direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma, não como fato social ou como valor transcendente.

Kelsen elaborou a teoria pura do direito evitando dimensões sociais e valorativas justamente para garantir um conhecimento dirigido tão-somente ao direito, excluindo deste tudo quanto não pertencesse ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Procura, assim, libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Logo, o princípio metodológico fundamental seria a pureza.⁷⁸

Desse modo, ao erigir o direito positivo, ou seja, os textos jurídicos, objeto da consideração normativa, a descrição do direito ficaria diferenciada dos problemas relativos à sua origem histórica, a efeitos sociais e valorações morais. Embora tais investigações não se excluam, deveriam ser empreendidas em esferas científicas próprias, tais como a história do direito, a sociologia e a psicologia.⁷⁹

A compreensão da teoria pura do direito passa, necessariamente, pela compreensão de norma jurídica, que será o paradigma próprio e específico das reflexões teóricas, podendo ser identificada como norma fundamental gnosiológica. Nota-se que, com base na diferenciação e categorização entre o ser e o dever-ser, Kelsen traça o elemento característico da norma como uma ordem dirigida a regular a conduta humana e que deve ser observada para a preservação dos interesses comunitários.⁸⁰

Com o termo “norma” quer-se significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira. É esse o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem.⁸¹ A consciência humana ou vê as coisas como elas são ou como devem ser; por sua vez, as normas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

⁷⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 01.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

⁸⁰ ROCHA, Ibraim José das Mercês. A constituição na teoria pura do direito em Kelsen: Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=88>.

⁸¹ KELSEN, op. cit., p. 01.

Essa distinção de teor neokantiano entre o mundo do ser ou da realidade (*Sein*) e o mundo do dever-ser ou da obrigação (*Sollen*) é uma das principais formulações de Kelsen. O primeiro é dominado pelo princípio da causalidade (leis da natureza) e o segundo, pelo princípio da imputação, que tem por objeto prescrever determinada conduta da relação específica entre o ato (condição da norma) e a sanção (consequência da norma).⁸²

O que transforma esse fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe o fato em questão por intermédio de uma norma que a ela se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.⁸³

Nesse panorama, a diferença entre fatos como a execução de uma pena de morte ou um homicídio, ou entre um documento ser um testamento válido e apto a produzir efeitos ou não, está condicionada à satisfação de regras impostas pelas normas jurídicas. Só interessa ao direito o conteúdo de um acontecer fático que coincide com o conteúdo de uma norma jurídica.

Outra questão importante para a teoria pura do direito é a validade das normas jurídicas. Para Kelsen, a norma é válida enquanto existente no mundo jurídico, ou seja, vigente, uma vez que sustenta a impossibilidade de se fundarem empiricamente os juízos de valor. Evidentemente, a norma jurídica deve passar por um processo legislativo de produção devidamente estabelecido por outras normas. Só assim a norma poderá ser considerada legítima.

Com efeito, o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. Dessa maneira, cada norma possui validade porque estaria ligada a normas de hierarquia superior, até alcançar a norma hipotética fundamental,⁸⁴ a qual seria o fundamento de validade do ordenamento jurídico.

⁸² DIAS, Maurício Leal. *Lógica e Linguagem: Da teoria pura à teoria discursiva do direito*. Disponível em: <http://www.ufpa.br/posdireito/index.html>.

⁸³ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 04.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 162.

Nesse sentido, a norma jurídica permaneceria válida na medida em que fosse parte de uma ordem jurídica válida. “A questão de se saber se uma norma é válida é respondida recorrendo-se à primeira Constituição. Se esta for válida, então todas as normas que foram criadas de maneira constitucional são válidas também.”⁸⁵ Com isso, o direito passou a ser visto como produto da vontade de autoridades, pois as normas valem independentemente de seu conteúdo. Aliás, Kelsen pressupõe que a norma posta seria justa e, se vigente, seria válida.

Por outro lado, Kelsen apresenta um duplo enfoque sobre o conceito de direito: o estático e o dinâmico. O primeiro representa as normas jurídicas enquanto reguladoras de condutas humanas, ou seja, apenas como ordenamento produzido que está em vigor. O segundo é compreendido como processo de produção e aplicação normativa, o direito em seu movimento, que controla o processo legislativo, o qual, por sua vez, é regulado pela constituição:

É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito, ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que como veremos, também é ela própria produção) do direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas.⁸⁶

Cumprido salientar que Kelsen, no afã de descrever de forma neutra a norma jurídica, formulou outra distinção importante em sua teoria pura do direito: a de norma jurídica e proposição jurídica. Tal classificação pretendeu acentuar a diferença entre a atividade de aplicação do direito e aquela realizada pelos estudiosos do direito:

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam e traduzem que, de conformidade com o sentido de uma

⁸⁵ KELSEN, op. cit., p. 178.

⁸⁶ KELSEN, op. cit., p. 162.

ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.⁸⁷

Por essa razão, pode-se afirmar que as normas jurídicas são válidas ou inválidas e as proposições jurídicas, verdadeiras ou falsas, pois estas são apenas juízos hipotéticos ou opiniões científicas – descrições – de normas. É daí que exsurge o *topos* científico de inteligibilidade do direito: direito e ciência do direito não se confundem.

Nesse sentido, Rocha oferece uma interpretação depurada, abordando o tema do ponto de vista da semiologia, pela qual afirma que “o Direito é linguagem-objeto e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis.”⁸⁸ Nessa senda, o autor afirma que o primeiro momento da metalinguagem é a definição da norma jurídica como esquema de interpretação do mundo, como condição de significação normativa, que se desenvolve no nível pragmático do signo jurídico, emitindo, portanto, imperativos de conduta. O segundo momento é quando transforma a primeira metalinguagem em linguagem-objeto da ciência jurídica, procurando descrever a norma jurídica de forma neutra, situando-se no nível semântico-sintático do signo. Logo, essa descrição da norma pode ser verdadeira ou falsa em relação à objetividade da descrição efetuada por meio de seus modalizadores deônticos lógicos.

A teoria pura do direito tem ainda como característica a exclusão de um exame jurídico do Estado. Para Kelsen, não existe uma separação entre direito e Estado, pois este último seria uma ordem especificamente normativa:

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por uma tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de

⁸⁷ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. p. 162.

⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 72.

coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual.⁸⁹

Nessa linha, Kelsen apregoa que o problema central da doutrina do Estado deve ser conceituado e tratado como problema jurídico. Afinal, os homens reúnem-se numa comunidade estatal submetendo-se às normas, ou seja, à ordem jurídica, que deve ser entendida como ordem efetiva.⁹⁰ Para Kelsen, o Estado seria o conjunto das normas que prescrevem sanções de uma forma organizada; sem esta ordem normativa, o Estado deixaria de existir juridicamente. Um Estado que é só força, só poder, só violência, ainda que eficaz, e cujos comandos não constituem uma ordem, uma relação orgânica de normas sancionadoras e normas de competência, não pode ser considerado conforme o enfoque da ciência jurídica.

Por essa via, é pertinente realçar a análise feita por Rocha com base nos fundamentos do pensamento de Kelsen:

(...) no jurídico mundo kelseniano, todos são pessoas jurídicas; a diferença entre os sujeitos de Direito estaria nos âmbitos de validade. Um sujeito de Direito é uma pessoa jurídica, quando o seu âmbito de validade pessoal é somente ele. Uma pessoa jurídica é coletiva quando possui um âmbito de validade pessoal (e temporal espacial) variado (amplo). Nessa linha de pensar, o Estado é uma pessoa jurídica coletiva, onde o âmbito de validade material é a norma fundamental; o âmbito de validade pessoal é a população; e o âmbito de validade temporal-espacial é o território. Identifica-se, assim, indissolúvelmente Estado, direito e Sociedade na teoria kelseniana.⁹¹

Kelsen, portanto, critica os que defendem o dualismo entre o direito e o Estado, pois o direito é uma ordem que regulamenta a conduta recíproca de seres humanos num sistema de normas, não se podendo dizer que o propósito do direito é estabelecer a ordem, pois se criaria uma ilusão de que existem duas coisas: o direito e a ordem.⁹²

É inegável reconhecer, já que tal reconhecimento foi expressamente revelado por Kelsen, que desde há muito tempo procura-se uma definição de justiça, tarefa insolúvel e que o presente trabalho não ousa enfrentar. Antes, e pelo contrário, os aportes teóricos trazidos à

⁸⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 318.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de José Cretella Junior; Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39-40.

⁹¹ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, p. 73.

colação, em verdade, propõem-se a evidenciar os fundamentos do normativismo kelseniano no enfrentamento de tal tema.

Nesse diapasão, evidenciam-se nos fundamentos da teoria pura do direito o enfrentamento do direito enquanto ciência, que encontra na norma jurídica, produzida pelo Estado e sustentada pela *norma fundamental*, os referenciais de validade e invalidade, sem análise do conteúdo valorativo e sociológico. Nem por isso, contudo, Kelsen deixou de elaborar os aspectos estáticos e dinâmicos do direito – a norma vigente e os fatores de sua criação.

Sob as premissas do direito como ciência, independente e livre de influências políticas, já que o político e jurídico não podem nem devem ser confundidos, Kelsen não deixou de enfrentar a justiça na análise da teoria pura do direito, no entanto o fez embasado em fundamentos normativistas e sustentando que não há justiça absoluta, mas uma justiça relativa. Tais elementos, com as leituras e releituras feitas, demarcaram o legado dos direitos nacionais de origem romano-germânico e pautaram a compreensão do direito como produção estatal e produto da consciência e da liberdade, configurados em modelos formais e categóricos da norma jurídica, no caso, a lei.

3.2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA PROVOCATIVA SUPERAÇÃO NORMATIVISTA

Desde há muito tempo tem-se o reconhecimento de que a pessoa⁹³, seja física, seja jurídica, não dispõe, numa ordem jurídica constitucional, do direito de autodefesa, de fazer justiça com as próprias mãos. Assim é que ao Estado compete a realização da justiça através dos meios que deve prover.⁹⁴

⁹² KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 286.

⁹³ A referência à pessoa, não ao cidadão, justifica-se na medida em que esta última assume um conteúdo político, relacionada a um determinado Estado e vinculação nacional, ao passo que aquela se destina a identificar a pessoa humana, independentemente de registros, nacionalidades ou de sua condição política em face de determinado Estado.

⁹⁴ Oportunamente haveremos de tratar, especificamente, do princípio da exclusividade do Estado na prestação da tutela jurisdicional, o monopólio de prestação jurisdicional, que não implica, necessariamente, monopólio na realização da justiça.

Para Ribeiro, o monopólio da jurisdição implica a restrição a que o particular possa agir privativamente para satisfazer aos seus interesses, assim como gera para o Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional, de forma efetiva, a quem postular. Vale registrar:

En la fase actual de la historia humana, el Estado, como ente encargado de la paz social, asume la solución de los conflictos de intereses y veda cualquier forma de justicia particular, de agere privado. Es el Estado quien administra la justicia y detenta el monopolio de la jurisdicción, o como prefiere denominar BORDIEU el “monopolio de la violencia simbólica legítima”, razón por la cual los mandatos utilizados por él para dirimir los conflictos se realizan a través de la jurisdicción.⁹⁵

Por rigor acadêmico e científico, faz-se necessário esclarecer que, ao apresentar a regra de que à pessoa não é conferido o direito de realizar justiça com as próprias mãos, não se desconhecem as modalidades excepcionais de desforço pessoal, de legítima defesa, nas circunstâncias que o sistema contempla. Vale, aqui, destacar as exceções mencionadas pelo art. 345 do Código Penal brasileiro, que não comprometem a assertiva feita, notadamente no que pertine ao monopólio da jurisdição, seja pelo fato de que a exceção confirma a regra, seja porque a jurisdição a que se faz referência se dá *por e através* do Estado.

Feito esse rápido bosquejo e retomando a linha de argumentação e análise, identifica-se a exclusividade da atuação do Estado na solução dos conflitos que surgem no convívio social; do mesmo modo, o direito da pessoa de exigir do Estado que preste a tutela jurisdicional de modo a indicar e aplicar o direito para o caso posto.

De acordo com uma visão e análise preliminar, poder-se-ia asseverar que a questão relativa ao tema é simples e não oferece maiores indagações, ou seja, tudo é uma questão de postular adequadamente e de obter do Estado uma resposta acerca de sua postulação. Todavia, com a devida vênia, o tema exige um trato mais aprofundado, seja no que concerne à compreensão do acesso à justiça em cotejo com o conceito de acesso aos tribunais, seja na análise crítica da concepção de justiça que se construa ou se admita, ou, ainda, do acesso de que se necessita.

⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva* – hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M. Bosch, 2004. p. 75-76.

Perpassa pela análise crítica⁹⁶ do tema a concepção do conteúdo da justiça, do modelo de acesso e da qualidade da resposta do Estado às necessidades individuais e sociais no plano da eficácia e efetividade da atuação, inclusive, no âmbito jurisdicional, diante da pluralidade jurídica que se reconhece existente.

Sem sombra de dúvidas, a legitimação e a justificação da norma e, destarte, do próprio exercício do poder operam-se com a adesão social, na medida em que respondem a uma necessidade social e correspondem ao que é considerado individual e socialmente justo. Com isso, já se apresenta o viés desejado pelo trabalho, qual seja, o de enfrentar e superar abordagens procedimentais e submeter o acesso à justiça, no plano substancial, à justiça enquanto valor social e o acesso enquanto instrumentos previstos pelo Estado, aptos e capazes de atender àquele.

Assim, principia-se com a (pré)compreensão do que seja justiça e do princípio do acesso à justiça, seu conteúdo e função para os indivíduos, para a sociedade e para o Estado, para, assim, identificar a razão, o sentido e a função dos modelos processuais para a solução dos conflitos.

Importa registrar que a dimensão de modelos processuais que se busca relacionar no presente enfoque não se resume à atuação estatal judicial, mas está subordinada aos instrumentos que a ordem jurídica e a sociedade dispõem e podem dispor para a convivência pacífica e a solução de conflito diante das divergências naturais no meio social.

A par dessas considerações sobre a prioridade de uma consubstancial, descentralizada e democrática mudança no aparelho tradicional de jurisdição do Estado, impõe-se, mais do que nunca, desenvolver procedimentos efetivos de acesso e controle da população à administração da Justiça, incrementando a luta não só para que os órgãos clássicos de jurisdição (juízes, tribunais e etc.) reconheçam e saibam aplicar formais alternativas de Direito, como, igualmente, que haja uma aceitação cada vez maior, por parte dos canais institucionalizados do Estado, das práticas de

⁹⁶ O sentido que se pretende empreender na referida abordagem passa, necessariamente, pela proposta desenvolvida por Antonio Carlos Wolkmer, em cuja obra aponta a tarefa de uma teoria crítica no direito: “Esta tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicionais, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo de um novo paradigma no Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência de um poder normativo injusto, mas a executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Lefort, projete a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça. WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 24-25 – o grifo não consta no original.

negociação e de resolução dos conflitos, mediante mecanismos não-oficiais, paralegais, informais etc.⁹⁷

Para tal mister não há como submeter tais princípios aos modelos formais construídos pelo pensamento kelseniano, já que de plano assinala-se a incapacidade de reconhecer o monismo jurídico⁹⁸ e a completude do direito e da suficiência da lei⁹⁹. Por isso, não é sem propósito que se apresenta a crítica de Campilongo a respeito:

A fragmentação do Estado é seguida pela fragmentação dos modos de produção do direito. A ficção da completude do ordenamento estatal cede lugar ao reconhecimento da convivência de inúmeros ordenamentos jurídicos no mesmo espaço geopolítico, sobrepostos, articulados e interpenetrados.¹⁰⁰

O autor não se limita à crítica quanto à deficiência no reconhecimento de que somente o Estado é que produz o direito, sustentando que o pluralismo jurídico se constitui na definição de outras arenas jurídicas, de novos sujeitos de direito e de uma nova cidadania, o que impõe novas formas de compreender e, precisamente, de lidar com tais demandas no desafio de concretização dos novos direitos. A questão que se põe neste momento é saber em que medida os juristas são sensíveis a esse debate. Mais ainda: de que maneira essas tendências são percebidas pelos operadores jurídicos – especialmente juízes e advogados.¹⁰¹

Para a superação do modelo normativista é indispensável reconhecer a sua existência, assim como o sentido monolítico que lhe foi atribuído ao longo do tempo, o qual repercutiu na forma de compreensão do acesso ao Judiciário como simples direito de petição. Tais limites de sentido podem ser atribuídos à teoria tripartite dos poderes e da separação funcional de atuação de ambos. Depois, é necessário colocar em xeque tais fundamentos e identificar o

⁹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997. p. 93

⁹⁸ O paradoxo de compreensão do monismo é o pluralismo jurídico, no que tange ao monopólio, a onipotência, na produção jurídica, com grau de obrigatoriedade, através do Estado e na forma de lei. Ver, neste aspecto, BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 637-638.

⁹⁹ “Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 5. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 115.

¹⁰⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 60.

¹⁰¹ CAMPILONGO, *O direito na sociedade complexa*, p. 65.

descompasso entre as demandas e expectativas sociais, na mesma linha do que afirma Gadamer: “Em geral é preciso dizer que o que nos faz parar e perceber uma possível diferença de uso da linguagem¹⁰² é só a experiência do choque que um texto nos causa – seja porque ele não faz nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas.”¹⁰³

Para Passos a própria idéia de direito é revelação de desigualdades, já que não há direito que não contemple privilégios. Apesar disso, sustenta o inexorável enfrentamento da idéia de justiça na relação entre o jurídico e o ético, azo pelo qual a justiça se opera pela análise dos fins e na busca do melhor para o indivíduo e para a sociedade. Para isso, há que articular e coordenar as forças na relação de poder. Sustentando o autor:

(...) a justiça socialmente possível é sempre o resultado do confronto dessas duas forças – o poder dos que comandam e o não-poder dos que obedecem, o que gera sempre um equilíbrio instável, só capaz de manter-se mediante um agir permanente e eficaz tanto de dominadores quanto de dominados.¹⁰⁴ (sic)

Dessa forma, reconhecendo as noções prévias que se tem sobre o acesso à justiça, construídas historicamente sob os referenciais teóricos formais, e, nelas, não só sentidos formais, mas provocando a revisão de sentido para a construção de sentidos substanciais, nos parâmetros do Estado Constitucional de Direito e na defesa e concretização dos direitos fundamentais, é que se justifica esta pesquisa.

3.3 ELEMENTOS DE COMPREENSÃO, RECONHECIMENTO E CONTRADIÇÃO DA IDÉIA DA JUSTIÇA – UM ENFRENTAMENTO CONCEITUAL NECESSÁRIO

Quando se descortina a presente abordagem, é forçoso externar que a pretensão não é de debruçar-se sobre uma teoria geral da justiça, por inúmeras razões: a primeira, pelas

¹⁰² Ver sobre este tema também o trabalho de recuperação bibliográfico feito por GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva.*, escrito em dois volumes, onde o autor enfrenta os ensinamentos de Heidegger a seus alunos, inclusive sobre a linguagem e a diferença ontológica.

¹⁰³ GADAMER; FRUCHON, *O problema da consciência histórica*, p. 357.

limitações do próprio autor deste mister; a segunda, em decorrência dos limites operativos do trabalho que se elabora. Nesta moldura é que o enfrentamento de elementos e conceitos sobre a justiça assume o escopo de instrumentalizar e dar sentido às indagações formuladas nesta dissertação e nas variáveis teóricas que foram formuladas no plano de trabalho, que ao longo deste estudo se propõe solucionar.

Dito isso, é comum formular uma idéia de algo a partir do oposto, do contrário. Assim é que, não raras vezes, a noção de vida realiza-se em face da morte, de saúde em virtude da doença, da liberdade em oposição ao encarceramento. O que se deseja, sem desconhecer as dificuldades, não é apresentar o que não é¹⁰⁵, mas tratar exatamente do que é justiça e dos seus fundamentos, tarefa que se realizará no desenvolvimento de um trabalho de pesquisa, mas que não tem a pretensão de esgotar o assunto. Tais discussões vêm desde há muito tempo e se constituem labor permanente da filosofia, como já referiu, outrora, Nietzsche:

Em quase todos os pontos, os problemas filosóficos são novamente formulados tal como dois mil anos atrás: como pode algo se originar do seu oposto, por exemplo, o racional do irracional, o sensível do morto, o lógico do ilógico, a contemplação desinteressada do desejo cobiçoso, a vida para o próximo do egoísmo, a verdade dos erros?¹⁰⁶

Neste propósito, revela-se ilustrativa a afirmação feita por Streck nos debates estabelecidos com Canotilho, quando, invocando Benedetti, diz que, “quando se tem todas as respostas, “cambiam las preguntas”. Não se trata, portanto, de responder a todas as indagações, nem mesmo de exaurir as possibilidades de novas e outras perguntas acerca do que “é” ou das condições de possibilidades sobre justiça e do princípio do acesso, submetendo-os à teoria e à práxis dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

¹⁰⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55-56.

¹⁰⁵ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Numa abordagem interessante o autor inicia um capítulo de sua obra fazendo uma análise crítica de algumas teorias que buscam definir o que vem a ser justiça, com o título *O que a justiça não é*. Sem ter a preocupação de analisar os fundamentos do crítico norte-americano, tal apresentação revela precisamente o que muitas vezes se verifica no cotidiano, até mesmo científico, o de definir um dado objeto pelas características negativas.

¹⁰⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 15.

¹⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2003. p. 77-78.

Por isso é que para o presente tópico seria até mesmo de indagar-se “o que é justiça?”, a mesma questão formulada por Kelsen em uma de suas obras. O autor assevera ser impossível, no plano jurídico, encontrar uma resposta para tal indagação, na medida em que não se encontra um conceito absoluto, mas apenas relativo para justiça, relacionada com a liberdade, a paz, a democracia e a tolerância.¹⁰⁸ É oportuno referir que a análise, a crítica e a justificação de Kelsen, de um modo preciso, relacionam-se à legalidade da conduta diante da pertinência com a norma posta, sendo a teoria pura do direito incompetente para enfrentar as questões relacionadas com a idéia de justiça.¹⁰⁹

O autor austríaco inaugura a obra *O que é justiça?* sustentando que a idéia de justiça enquadra-se no âmbito subjetivo da busca da felicidade humana, que se transforma numa categoria social. As dificuldades para a ciência do direito passam pela impossibilidade de estabelecer uma hierarquia de valores numa determinada ordem, o que empresta ao conceito um conteúdo eminentemente subjetivo:

O conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em que ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem. 5. Mas quais interesses humanos têm esse valor e qual é a hierarquia desses valores? (...) O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional.¹¹⁰

Para o autor a idéia de justiça é algo irracional, pois, segundo o seu entendimento, não estaria sujeita ao plano do conhecimento, da cognição, sob os fundamentos da compreensão racional, já que pela razão somente é possível conhecer “uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente.”¹¹¹

A teoria construída por Kelsen, por sua expressão positivista, não fornece um conceito material, jurídico e científico de justiça, na medida em que se sustenta na legalidade estrita, ainda que reconheça o processo histórico de constituição da norma, a relação entre o caráter dinâmico e o estático do direito. Mas a partir do momento em que concebe a norma escrita,

¹⁰⁸ KELSEN, *O que é justiça?*, p. 25.

¹⁰⁹ KELSEN, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁰ KELSEN, *O que é justiça?*, p. 4.

¹¹¹ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 20.

como produto e expressão do direito, não pode oferecer um conceito de justiça senão o formal (normativo), azo pelo qual assegura que tal conceito material não seria possível no plano jurídico, visto que se submete à percepção subjetiva e escapa à esfera de atuação do direito.

De outra parte, é interessante a abordagem de Rafael Sanches Domingo numa perspectiva histórica, o qual analisa a formação do conceito de justiça com referência às figuras mitológicas gregas de Themis, “simbolizado el orden cósmico junto com el espíritu de conveniencia y ajustamiento”, e de Diké, que “tiene un origen procesal ligado a la decisión judicial de dar a cada uno lo que le corresponde...”. Arremata dizendo que “la formación del concepto de justicia, *dikaio syne*, incluye los elementos de proporción, de orden y consiguientemente, de armonía.”¹¹²

Domingo sustenta que a justiça é um ente de razão que encontra sua fundamentação na realidade: “No es una realidad valiosa, sino un valor que sirve de punto de referencia para determinar cómo há de actuar y cuál es lo que en cada caso constituye lo justo.”¹¹³

Aos propósitos e à linha que se busca indicar com o presente trabalho, os estudos de Sanches são importantes no que pertine ao enfoque histórico que apresentam, destacando-se desde a origem a preocupação com a definição de justiça, bem como com a indicação precisa, na Grécia antiga, do início da distinção de um conceito transcendental (divino) para um conceito de aplicação no âmbito humano, porém ainda no plano do direito natural.

Com efeito, deve-se reconhecer que em tal campo científico não há facilidades para a construção de um conceito ou de elementos de compreensão de justiça de forma absoluta. Afirma Hadbruch ao tentar justificar o enfrentamento que fez sobre justiça nas relações com a conveniência e o direito:

Apontamentos contraditórias sem poder solucioná-las. Não entendemos isso como falha de um sistema. A filosofia não deve proporcionar decisões, mas sim situar-se diante da decisão. Não deve tornar a vida fácil, mas exatamente problematizá-la. Um

¹¹² DOMINGO, Rafael Sanches. La fundamentación del derecho en la justicia a lo largo de la historia. *Justiça do Direito*, Passo Fundo: UPF, 1998. p. 125-126.

¹¹³ DOMINGO, La fundamentación del derecho en la justicia a lo largo de la historia, p. 128.

sistema filosófico deve se assemelhar a uma catedral gótica, onde as massas se sustentam mutuamente ao se oporem umas às outras.¹¹⁴

Entretanto, como é necessário problematizar, submeter à análise as contradições e provocar decisões, não se pode olvidar que justiça, tendo um conteúdo cultural como só ocorre com o direito, emerge da idéia valorativa que se constrói segundo uma percepção espaciotemporal e que se relaciona à *igualdade* de tratamento. Nesta linha, Perelman sustenta:

A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade. ... Isso só é possível se a definição da noção de justiça contém um elemento indeterminado, uma variável, cujas diversas determinações ensejarão as mais opostas fórmulas de justiça.¹¹⁵

Perelman dedica-se a elaborar uma definição formal, abstrata de justiça, assim como apresenta uma definição concreta, sob o enfoque valorativo, de modo a superar, na aplicação e na operação do direito, os obstáculos das fórmulas de justiça apresentadas:

(...) ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deva levar em conta na administração da justiça. Qualificaremos essa característica de *essencial* (...), pode-se definir a justiça formal ou abstrata como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.¹¹⁶

Adiante refere que a compreensão de uma definição de justiça concreta lastra-se exatamente nos elementos que integram a definição da justiça formal. “É uma visão particular do universo”, operação que não segue uma fórmula prévia de aplicação, mas, substancialmente, elementos de fundamentação e justificação. Tal concepção não fornece resposta cabal e suficiente para a compreensão da justiça, mesmo porque parte da idéia de igualdade para a formulação da idéia do justo.

¹¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 114.

¹¹⁵ PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14.

Na concretização do justo, pela característica essencial da igualdade, remete não à resposta sobre o justo ou a justiça, mas a formulação de outra indagação, da compreensão da própria “igualdade”. Nesse sentido é oportuno lembrar que Rousseau, em meados do século XVIII, enfrentava tal indagação de forma paradoxal, a partir da origem das desigualdades. Assim, não tratou de desenvolver uma teoria ou conceitos de igualdade, já que atribui a origem das desigualdades à competição e os erros na constituição das hierarquias que, por tais causas e razões e causas, se produz desigualdades e injustiças:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdades: uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens.¹¹⁷

Já Aristóteles se expõe a tratar a justiça como elemento relacionado com a moral, numa perspectiva da alteridade, em face do outro, sustentando:

Pela mesma razão considera-se que a justiça e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o “bem dos outros”; de fato, ela se relaciona com o próximo pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade. O pior dos homens é aquele que põe em prática sua deficiência moral tanto em relação a si mesmo como em relação aos seus amigos, e o melhor dos homens não é aquele que põe em prática excelência moral em relação a si mesmo, e sim em relação aos outros, pois esta é uma tarefa difícil. Neste sentido, então, a justiça não é uma parte da excelência moral, mas a excelência moral inteira, nem seu contrário, a injustiça, é uma parte da deficiência moral, mas a deficiência moral inteira. A diferença entre a excelência moral e a justiça nesse sentido é óbvia diante do que já dissemos: elas são a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma; a disposição da alma que é a justiça praticada especificamente em relação ao próximo, quando é um certo tipo de disposição irrestrita, é a excelência moral.¹¹⁸

¹¹⁶ PERELMAN, *Ética e direito*, p. 18-19.

¹¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 31.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Trad. De Mário da Gama Kury. Brasília: Unb, 1985, p. 93.

Ferrajoli, ao tratar de matéria relativa aos direitos humanos e ao responder às críticas que as feministas estariam a fazer aos conceitos de igualdade, assevera:

la igualdad en los derechos fundamentales les resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.¹¹⁹

Por sua vez, elaborando o conceito de igualdade com base na relação entre igualdades e diferenças, Ferrajoli sustenta que pode haver desigualdades no plano fático (sexo, nacionalidade etc.), mas há igualdades enquanto norma. O modelo que julga consistente na garantia da igualdade e no trato com as diferenças resulta “de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales – y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.”¹²⁰

Em que pese às dificuldades apresentadas e expostas pelos filósofos referidos, na elaboração do presente trabalho científico faz-se mister antecipar o entendimento apresentado por Melo, que identifica elementos importantes para a construção e o reconhecimento do que vem a ser uma norma justa e da própria justiça, sob a inspiração e orientação da política jurídica. Melo identifica quatro concepções de justiça, que não se contradizem nem se contrapõem, mas se integram e se complementam, a saber: a) ideal político de liberdade e igualdade; b) relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta da norma; c) conhecimento científico sobre o fato e a norma; d) legitimidade ética.¹²¹

Sustenta o primeiro enfoque com base no pensamento de John Rawls, lastrado na ideia do bem e, sobretudo, na definição das prioridades ao largo dos ideais de liberdade e igualdade.¹²² Por sua vez, a segunda concepção sustenta-se na legitimidade democrática da

¹¹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y garantías*, p. 76.

¹²⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 75.

¹²¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris/CPGD-UFSC, 1994. p.112.

¹²² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. O autor apresenta dois princípios de justiça: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a)

própria norma, enquanto reflexo e produto da aspiração popular, centrada na observância do interesse e das demandas sociais, ou seja, um processo de legitimação da norma posta e da proposta em face da confluência e congruência com as necessidades e aspirações sociais.

Já a terceira concepção de justiça apresentada por Melo “trata-se de arbitrar o justo ou o injusto em razão do conhecimento do verdadeiro ou do falso que fundamente a norma (...)”. A rigor, tal conceito se constrói e se efetiva na atuação cotidiana e na prática dos operadores do direito, afastando-se de modelos formais da própria norma para identificar o conteúdo, o alcance e a finalidade do direito, inobstante o que possa dizer dada norma. Melo conclui com uma citação de Cláudio Souto: “Confundir de modo necessário lei com direito, com legitimidade ou justiça científico-substantiva é apenas ideologia a mascarar os jogos reais do poder em momento de dessemelhanças ainda profundas nos estratos sociais.”¹²³

Ao final, Melo dedica-se a tratar o assunto sob o enfoque da legitimação da norma assentada na ética: “(...) a consciência jurídica identifica a justiça da norma com uma obrigação moral do agir, que a mesma deva prescrever (...) trata-se de algo que se harmonize com o sentido de moralidade aceito pela comunidade”. Nessa linha, o enfoque espraia-se tanto em relação à norma existente como a norma que é desejada, uma preocupação da política jurídica.¹²⁴

Como se procurou demonstrar, a definição de justiça contempla um enfoque formal, relacionado essencialmente ao conteúdo abstrato e normativo, enquanto fundamento e objetivo de todos e do próprio Estado, mas, precisamente, uma concepção material ou substancial, relacionada e identificada com os padrões e valores éticos aceitos e desejados pela sociedade, que se reflete e deve se verificar no conteúdo da norma, na interpretação e na aplicação do direito. A atuação do direito há de ser legítima na medida em que rompe com modelos lógico-formais que sustentam ser impraticável uma justiça material efetiva.

Ainda que sob os condições e bases diferentes do sistema jurídico brasileiro, mas com o escopo de superar os elementos do liberalismo, Rawls elenca as condições para a constituição de um Estado Democrático Constitucional estável, referenciais de justiça social.

consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”p.64.

¹²³ SOUTO, Cláudio. *Magistratura brasileira e ideologia formalista*, Seqüência, Revista do CPGD/UFSC, n. 19, dez. 1989. Apud Osvaldo Ferreira de Mello, *Fundamentos da política jurídica*. p. 112-113.

¹²⁴ Osvaldo Ferreira de Melo marca, com insistência, exatamente que uma das preocupações da política jurídica está na legitimação da norma e na transformação desejada, com vistas a atender a uma necessidade social.

Assim, concebe as condições de um “regime libertariano”, conjugando direitos de liberdade e de igualdade, segundo o critério da reciprocidade:

- (a) Certa igualdade imparcial de oportunidade, especialmente na educação. (Do contrário, nem todas as partes da sociedade podem participar dos debates da razão pública nem contribuir para as políticas sociais e econômicas.)
- (b) Uma distribuição decente de renda e riqueza que satisfaça a terceira condição do liberalismo: devem ser garantidos a todos os cidadãos os meios para todos os propósitos, necessários para que tirem vantagem inteligente e eficaz das suas liberdades básicas. (Na ausência desta condição, os que têm riqueza e renda tendem a dominar os que têm menos e a controlar cada vez mais o poder político a seu favor).
- (c) A sociedade como empregador de última instância por meio do governo geral ou local ou de outras políticas sociais e econômicas. (A ausência de uma percepção de segurança e da oportunidade de trabalho e ocupação significativos destrói não apenas o auto-respeito dos cidadãos, mas sua percepção de serem membros da sociedade, não de simplesmente estarem presos a ela.)
- (d) Assistência médica básica assegurada para todos os cidadãos.
- (e) Financiamento público das eleições e maneiras de assegurar a disponibilidade de informação pública em questões de política.¹²⁵

Por sua vez, quando Miranda se dedica a analisar o texto constitucional português sustenta estar o mesmo impregnado dos princípios e valores dos direitos fundamentais e situa tais direitos em posição superior a ordem positiva do Estado, expondo que:

A função do art. 16.o, n.o 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais –e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.¹²⁶

Por seu turno e de propósito, com recurso à longa e profunda análise feita por Höffe sobre o paradoxo entre realismo e utopia, a dimensão do desafio que é reservado no trato

¹²⁵ RAWLS, *O direito dos povos*. p. 64-65.

¹²⁶ MIRANDA, op. cit. p. 40.

acadêmico, científico, empírico e histórico, político e jurídico da justiça, assumem-se aqui as palavras finais do autor em sua obra:

A convicção de que nenhum estado natural pode chamar-se, num sentido irrestrito, “estado da justiça”, permanece válido. Através da articulação destes elementos: os princípios positivados da justiça com a racionalidade científica, com o consenso experimental e as relações de cooperação entre ciência e política, recebe a coletividade uma chance competente de também encontrar e reconhecer, sob as condições atuais de sociedades complexas, as formas concretas de justiça política, em suma: de realizá-la historicamente.¹²⁷

Após o escrito, é possível vincar que falar sobre justiça é tarefa muitas vezes esquecida nos trabalhos sobre o princípio do acesso à justiça, na medida em que, seja pelos elementos constitucionais, seja pelos infraconstitucionais, o trato opera-se prioritariamente no enfrentamento das questões de índole processual e formal. Ainda que com grande carga crítica, isso ocorre sem dedicação valorativa e reconhecimento compromissário contido no genoma do princípio, que, ao nosso sentir, antes de ser processual, é constituinte, ou seja, constitui a cidadania e a dignidade humana.

3.4 O ACESSO. A INDISSOCIABILIDADE ENTRE O PENSAMENTO E A LINGUAGEM

É possível questionar qual é o sentido e a razão de ser da abordagem ora proposta, uma vez que de conteúdo primário e sem possibilidade de constituir uma abordagem científica ou sem utilidade para o desenvolvimento e justificação do tema proposto. Entretanto, no plano de trabalho que se propôs encontra-se espaço e fundamento para tal abordagem.

Em verdade, a preocupação com o sentido e o significado dos símbolos, dos signos, no vocabulário pátrio, comum e jurídico revela uma importância singular e transcendente à especulação meramente gramatical ou filológica, na medida em que se devem identificar o significado e o significante da palavra, elementos importantes da semiologia e da

epistemologia. Sem dúvida, a qualificação e caracterização do símbolo verbal “acesso” não de ser buscadas nos âmbitos internos e externos do próprio sistema jurídico-positivista, vislumbrando, necessariamente, a função de acesso com base no que se destina.

Neste aspecto, é necessário lembrar as lições de Warat:

(...) que os juristas necessitam utilizar de um modo mais atualizado e eficiente as estratégias semiológicas do direito. Ou seja, não mais se pode trabalhar os problemas significativos do direito, a partir de noções lingüísticas gerais e imprecisas. Necessita-se introduzir tais análises discursivas em uma semiologia que procure refletir sobre toda a complexidade sócio-política dos fenômenos das significações jurídicas.¹²⁸

O rigor e a necessidade de reconhecimento da imprescindibilidade da análise da linguagem são importantes não só para a compreensão dos fenômenos jurídico-político-sociais, mas também para o (re)conhecimento dos fundamentos da compreensão dos princípios e das regras jurídicas, da idéia do direito, já que a linguagem é constituída e constitui a realidade, exigindo delicada abordagem, como adverte Kaufmann:

Por meio da linguagem, exerce o homem domínio sobre o mundo e os seus semelhantes; através da linguagem exerce ele o poder. E quando isto acontece numa “forma antinatural”, para “encobrir os pensamentos em vez de os comunicar, quando ela é mero intermediário dum mecanismo de controlo previamente calculado, quando a opinião é manipulada através da regulamentação do discurso ou da censura das notícias”, aí torna-se a linguagem num vulgar “proxeneta do poder”.¹²⁹

Sem desconhecer o caráter crítico do enfrentamento feito por Nietzsche, mas reconhecendo que a linguagem é a etapa primeira do pensar e da atividade científica, e resistindo ao aprisionamento a sentido único e absoluto das palavras, revela-se oportuno registrar o papel relevante que a linguagem exerce para o desenvolvimento cultural, cuja análise crítica não deixa de orientar a presente abordagem.

¹²⁷ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Steins. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 390.

¹²⁸ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 9-10.

A importância da linguagem para o desenvolvimento da cultura está em que nela o homem estabeleceu um mundo próprio ao lado do outro, um lugar que ele considerou firme o bastante para, a partir dele, tirar dos eixos o mundo restante e se tornar o seu senhor. (...) O criador da linguagem não foi modesto a ponto de crer que dava às coisas apenas denominações, ele imaginou, isto sim, exprimir com as palavras o supremo saber sobre as coisas; de fato, a linguagem é a primeira etapa no esforço da ciência. Da *crença na verdade encontrada* fluíram, aqui também, as mais poderosas fontes de energia. Muito depois – somente agora – os homens começam a ver que, em sua crença na linguagem, propagaram um erro monstruoso. (...) na natureza não existe linha exatamente reta, nem círculo verdadeiro, numa medida absoluta de grandeza. (...) Também aí, como sucede frequentemente, a unidade da palavra não garante a unidade da coisa¹³⁰

Pelo que advertiu Nietzsche, realça o presente enfoque quanto à importância da linguagem no reconhecimento e compreensão dos símbolos gramaticais desenvolvidos pela cultura humana e indispensáveis para a atribuição de sentidos aos textos e conceitos jurídicos comprometidos com a aplicação. Veja-se que os fatos não nascem do direito, o qual se forma e se desenvolve na historicidade e no conjunto de experiências de cada povo. Savigny asseverou que o direito se desenvolve como a linguagem e que tais movimentos não são estáticos, asseverando: “Esa natural dependência del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de outro modo que em el lenguaje. Al igual que para este, para el derecho ho hay un solo instante de reposo.”¹³¹

Dito isso, avulta a preocupação não apenas com o significado mas também com o significante da expressão “acesso”, visto que, no plano jurídico e como instrumento, é via e caminho para (que não se resume à tutela jurisdicional), mas deve ser compreendido também como o compromisso com o resultado, o escopo, a finalidade. Assim, a expressão lingüística assume função e valor diferenciados. Conforme Warat, “as unidades da língua têm seu valor determinado não por sua configuração, nem por sua materialidade, mas pelas funções que exercem no sistema. A noção de valor é a lei de organização do sistema; é o critério a partir do qual se obtém a função totalizadora e unificadora do sistema.”

Adiante também apresenta o sentido e a importância dos significados e dos significantes: “O signo, portanto, é um conceito teórico que empregamos para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (*significante*) e o seu conteúdo

¹²⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 166.

¹³⁰ NIETZSCHE, *Humano, demasiado humano*. p. 20-21 e 24.

conceitual (significado).” É de se destacar, do mesmo modo, que o autor manifesta que a relação entre signos opera mediante “processo de contrastes e oposições”, indicando precisamente e para o tema ora em estudo, que se pode compreender a significação da expressão lingüística a partir exatamente das diferenças ou do que não é. No caso, considera-se quando e em que circunstância não se tem acesso, seja pela ausência de instrumentos, seja pela ineficácia destes, na medida em que o acesso está relacionado ao resultado (independentemente do deferimento ou indeferimento de uma postulação perante o Judiciário)¹³²

Afigura-se como necessário também apresentar o enfoque de Streck, que se dedica a fazer uma análise do projeto semiológico de Saussure, referindo que o estudo dos signos se dá e se opera no seio da vida social. Adiante, com base em Carlos Nieto Blanco, Streck sustenta a importância da lingüística na compreensão do sentido e do conteúdo dos signos, assentada em cinco premissas: o conhecimento ocorre com a linguagem; é na linguagem que há a surgência do mundo; é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre; é na linguagem que ocorre a ação e é na linguagem que se dá o sentido.¹³³

Com fundamento no pensamento de Heidegger, José Carlos Moreira da Silva Filho expõe que a linguagem, ao exercer sua função mediadora,

é a única maneira pela qual nos tornamos conscientes de um mundo, ela serve de anteparo à toda atividade cognitiva do homem. Não podemos presumir um momento em que, ao mesmo tempo, temos consciência de algo e estamos despidos da linguagem, podendo utilizá-la como um mero instrumento de expressão de idéias. A formação de nossa consciência já nos é comunicada.¹³⁴

¹³¹ SAVIGNY, Federico Von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977. p.46.

¹³² WARAT, *Direito e linguagem*, p. 25 e 26.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. “Assim, tanto como conteúdo, como também como método da razão lingüística instituída neste século, desde ambas perspectivas, a linguagem se converte em ponto de partida e centro da reflexão. Desse modo, a viragem lingüística, entendida a partir do giro lingüístico, no seu primeiro momento, e no giro pragmático, no seu segundo momento, assenta-se sobre algumas premissas, consoante o quadro apresentado por Blanco (...)”. p. 159.

¹³⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 57.

Ao explorar os sentidos de “acesso”, busca-se em tal expressão o compromisso e sua dependência com a existência, a faticidade, ou seja, uma interpretação comprometida com o social (acesso a alguma coisa – no caso a justiça). A expressão assume sentido e possui conteúdo diferenciado a partir do momento em que é acompanhada de um complemento nominal que define destino, finalidade, escopo e valor, que lhe atribui sentido. Com isso passa a ter feição e função distintas e que distinguem a própria palavra que a acompanha. Trata-se de abordagem dinâmica, complexa e dialógica, rompendo com a aparente cristalização de uma e atribuindo sentido aplicativo e compromissário à outra.

Em obra dedicada à compreensão do pensamento sistemático e ao conceito de sistema, dentre as inúmeras e diversas abordagens, Canaris expressa a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica, mas também deduz os elementos para a sua compreensão. Disso resulta o enfrentamento da conexão entre pensamento e linguagem.

A hermenêutica adota, a esta luz, o papel de motor do processo jurídico: ela é pressuposta, sempre, por qualquer discussão. A linguagem assume, assim, um papel constituinte mais profundo. A apreensão hermenêutica da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias.¹³⁵

Nesse passo é indispensável reconhecer a afirmação feita por Streck, em tom de advertência, de que texto “é mais do que um enunciado lingüístico”, e, desse modo, o seu reconhecimento e compreensão somente se dão na aplicação, demarcando as bases fundamentais da hermenêutica filosófica na compreensão de texto e norma.

Não podemos falar de textos – e, portanto, de coisas que são significadas por textos – que ainda não tenham recebido nossa significação. Quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significado (é, pois, a norma). Mas essa significação (atribuição de sentido) só se realiza a partir da relação fato e direito. Essa significação será sempre

¹³⁵ CANARIS, Wilherm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. LIV.

applicatio, que ocorrerá sempre em face de uma dada situação, concreta ou imaginada. Mas, sem dúvida, sempre dirá respeito a algo.¹³⁶

Com tais fundamentos, sem muito esforço há de se reconhecer que acesso, como substantivo, designa ingresso, entrada, não deixando de representar uma via, caminho ou oportunidade. É comum ouvir que não se tem acesso aos livros, às informações, aos dados, ao ensino etc. Acesso é uma expressão que passa a representar uma situação ou um movimento, dependendo da expressão que o acompanha, ou seja, não há como falar de “acesso” sem ser “acesso a” ou “acesso ao”. A preposição assume a função regente do substantivo “acesso” e estabelece uma relação de dependência inerente com a expressão que o segue, no caso a justiça. Estabelecendo-se a vinculação e o compromisso entre dois substantivos gramaticalmente, numa situação de “justiça” como complemento nominal do “acesso”, constitui-se o princípio do acesso à justiça.

Pode parecer preciosismo a busca do significado das expressões, mas para uma investigação científica é imprescindível que se proceda à correta e adequada reconstituição dos conceitos e, sobretudo, do sentido dos signos verbais. O trato crítico pressupõe a correta utilização dos termos e a compreensão de seu sentido e conteúdo. Ora, no plano aqui proposto verifica-se que o acesso é a representação de instrumentos, ao passo que o seu objetivo é permitir a realização da justiça.

É indispensável ressaltar que a presente abordagem pode até encontrar muitos sinais/indícios de um legado dogmático, produto da maneira de compreender e ver o mundo; por isso é que os indicativos de um pensar dogmáticos muitas vezes teimam em se revelar de forma mais expressiva no texto elaborado. Se o modo de ver, reconhecer e compreender a norma tem por base a pré-compreensão do intérprete, a proposta é de uma “experiência hermenêutica dialética.”¹³⁷

Conforma-se no plano comum e jurídico que o acesso é representativo e significativo de um resultado; no plano abstrato e, principalmente, substancial, relacionado com o objeto que almeja. Assim, tem-se ou não acesso a algo, a alguma coisa ou a algum lugar. Diante disso, e sem procurar antecipar considerações, há que se ter presente que na análise do significado da expressão é necessário encontrar o conteúdo do próprio princípio. Nesse

¹³⁶ STRECK, *Verdade e consenso*. P. 206.

¹³⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 247.

diapásão, compreendido “acesso” como caminho, via ou instrumento, cujo ponto de chegada (resultado) é a justiça, revela-se imprescindível a compreensão de seu significado, mas, sobretudo, do seu significante, diante da função que exerce e que possui na composição do princípio do acesso à justiça.

A propósito, reservando o aprofundamento do tema relacionado à jurisdição para um outro momento, para os propósitos limitados do presente trabalho não se deixará de remeter ao que registra Ribeiro. Pronunciando-se sobre a pretensão processual e a tutela judicial efetiva, este autor afirma, com precisão e clareza, que na compreensão da jurisdição há que se buscar e perseguir a justiça, aquela desejada e buscada pelas partes, como uma função inerente ao poder estatal, no caso, por meio do processo.

Decimos que la acción procesal es um derecho (‘ius agendi’) por el hecho de haber monopolizado el Estado la jurisdicción, por lo que, em consecuencia, se há adjudicado el deber incondicional de prestar justicia a todos los interesados. Luego, existiendo el deber de prestar justicia por parte Del Estado, existirá, em contrapartida, el derecho de pedirla por parte de los individuos.¹³⁸

É prudente e necessário referir que Ribeiro, no fragmento transcrito, não se propôs desenvolver uma teoria da justiça, nem mesmo a enfrentar a questão relacionada ao princípio do acesso, mas o fez na perspectiva das relações jurídicas processuais e materiais entre direito e dever, na perspectiva da ação processual. Não obstante, nos propósitos deste trabalho foi trazida tal referência à colação com o fito de destacar a preocupação processual com a justiça.

3.5 A PONDERAÇÃO DOS ELEMENTOS EPISTEMOLOGICAMENTE CONSTRUÍDOS PARA UM CONSTRUIR CONGRUENTE

Os operadores jurídicos, na construção do conhecimento e na expressão de sua prática, indicam a necessidade de serem criadas as condições de possibilidades para a efetivação material da constituição, fundante de um Estado Democrático de Direito. Por isso, o viés que

se buscou empreender no presente trabalho foi o de construir e justificar como Estado Constitucional de Direito aquele que busca e encontra na garantia formal e, principalmente, substancial dos direitos fundamentais o seu pressuposto.

Assim é que, ao desenvolver apontamentos sobre o Estado Constitucional de Direito segundo perspectivas sociais e jurídico-constitucionais, a legitimação substancial da ordem jurídica expressa-se pela busca e efetiva garantia e proteção aos direitos fundamentais. Para tal desiderato, não se descarta da faticidade e da historicidade humana. Antes de qualquer especulação duvidosa, registra-se o respeito à tradição e à experiência de cada país, sem abdicar do compromisso com o acontecer constitucional em todas as searas da vida humana.

Na mesma linha já desenvolvida e pelos argumentos esboçados, torna-se evidente que as expressões isoladas de justiça e de acesso podem resultar, aparentemente, em destinos diversos, porém, se necessariamente conjugados, emprestam um sentido superlativo e de conformação diferenciada. O acesso à justiça representa, por si só, conteúdo e forma, substância e instrumento. Não há espaço para tratar o princípio somente como substância (justiça=valor) ou somente como forma (acesso=instrumento), pois esta sem aquela perde ou muda o sentido; por sua vez, aquela sem esta apresenta-se inócua e configura-se como instrumento de mera retórica e de compreensão abstrata.

Sob tal referência transita a compreensão de que o princípio do acesso à justiça se reconhece na aplicação, enquanto instrumento e fundamento de concreção de direitos, por isso a necessidade de superar a sua apresentação como elemento secundário do sistema jurídico e do fenômeno jurídico-político do Estado Constitucional de Direito. E esse processo de ruptura do formal para com o substancial somente é possível no processo de concreção, pois “não há normas sem fatos” e “não há interpretação sem relação social”.¹³⁹

Já Pérez, de forma operacional e objetiva, define o conteúdo do princípio que denomina de “acesso aos tribunais” em três momentos, dentre os quais inclui o acesso à justiça. Logo adiante, sustenta a garantia do direito de defesa conjugada com uma solução em prazo razoável e, finalmente, com a plena efetividade da decisão judicial.

¹³⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal Del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 89.

¹³⁹ STRECK, *Verdade e consenso*. P. 180.

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, a la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.¹⁴⁰

Vislumbra-se na exposição de Pérez uma certa incongruência, na medida em que insere o princípio do acesso à justiça como elemento integrante do direito ao acesso aos tribunais, quando este, em verdade, é um dos elementos que integram aquele, não o contrário. Inobstante, a invocação tem por objetivo indicar que no plano da efetividade e do acesso inserem-se, necessariamente, a questão do prazo na atuação jurisdiccional e a necessidade de sua efetivação. São aspectos importantes, mas secundários no trato teórico fundamental do princípio.

Vigorosa e consistente é a análise crítica que Wolkmer faz diante de uma concepção inadequada sobre a atuação jurisdiccional, configurada como um mecanismo estatal técnico, desvinculado da garantia dos direitos e da realização da justiça. Sustenta, pois, a necessidade de rompimento dos conceitos formais do princípio do acesso à justiça para que, assim, se concretizem os postulados de efetividade da justiça. Se é certo que, até há pouco tempo, o processo jurisdiccional era concebido unicamente como um mecanismo estatal técnico, hoje, transforma-se num instrumento político para a garantia dos direitos e a efetivação da justiça.¹⁴¹

Para Capelletti e Garth, o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental ?? o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁴² Nesse sentido, tal definição destaca não somente o acesso, mas também a elevação do acesso à justiça como direito fundamental, destinado à garantia de todos os demais direitos humanos, inserindo-se em seu conteúdo o caráter instrumental.

Num plano formal e comum evidencia-se o acesso à justiça em face da previsão legal e constitucional. Neste plano, as pessoas podem acorrer aos tribunais para verem solucionados

¹⁴⁰ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas. p. 57.

¹⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica. p. 135.

¹⁴² CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

os conflitos que surjam; do mesmo modo, verifica-se a possibilidade de assistência judiciária gratuita, sem pagamento de custas e despesas processuais, assim como a assistência de um advogado habilitado. No plano substancial, há que se buscar a realização da própria justiça como resposta real e efetiva aos valores sociais com a aplicação das normas socialmente justas e a prestação dos mínimos sociais.

Sem incorrer em tautologia, evidencia-se que, no campo social, no qual se encontram inseridos o homem e o direito, o acesso efetivo à justiça constitui condição indispensável para a realização da pessoa humana, não podendo ser limitado a uma visão formal, muito menos limitado à aplicação em termos de acesso aos tribunais e aos mecanismos formais processuais. A justiça que se busca e se deseja é a material, que deve ser encontrada e contida nos instrumentos legislativos formais, na atuação do Judiciário e no respeito e na criação, pelos organismos oficiais, dos instrumentos de realização da justiça como fruto da organização e atuação da sociedade.

Em verdade, a tarefa de conceituar o acesso à justiça passa, necessariamente, pela definição de seus objetivos ou finalidades, com expressiva exposição do tema embasado nesses elementos de explicitação do seu conteúdo, sentido e razão de ser. A propósito, Capelletti e Garth reconhecem a dificuldade para a elaboração de um conceito ou de uma definição e dedicam-se a abordá-lo exatamente com base em suas finalidades:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou Primeiro, o sistema deve igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.¹⁴³

A par das dificuldades apontadas por Capelletti e Garth para a definição da expressão “acesso à justiça”, necessariamente se reconhece que o plano formal e substancial deve ser compreendido como a garantia de instrumentos indispensáveis para que as pessoas solucionem os conflitos e o Estado preste a tutela jurisdicional de forma eficaz, efetiva e justa.

¹⁴³ CAPPELETI; GARTH, *Acesso à justiça*, p. 8.

Como referencial teórico há que se manifestar, necessariamente, o conceito e a compreensão de justiça referida alhures da lavra de Osvaldo Pereira de Melo, cujo suporte científico orienta a linha definidora do fim desejado por meio da prestação da tutela jurisdicional, relacionado com a realidade social e os valores a serem sustentados pela ordem jurídica. Assim, estabelecem-se paradigmas que respondam positivamente às demandas e necessidades sociais¹⁴⁴ e que assegurem os direitos fundamentais da pessoa humana, rompendo-se com modelos arcaicos, pensados e preparados para responder a um modelo de sociedade e de Estado individualista e privatista, numa verdadeira fetichização das pessoas e do processo.¹⁴⁵

Com efeito, o princípio do acesso à justiça contém um conteúdo formal e um conteúdo material, mas, sobretudo, impõe uma abordagem e uma aplicação que sejam eficazes e eficientes, na medida em que na sua razão de ser assume papel instrumental e garantidor de todos os demais direitos, na busca de uma sociedade justa e de um direito humanizado.

É de se reconhecer que o acesso à justiça não é um conceito absoluto e universal, no sentido de acabado e totalizador, mas um conceito cuja compreensão está em permanente formação, um devir. É nesse sentido que se reconhece a historicidade na permanente formação e transformação do princípio, já que na formação não se desconhece o vivido.

Aqui formação significa mais que cultura, ou seja, aperfeiçoamento de faculdades e talentos. (...) O fato de a formação (assim como a atual palavra *Formation*) designar mais o resultado desse processo de devir do que o próprio processo correspondente a uma freqüente transferência do devir para o ser. Aqui a transferência é bastante

¹⁴⁴Cf. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 36-38: “(...) não será através de simples interpretação de normas postas que se há de buscar o aperfeiçoamento e a evolução do Direito. A mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e valoradas, será caminho a percorrer na formação de um novo paradigma. O esforço metodológico para tal propósito não se esgotará com estudos de Filosofia e de Ciência do Direito. A renovação buscada é sobretudo uma ação político-jurídica, interdisciplinar, aberta, conseqüente. (...) o rodar dessa engrenagem só entendida pelos iniciados é coberta e recoberta pelos ritos formalísticos do processo (procedimento), incidentes que se enovelam, muitas vezes, em um ambiente Kafkiano. Por outro lado, a complexidade dessa engrenagem, que deveria teoricamente garantir o direito de exigibilidade, é tal que, em várias circunstâncias, em vez de garantir, esfumaça a pretensão legítima.”

¹⁴⁵Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. “(...) o sistema de administração da justiça (magistratura, Ministério Público, Advocacia do Estado, Defensoria Pública e polícia) consegue enfrentar, de forma mais ou menos eficiente, os problemas que se apresentam rotinizados, sob a forma de problemas estandardizados. Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas ‘normas programáticas’ constitucionais, tais instâncias, mormente o Judiciário, procuram, nas brumas do sentido comum teórico dos juristas, *interpretações despistadoras*, tornando inócua/ineficaz o texto constitucional. ... (sic.) p. 77.

evidente, pois o resultado da formação não se produz na forma de uma finalidade técnica, mas nasce do processo interior de formulação e formação, permanecendo assim em constante evolução e aperfeiçoamento.¹⁴⁶

Como se afirmou, na formação não se dispensa o que se construiu, o que se compreendeu – no caso deste empreendimento a formação do acesso à justiça – diante do caráter histórico da compreensão da formação:

Na formação, ao contrário, é possível apropriar-se totalmente daquilo em que e através do que alguém é instruído. Nesse sentido, tudo que ele assimila integra-se nele. Mas na formação aquilo que foi assimilado não é como um meio que perdeu sua função. Na formação adquirida nada desaparece, tudo é preservado. A formação é um conceito genuinamente histórico, e é justamente o caráter histórico da “conservação” o que importa para a compreensão das ciências do espíritos.¹⁴⁷

Empreender uma revisão de compreensão do princípio do acesso à justiça para além da dogmática não dispensa o exercício crítico e dialético, porque não pode ignorar a compreensão da historicidade deste princípio e da dimensão de que se trata de princípio em formação. Por isso o desafio acadêmico proposto.

¹⁴⁶ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 46.

¹⁴⁷ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 47.

4 PARA UMA REVISÃO PARADIGMÁTICA – DO PROCEDIMENTAL PARA O PRESTACIONAL

Ao inaugurar-se esta abordagem, cujo escopo é o de propor uma revisão dos elementos tradicionais de compreensão do processo de prestação jurisdicional do prisma do acesso à justiça, culturalmente construído sob o pálio do acesso ao Judiciário, reverberar as palavras de Ovídio revela-se necessário e útil. Nesse passo, não se pode olvidar o destaque à importância de construção jurisprudencial que supere os modelos dogmáticos e atenda aos elementos fornecidos pelos fenômenos jurídicos e sociais inerentes dos casos.

Se quisermos, no entanto, constituir o Direito como instrumento democrático, será indispensável discutir com os alunos os casos práticos, colhidos na jurisprudência, mostrando-lhes a *problematicidade* essencial ao fenômeno jurídico, de modo que o Direito abandone o *dogmatismo*, com todas as falsificações da realidade que lhe são inerentes, para lançá-lo na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza de ciência da *compreensão* e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito. É claro que o primeiro baluarte do sistema a ser atingido pela quebra do *dogma* será a fantasia da doutrina da ‘separação de poderes’ do Estado.¹⁴⁸

A propósito, revelar-se-ia vazia e sem sentido propor-se a revisão da compreensão do acesso à justiça segundo o modelo dogmático. Para que tal empresa se apresente, conseqüentemente, não há como não se abandonar o modelo iluminista de separação de poderes nas repetidas referências de que um elabora as leis, outro julga e o terceiro executa, como se os três não fossem chamados, no Estado moderno, a responder por tais funções do Estado.

É nessa seara que se registra decisão da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, mantendo decisão da juíza Bianca Prediger, determinou ao Município que elaborasse programa integral de atendimento a pessoas portadoras de deficiência, condições de acessibilidade a prédios públicos e particulares, estabelecendo normas municipais e políticas públicas de atendimento. Mesmo que nas razões de decidir haja

¹⁴⁸SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. O paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 37.

uma palidez nos fundamentos, já que se edifica na denominada “motivação per relationis”, vale destacar os seguintes fragmentos do acórdão proferido na apelação cível 70014128441:

No mais, deve o Município elaborar programa integral de atendimento a todas as pessoas portadoras de deficiência, incluindo, além da construção de rampas de acesso às calçadas do passeio público, regular prestação de serviços na área educacional fundamental, saúde e social, inclusive, em relação à obtenção de informações em braile.

(...)

Apenas a promessa de implantação das políticas públicas não é suficiente ao cumprimento, por parte da municipalidade, dos encargos constitucionais outorgados.

Além disso, cabe ao Poder Judiciário determinar a realização de atividades administrativas ao Poder Executivo, sem afronta aos princípios da discricionariedade e da oportunidade, que regem o executivo, contidos na Constituição Federal, ao cumprimento dos encargos nela previstos.¹⁴⁹

Fortalece-se a revisão compreensiva que se propõe, notadamente no que tange à efetividade da atividade estatal, do direito e de seus instrumentos, no caso da tutela jurisdicional, precisamente no que se refere ao reconhecimento de que o acesso à justiça e a tutela dos direitos fundamentais são tarefa de todo Estado. Assim, é exigível a máxima proteção e efetividade, o que, na visão de Pérez, é algo consubstancial a todo Estado:

El derecho a la efectividade de la tutela jurisdiccional no constituye em modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera Del Estado de Derecho. No es algo que derive Del modelo de Estado que dice adoptar la Constitución de 1978, sino algo consubstancial a todo Estado. La organización Del Poder Público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe com independência de que figura em las Declaraciones de los derechos humanos y pactos intenacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es um derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres.¹⁵⁰

¹⁴⁹ A decisão do TJRS teve como base decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 575.280-SP, em que o Relator, Min. Luiz Fux, em extensa e justificada análise explícita a atribuição constitucional do Poder Judiciário na concretização das promessas constitucionais demarcando o seguinte: “(...) Ressoa evidente que toda imposição jurisdiccional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da Lei, nada mais fez do que cumprir-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.”

Mesmo que se compreenda o escopo do pensamento externado por Pérez, de reconhecer a justiça na esfera dos direitos humanos e de que estes não precisariam estar escritos em nenhuma carta ou texto, ou dependem do modelo de Estado ou de constituição já que os mesmos seriam inerentes à compreensão de Estado, o qual teria o dever de efetividade e de garantia, é inegável a importância histórica e cultural do modelo de Estado, do conteúdo e do formato das constituições e das leis para a proteção integral e efetiva dos direitos humanos, da proteção e tutela jurisdicional que persiga a eficiência. São indissociáveis do modelo de Estado e das relações de poder o reconhecimento e a proteção ou não dos direitos humanos, das garantias e da efetividade da justiça.

É nesse compasso que se estreitam as relações entre o político e o jurídico, entre o modelo de Estado e os aparatos formais de sua conformação, naturalmente relacionados com as relações de poder e de legitimidade no seio da sociedade civil, notadamente quando constitui objetivo fundamental da ordem jurídica constitucional a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, constituída formalmente pela prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, como expressam os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I, e 4º, inciso II, da Constituição Federal.

A propósito, é oportuno trazer a lume o pensamento de Massimiliano Tomba ao traçar os elementos do pensamento de Hegel nas relações entre poder e constituição. O autor destaca que a divisão entre família, sociedade civil e Estado não implica divisão na compreensão das relações entre o político e o jurídico:

É oportuno lembrar que a distinção entre Estado e sociedade civil é colocada, pela primeira vez, por Hegel, que divide a sociedade nos três momentos da família, da sociedade civil e do Estado. A distinção hegeliana não pode, porém, ser entendida como separação entre uma esfera política e uma esfera pré-política, uma vez que a própria sociedade civil, enquanto momento da eticidade, assume um significado político que leva à superação de tal distinção. Os momentos de politicidade do Estado incluem em si também a sociedade civil que, através dos estamentos e das corporações, participa dos assuntos gerais do Estado. Podemos, assim afirmar que, entre as duas esferas existem, ao mesmo tempo, separação e compenetração. De maneira análoga, o primeiro momento da eticidade, a família, não pode, em Hegel,

¹⁵⁰ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 25.

ser reconduzido a uma esfera privada, mas adquire um significado político enquanto raiz da ética do Estado.¹⁵¹

O aporte acima referido e a análise feita submetem-se à análise político-jurídica do direito e do Estado, enfrentados propositadamente no capítulo I, azo pelo qual as referências destinam-se a ressaltar a importância transcendente (no sentido de superior) dos direitos humanos, porém na complexa integração entre o jurídico e o político, com a compreensão da importância das relações de poder na conformação da sociedade e do seu constituir.

Dito isso, ainda que a profundidade na análise e construção deste estudo não ocorra na mesma medida de sua ousadia, a análise científica, didática e compreensiva do pensamento de Ovídio ilustra com clareza a intenção na sua construção. E é nesse sentido que o rompimento com paradigmas nada mais é do que a construção do novo com base nos elementos sociais, políticos e jurídicos inerentes ao processo histórico. As verdades científicas são, escudado no pensamento de Thomas Kuhn, o que é produzido por várias gerações, a partir de certas premissas que lhe servem de suporte e que, enquanto *paradigmas*, não são questionados pelos cientistas.¹⁵²

É de se reconhecer que o modo de ver o mundo segundo os fundamentos dogmáticos transformou-se com o desenvolvimento de novos modelos para instrumentalizar o acesso à justiça. No entanto, ainda se evidencia o culto pelo formalismo, em detrimento da essência dos direitos fundamentais, ou seja, há *deficit* da modernidade, e as demandas sociais, individuais fundamentais ainda não encontram suficientes e adequados meios de tutela, notadamente em países periféricos.¹⁵³

Para isso, superar os dogmas da imparcialidade, da neutralidade e da postura passiva do operador do direito é indispensável, inclusive, para reconhecer a importância do papel do juiz e admitir que o Judiciário tem função proeminente na tutela das garantias e dos direitos, visto que o agir jurisdicional é, sim, dotado de vontade e de discricionariedade, como salienta Ovídio:

¹⁵¹ TOMBA, Massimiliano. Poder e constituição em Hegel. In: DUSO, Giuseppe. *O poder história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 309.

¹⁵² SILVA, *Processo e ideologia*, p. 31.

¹⁵³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 77-78.

Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão*, não uma ciência *explicativa*; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente *discricionário*.¹⁵⁴

Nesse desafio acadêmico não há como ser indiferente ao conjunto de experiências que formaram, e formam, a maneira de ver as coisas e o mundo. Por isso, nas palavras de Gadamer, a compreensão e a interpretação não operam numa visão de neutralidade científica, mas impõem um aprofundamento da própria compreensão: “Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo.”¹⁵⁵

Por evidente, cotejar elementos da dogmática jurídica com os fundamentos da hermenêutica filosófica constitui abordagem epistemológica indispensável para a compreensão e revisão dos paradigmas de legitimação do princípio do acesso à justiça. Por isso, embrenhar-se nos fundamentos do procedimentalismo e do substancialismo e sustentar a importância de ambos, numa perspectiva construtiva e complementar, é essencial para a compreensão da dupla face do princípio do acesso à justiça e da sua compreensão prestacional.

4.1 RELAÇÕES ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO

Na perspectiva do direito processual, notadamente sob o pálio da busca de autonomia em relação ao “direito material”, propiciam-se intensos debates acerca das visões estritamente processuais e das teses de primado da substância. Em nosso sentir, a busca de autonomia – até mesmo para desdobrar as teorias processuais da ação – conduziu a que transbordasse para outras searas tal labor, que, além de conhecer e reconhecer na disciplina do processo e na teoria da ação a autonomia pretendida, especializou-se, por um lado, mas, por outro, restringiu a compreensão de toda a função jurisdicional – estabelecendo parâmetros formais de limite da

¹⁵⁴ SILVA, *Processo e ideologia*, p. 28.

atividade estatal na linha da separação dos poderes, realçando, assim, o dogmatismo de compreensão e aplicação do direito.¹⁵⁶

Por causa dessa separação, o debate e a avaliação entre os fundamentos do procedimentalismo e do substancialismo são inevitáveis. E nada melhor do que trazer a crítica inaugural feita por Marinoni, no sentido de que as bases de formação dos fundamentos da autonomia do direito processual deram-se pela lógica do direito liberal, para a qual as condições reais das pessoas pouco importavam para a atividade jurisdicional. Além disso, sustenta que os teóricos confundiram autonomia com neutralidade e com indiferença. E alerta:

Não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre *autonomia e indiferença*. O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material *não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial*.¹⁵⁷

O viés justificador do objeto da crítica feita por Marinoni escuda-se na compreensão formal do direito e no referencial de que legalidade e legitimidade se confundem. E é nesse quadrante que a idéia de forma passa a expressar a conformidade do ato com a *fattispecie* normativa; fora disso, não há o que se especular:

(...) a expressão “forma” assume aspecto variado e multiforme. Designa ela, em primeiro lugar, uma certa teoria da justiça, em que o justo passa a depender pura e simplesmente da conformidade do ato à lei. Noutra visão, constitui uma teoria particular do direito, de modo que para a corrente formalista o direito apresenta-se como forma (geralmente constante), em relação a um conteúdo (geralmente variável): significativa é a forma e não a matéria de regulação (Kelsen), pouco importando os conteúdos ou valores aí implicados.¹⁵⁸

¹⁵⁵ GADAMER, *Verdade e Método I*, p. 29.

¹⁵⁶ Recomenda-se a leitura integral do artigo de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, principalmente quando se dedica a superação da análise formal do processo, submetendo à estrutura formal a necessidade de segurança através do processo.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT. 2004. p. 55.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

Sob forte inspiração de Habermas, em que pese ao propósito crítico de seu labor, Grau revela-se um forte defensor do procedimentalismo, na medida em que erige a plano hermético a compreensão da forma, estritamente vinculada com a idéia de positivismo, mas, acima de tudo, na perspectiva de que a legitimidade se dá, necessariamente, pelo procedimento, pautado pelo Estado legislador e produtor do direito. Vale destacar essas abordagens em sua obra.

Num primeiro momento, dedica-se a sustentar a vocação da linguagem formal na solução de conflitos, referindo o distanciamento em relação à moral e aos valores:

4. Formal, portanto, no sentido sob o qual o vocábulo integra a expressão “direito formal”, uma teoria formal da interpretação jurídica.
Há evidente relação, é óbvio, entre ‘formalismo’ – no sentido indicado – e “positivismo”.
O direito formal, assim, funciona como uma linguagem operacional voltada à solução de conflitos (= litígios), apartada, inteiramente apartada, da moral.¹⁵⁹

Logo após, Grau deixa clara a força legitimadora por meio do procedimento e a rejeição a qualquer discussão acerca do conteúdo, que interfere naturalmente na compreensão de justiça e da jurisdição:

A sua legitimação se dá pelo procedimento, formalmente sem que, quando se trate do tema da sua legitimidade, qualquer consideração substantiva seja objeto de ponderação. (...).
Nesse sentido, o Estado põe um direito definidor das regras de um jogo cujo fim ou cujos fins são externos a ele, porque definidos pelo indivíduo, que se vale de suas formas para realizar os seus fins. O espaço reservado a esse direito não compreende senão a predisposição dos instrumentos necessários a que cada um possa atingir os fins a que se propõe (...).
Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém, na dicção de Habermas (1992/241), uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 96-97.

¹⁶⁰ GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 103-105.

Assumindo o risco de, com base em fragmento de um texto, corromper o pensamento conclusivo do autor e, por tal viés, adulterar o alcance e o sentido pretendidos pelo autor intelectual, numa avaliação de uma das obras de Luhmann restam evidenciados o caráter formal e o papel reducionista do procedimento, a ponto de estabelecer referenciais individuais tanto na sua compreensão como na solução de litígios no caso do processo judicial. Nesse passo, exaltam-se o caráter formal do procedimento e a ausência de conexão material a partir do resultado, não deixando de exprimir na decisão a satisfação ou a frustração, com redução da complexidade e a construção de certezas formais institucionalizadas:

Todas as características sistemáticas dum procedimento, que anteriormente apresentamos em teoria, têm de cooperar para atingir este resultado: o procedimento tem de ser diferenciado por meio de normas jurídicas específicas da organização e por meio duma separação de papéis socialmente institucionalizada, como um sistema especial de ação; tem de adquirir uma certa autonomia graças à ligação com as normas jurídicas para se poder individualizar, por meio duma história própria; tem de ser suficientemente complexo para poder submeter ao debate os seus conflitos e poder deixar na incerteza, durante algum tempo, as soluções desborarem em papéis caracterizados pela tendência para fixação e delimitação. Assim se eleva os interessados a abandonarem as alternativas, conscientes ou inconscientes, de comportamento, a executar isso que acontece como redução da complexidade e finalmente a aceitar a decisão, em situações posteriores de vida, sob a ativação de mecanismos psíquicos de adaptação, contra a escolha dos quais a sociedade pode permanecer consideravelmente indiferente.¹⁶¹

Na abordagem feita por Streck fica evidenciada a repercussão do modo de compreender o direito e, pelos fundamentos do procedimentalismo, nos sentidos de constituição e de democracia, com base no pensamento de Habermas:

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”.¹⁶²

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. De Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 101.

Com a peculiar sagacidade e competência, ainda que não se dedique exclusivamente a refutar os fundamentos e os argumentos dos procedimentalistas, Ovídio critica as instituições processuais, que, distantes da realidade, reverberam um modelo racionalista calcado no império da forma e nos mitos da herança racionalista:

Nossas instituições processuais não apenas são idênticas às concebidas pela velha doutrina, como, em suas linhas mestras, reproduzem princípios, categorias e institutos praticados pelo direito romano decadente.

(...)

A distância entre o que se diz na Universidade e nos manuais, através da submissão à cristalizada estrutura de nossas instituições, e o que se faz no foro é escandalosa. Aos que se dêem o trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o “mundo jurídico” e a realidade social poderá parecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado como o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso do império romano. Este prodígio tornou-se possível pela redução do Direito a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, enfim ao processo civil abstrato e conceitual.¹⁶³

Ao tratar sobre procedimentalismo, está-se fazendo referência, ao direito processual, assim como – pelos escopos deste estudo – de fundamentos de legitimidade e de legitimação do Estado, pelo direito e pela jurisdição. E é nessa seara que trazer a lume a crítica de Ovídio revela-se indispensável, principalmente quando expõe a origem e as causas do distanciamento entre o direito e a vida social:

Na verdade, o princípio de que o Direito, como dissera Montesquieu, seria sempre o mesmo, enquanto expressão do justo, “independentemente de quem o considerasse, fosse Deus, ou um anjo, ou enfim um homem”, sendo, portanto, imune às transformações históricas, ainda preside soberano o pensamento jurídico, produzido mecanicamente pela Universidade.

A explicação para essa extraordinária distância criada entre o Direito e a vida social decorre do apego a esse princípio. É uma consequência natural das concepções filosóficas e políticas, especialmente políticas, do liberalismo europeu, ao tentar

¹⁶²STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 137.

¹⁶³SILVA, *Processo e ideologia*, p. 90.

transformar o direito numa ciência abstrata e formal, conseqüentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. Resumindo, é a herança racionalista que nos acompanha.¹⁶⁴

A função do processo e do direito processual, construídos segundo os fundamentos do racionalismo europeu, constituiu-se tendo o pálio da legalidade como pressuposto lógico e formal de legitimidade. Esse legado atingiu todos os ramos do direito, subtraindo dos instrumentos processuais qualquer preocupação com a legitimidade substancial, numa anomia em termos de juízos morais e de análise de valor. Isso se revela na fundamentação racional da teoria comunicativa do pensamento de Habermas, onde explicita que o sentido e a compreensão de verdade se dão sem implicações realistas, o que sustenta ser a função pragmática do conhecimento:

Desde muito cedo defendi uma posição cognitivista, mas anti-realista no que tange à teoria moral. A ética do discurso explica o conteúdo cognitivo de sentenças referentes ao dever sem fazer apelo a uma ordem evidente de fatos morais que se ofereceria à nossa contemplação. Os enunciados morais, que nos dizem o que fazer, não devem ser equiparados a afirmações descritivas que nos dizem como as coisas se articulam entre si. A razão prática é uma faculdade de cognição moral sem representação. A partir de um conceito discursivo da verdade, é fácil interpretar a justiça das normas e juízos morais como um análogo da verdade, sem por isso incorrer em implicações realistas.

(...)

A aceitabilidade racional é um mero indício da verdade propositiva, ao passo que esgota o sentido da justiça moral. A justificabilidade ideal consome o sentido da justiça moral porque a aceitabilidade racional é garantia de imparcialidade.¹⁶⁵

Dessa compreensão procedimental apresentada por Habermas, a crítica feita por Streck, da qual se compartilha, entre outros elementos, reside na desvinculação de valores e de conteúdos substanciais, sustentando que a sua ação comunicativa identifica-se não com uma nação de cultura, mas com uma nação de cidadãos, olvidando a ocorrência do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pelo qual a noção de cidadania se dá nas relações entre sujeitos, não entre sujeito e objeto:

¹⁶⁴ SILVA, op. cit., p. 90.

Habermas não leva devidamente em conta a relevante circunstância de que o paradigma do Estado Democrático de Direito se ancora em um modelo em que a resultante social que se estabelece a partir da noção de cidadania advém de uma intersubjetividade, em que a relação sujeito-sujeito supera a serôdia relação sujeito-objeto, ultrapassando o monadismo típico do paradigma da autoconsciência.¹⁶⁶

Com efeito, em abordagem crítica dos modelos processuais construídos segundo as bases da ideologia liberal, que desconsideram o sujeito e sustentam-se na compreensão do objeto, Marinoni reforça que, sob tais desígnios, a compreensão de acesso – pautado pela indiferença da desigualdade das posições sociais e dos bens – conformou um processo que produz injustiça, não justiça, com a pretensão de uniformidade processual. Foi, sim, pelo legado e pelos fundamentos procedimentalistas que se edificou a compreensão do direito, dos limites da jurisdição e da supremacia das representações formais.

Como as particularidade da sociedade deveriam ser ignoradas em nome da liberdade formal, o Estado liberal passou a legislar com os olhos em um cidadão “sem rosto”, ou que seria igual a todos, independentemente de suas sensíveis diferenças concretas. Diante disso, o princípio da igualdade formal – que não foi feito para o homem de carne e osso – trouxe uma série de discriminações e injustiças.¹⁶⁷

E diz mais exatamente no que se refere à compreensão formal de acesso por meio do processo, sem qualquer preocupação com as diferenças, com a diversidade que a realidade propicia, impondo uma postura neutra (omissa) do juiz e acética do direito:

Nessa perspectiva, entendia-se que, para ser conservado o direito de ir a juízo, bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em juízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício desse direito. Todavia, pouco importava se o cidadão – aí também chamado de indivíduo-razão – teria condições econômicas de usufruir tal direito.¹⁶⁸

¹⁶⁵HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63-64.

¹⁶⁶STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 175 e 179.

¹⁶⁷MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 57.

¹⁶⁸MARINONI, *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 58.

Por tais elementos, ainda que por uma outra matriz teórica da que sustenta o pensamento habermasiano e a deusificação do procedimento e das formas, Gadamer afirma que, pelas regras da hermenêutica, na compreensão há uma antecipação de sentido e, sob tal argumento, os fundamentos racionais procedimentais antecipam a compreensão do direito, das suas fontes e da teoria político-jurídica do Estado, estabelecendo limites formais à compreensão e, naturalmente, à aplicação do direito e da função do direito processual.

A regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferido, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha a compreensão explícita através do fato de as partes determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo.¹⁶⁹

O particular e o todo, para os procedimentalistas, é a forma, e não há outra antecipação de sentido a ser reconhecida ou compreendida, mesmo porque toda análise valorativa não escapa do rechaço à consideração de valores, da idéia substancial de justiça.

Encetar a análise comparativa entre procedimentalismo e substancialismo recomenda uma abordagem conceitual de ambos, dos pontos diferenciais e dos fundamentos que os tornam distantes ou que conduzem à sua divisão. No entanto, não há como conhecer um sem reconhecer o outro, e é também por tal negação que os enfoques revelam-se parciais e insuficientes, quando, em verdade, exigiriam articulação e complementaridade. É nesse caminhar que aporta o pensamento de Oliveira, já que elucidativo para os fins desta pesquisa acadêmica: “Qualquer reflexão moderna sobre o formalismo processual há de levar em conta suas conexões internas e externas. O procedimentalismo, por exemplo, descurava desta última perspectiva no âmbito interior, considerava o processo mera sucessão de formalidades.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giahini. 2. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2004. p. 72.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 61.

O processualista empenha-se em exhibir os vícios e falhas do procedimentalismo e, por via conseqüente, em revelar a aproximação necessária entre este e o substancialismo, eis que, sinteticamente, refere os equívocos da evolução da autonomia do processo e a condução para a análise constitucional do processo. Veja-se:

Não visualiza sequer o ângulo externo, porque, dentro de sua visão monista, o direito processual confundia-se com o direito material, este considerado o elemento fundamental. Também perdeu visão de conjunto a fase posterior ao se desvincular totalmente do direito material no afã de conquistar a autonomia do direito processual, preocupando-se tão-somente com a construção dos conceitos dogmáticos indispensáveis para a nova ciência e que serviriam para proclamar de vez sua independência. Tal postura metodológica, conquanto justificada e até necessária, não alcançou vislumbrar, por fechada em si mesma, os liames com a realidade social e política externa ao processo. Aliás, a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas. Só pouco a pouco a vida foi penetrando neste muro de conceitos, mesmo assim de forma irregular e não sistemática. Por isso a importância do movimento pela chamada constitucionalização do processo, a evidenciar a natureza e a importância política do acesso à jurisdição e do seu exercício.¹⁷¹

Em abordagem preliminar e balizadora do científico, Cappelletti e Garth delineiam com clareza o papel substancial e transformador da atividade e da regulação processual, numa provocação dos destinos e dos escopos dos instrumentos de solução de litígios. Sustentam que toda e qualquer norma, inclusive a processual, deve justificar-se por seu conteúdo substancial. Por isso assinalam:

Qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento dos litígios.¹⁷²

Não há dúvida de que o enfoque entre procedimentalismo e substancialismo estriba-se na perspectiva do processo no plano constitucional. Inobstante, não há como não encetar tal

¹⁷¹ OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 61.

¹⁷² CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*, p. 12-13.

tema sem submetê-lo à teoria geral do processo e à compreensão dos modelos ou instrumentos de concretização constitucional. É nesse compasso que se colhe como necessário aporte o que registra Streck: “Há sempre um caráter substantivo na lei”.¹⁷³

A compreensão de Estado Democrático de Direito implica, segundo Streck, a revisão do papel e da função do Judiciário, exaltando o valor do jurídico no constitucionalismo comunitarista, para o qual o Judiciário tem por escopo constituir-se no guardião dos valores materiais insculpidos na constituição. Daí resultam a crítica às teses procedimentalistas e a defesa do substancialismo, mas também as relações de concordância entre estes. Com base nisso, o autor traça os elementos do substancialismo:

(...) a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra.¹⁷⁴

Quando Streck se empenha em estabelecer os elementos paradoxais de submissão de todos à ordem constitucional no campo de compreensão do Estado Democrático de Direito e, assim, contrapor os argumentos e fundamentos de Habermas na defesa do procedimentalismo constitucional, assevera que este olvidou as circunstâncias do paradigma do Estado Democrático de Direito, que busca construir uma nova legitimidade, de transformação social, a qual *se estabelece a partir da noção de cidadania*. Destaca-se o seguinte para os fins do presente trabalho:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas às baterias

¹⁷³ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 129.

¹⁷⁴ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p. 39-41.

para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, *a função do Direito passa a ser transformadora*, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.¹⁷⁵

Se for verdade a interdependência do jurídico e do político, como se acredita, não há como compreender os fundamentos do substancialismo sem submetê-lo à compreensão do seu paradoxo, o procedimentalismo; a rigor, estes se reconhecem também em face do outro. Nesse percurso, e para os propósitos estreitos deste mister, resgatar alguns fragmentos da lavra de Melo é necessário, com a teleologia da interdependência entre o jurídico e o político e os desafios de legitimação substancial do jurista e do político.

É falsa e prejudicial à postura que põe em relação antagônica os conceitos de Política e de Direito. Por aceitarem esse confronto, os políticos profissionais tendem a considerar o jurista apenas como um técnico em estado de prontidão que possa ser chamado para dar forma e legitimação ‘a posteriori’ à política improvisada. Por outro lado, o jurista tradicional, quando constata ter havido evolução no Direito, refere-se a tal fenômeno como algo puramente conjuntural e fatalista, sem pesquisar as causas políticas, ou seja, sem indagar as fontes desse Direito comprometido com as reivindicações sociais e sem ter em vista que, historicamente, os direitos substantivos nunca são concedidos mas sim obtidos. À Política do Direito cabe intercomunicar ambos os elementos, tornando-os interdependentes, e examinar os âmbitos da Política e do Direito não como áreas bastantes em si mesmas, mas como espaços suscetíveis de permanentes e desejáveis influências recíprocas.¹⁷⁶

Por sua vez, Leal, ao enfrentar os desafios do Estado e da jurisdição na perspectiva procedimentalista, evidencia o comprometimento da ordem jurídica com as expectativas públicas e com os princípios morais de justiça e de solidariedade, uma vez que o sistema jurídico contempla normas cujo conteúdo axiológico foi definido nos processos político e legislativo. Tal análise e abordagem são feitas em face do pensamento de Habermas, valendo destacar a seguinte passagem:

¹⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 179-180.

¹⁷⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. Política jurídica: uma proposta teórica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 112.

Assim é que no paradigma procedimentalista da lei (*proceduralist paradigm of law*), a estrutura de uma *sociedade civil vibrante* (*vibrant civil society*), numa esfera pública e política não-subvertida, deve se comprometer com aquelas expectativas vinculadas ao bem público, delineadas pelas deliberações normativas (axiológicas) referidas, as quais, por sua vez, geram a própria estrutura jurídica cogente, garantindo o respeito a tal ordem de coisas.
A relação entre Direito *versus* Moral é de integração e não subordinação.¹⁷⁷ (sic).

A toda evidência, a compreensão do processo não dispensa aquilatar os elementos valorativos de sua compreensão e de sua função, ou seja, não dispensa “juízos de substância”, como refere Streck:

Dito de outro modo, a própria concepção processual não pode prescindir de juízos de substância: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático.¹⁷⁸

Na análise feita por Bercovici reconhece-se a contribuição das teorias procedimentalistas da constituição, na medida em que a idéia de processo assume a função de instrumentalização para a concretização da constituição, pois a ordem constitucional não se concebe como elemento estático, mas vai sendo constituída exatamente pela relação necessária entre os elementos materiais e os procedimentos de concretização.

(...) uma contribuição fundamental das teorias procedimentais da Constituição é a de que a Constituição possui também, e não exclusivamente, como querem alguns autores, a natureza de uma lei processual para a realização de princípios. O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é

¹⁷⁷ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

¹⁷⁸ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito, p. 132.

uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização.¹⁷⁹

A despeito do argumento e da justificativa apresentados, isso não afasta a crítica que o próprio Bercovici faz quando assevera que as teorias processuais não são adequadas para a Constituição de 1988, na medida em que se propõem a limitar a sua interpretação e, naturalmente, aplicação somente e apenas de modo procedimental. Alerta, outrossim, que as teorias procedimentais são manejadas com o propósito de desjuridificação, o que não é compatível com países como o Brasil.

As teorias processuais da Constituição não são, portanto, constitucionalmente adequadas à Constituição de 1988. Não podemos limitar a compreensão da Constituição apenas ao seu aspecto formal, sem seus princípios e conteúdos materiais. Para uma Constituição com princípios e valores materiais, como a de 1988, não é aplicável a idéia de ser interpretada apenas de modo procedimental. A Constituição, ao contrário do que defendem as teorias procedimentais, não fixa apenas os meios, sem se comprometer com os fins. A Constituição fixa também os fins, como o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no art. 3º da nossa Constituição.¹⁸⁰

Por sua vez, na senda da importância da procedimentalidade constitucional e na legitimação democrática por meio do processo e da efetividade do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, elementos do devido processo constitucional, Leal exalta a força substancial do processo. Transcreve-se a seguinte passagem do autor, adequada para os fins desta abordagem:

(...) em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimamente dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. Estes princípios, que são integrantes conceituais do processo nessa concepção, assumem, nas comunidades constitucionalmente implantadas, caráter

¹⁷⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad. p. 278.

¹⁸⁰ BERCOVICI, *Desigualdades regionais, estado e constituição*, p. 280.

jurídico-instrumental de tornarem irrestrito o direito-de-ação a fiscalidade processual, popular e incessante, dos direitos fundamentais assegurados.¹⁸¹

No afã de reconhecer que o procedimento não pode ser compreendido senão por meio de seus escopos, de seus valores e finalidades ônticas, na relação indispensável de reconhecimento recíproco da forma e da substância, a idéia de procedimento revela-se no sentido de realidade e de substancialidade. Disso resultam as condições de possibilidade da (pré)compreensão do ser e do ente – o princípio do acesso à justiça na dimensão prestacional. Para isso, não se pode deixar de referir o que apresenta Heidegger:

A interpretação da compreensão mostrou, ao mesmo tempo, que, de imediato e na maioria das vezes, ela já se colocou na compreensão de ‘mundo’, segundo o modo de ser da de-cadência. Mesmo onde não se trata somente de uma experiência ôntica e sim uma compreensão ontológica, a interpretação do ser orienta-se, de início, pelo ser dos entes intramundanos. Com isso, passa-se por cima do ser daquilo que, imediatamente, está à mão, concebendo-se primordialmente o ente como um conjunto de coisas simplesmente dadas (res). O ser recebe o sentido de realidade. A determinação do ser torna-se substancialidade.¹⁸²

Nesse diapasão, se foi possível interpretar de forma adequada o pensamento de Heidegger, para a compreensão do Estado Democrático de Direito exige-se a presença sobre o sentido do ser com base na interdependência e na complementaridade das teorias procedimentalistas e substancialistas, ou seja, ver naquela o compromisso substancial e, nesta, a necessidade instrumental da outra.

4.2 A CRISE DE DUPLA FACE DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste trabalho foram demarcados, para os propósitos acadêmicos definidos, os referenciais teóricos que ilustram ou sustentam o enfoque do princípio do acesso à justiça, de modo a orientar a formulação de uma abordagem revisional no campo dos paradigmas

¹⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 178-179.

¹⁸² HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 267.

tradicionais, cativos do modelo dogmático, cuja análise de legitimidade não supera os umbrais do legalismo, do normativismo estatal.

E é nessa matriz crítica que se arquiteta a análise da crise de dupla em face do princípio do acesso à justiça, adotando uma conduta que busca identificar os elementos e fatores dogmáticos que conduziram à construção do processo não como instrumento de efetivação da justiça, de concretização dos direitos e garantias constitucionais, deixando carentes os novos direitos e os apelos da constituição cidadã. Disso resulta como pertinente à proposta feita por Wolkmer:

(...) antes de desenvolver o novo pluralismo jurídico, impõe-se tratar, primeiramente, da crise e da superação do modelo tradicional. Tal direcionamento implica na obrigatoriedade de se avançar na explicitação de suas causas e conseqüências a nível de uma singularidade histórica temporal e espacial. Como verificar-se-á em seguida, isso remete ao exame dos fatores que tornam os procedimentos formais gradualmente injustos e ineficazes para satisfazer os intentos desejados e para resolver os crescentes conflitos coletivos, articulados por agentes de uma nova cidadania.¹⁸³

Uma das causas da crise de efetividade do princípio do acesso à constituição é que a cultura jurídica conserva modelos de matiz analítico, de um monismo jurídico e estatal, ignorando outras fontes do direito e o caráter dirigente e compromissário da constituição.

É tão forte a submissão aos modelos formais de compreensão do direito e de subordinação de validade e eficácia ao processo de geração formal da norma, sem qualquer dedicação aos elementos de legitimação substancial, que juristas de escol, ainda que divergindo em alguns pontos do pensamento de Kelsen, sempre se empenharam em sustentar que da relação de validade e de vigência deduz-se toda a compreensão de conteúdo do direito.

(...) a teoria das fontes tem por objeto (e eu digo: primeiro objeto) fixar os requisitos de fato e de direito que devem ser obedecidos para que qualquer produção de normas possa ser considerada válida.
(...)

¹⁸³WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega. p. 69.

Destarte, uma lei somente pode ser considerada como tal se ela obedece ao *devido processo* de sua elaboração, exigindo-se, por exemplo, que ela seja emanada pelo poder competente e sancionada e promulgada de acordo com os imperativos constitucionais.¹⁸⁴

A demonstração de veneração ao legalismo na compreensão do direito e na teoria das fontes, da visão monolítica de que a atividade jurisdicional se expressa simplesmente na função de esclarecer, explicitar as normas jurídicas, submetendo a constituição ao papel funcional e procedimental de conferir tais atribuições, sustentam a assertiva de que o poder criativo na atividade jurisdicional somente é admissível quando na presença de lacunas:

A jurisdição é, pois, antes de mais nada, um *poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos*. Esse poder decisório se desenvolve de duas formas distintas: *normalmente*, como exercício da jurisdição enquanto realização das normas legais adequadamente aos casos concretos, isto é, em função das peculiaridades e conjunturas próprias da espécie de experiência social submetida a julgamento; e, *excepcionalmente*, no exercício da jurisdição enquanto poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo *lacuna* no ordenamento.¹⁸⁵

Os exemplos são fartos a demonstrar o *deficit*, que se expressa ora através da solução de conflitos numa aplicação de norma infraconstitucional sem submeter aos fundamentos e normas constitucionais, ora pela limitação de incidência de princípio constitucional que positiva direito fundamental, através de exercício procedimental que não tem outro efeito senão o de sonegar a possibilidade de concretizador de direitos e garantias fundamentais, assim como pela criação de procedimentos que não tem outro efeito senão o de limitar as possibilidades de acesso e, destarte, de concretização de direitos.

A crise na identificação das fontes do direito e o *deficit* de constitucionalidade na solução das demandas são legados do positivismo-normativista a uma sociedade que se comprometeu em constituir um Estado Constitucional de Direito, identificado com o propósito de garantia e proteção concreta da dignidade da pessoa humana e, logo, de combate às desigualdades sociais.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14-15.

¹⁸⁵ REALE, *Fontes e modelos do direito*, p. 69-70.

Não se desconhece a consistência da análise crítica que a teoria sistêmica apresenta quanto ao zelo na relação e atribuições entre os poderes, sustentando a necessidade de coordenação e harmonização no agir das instituições do Estado, precisamente no que pertine ao não comprometimento da idéia de sistema jurídico, evitando a substituição ou emancipação de poderes, como expressa Leal:

Se for verdade que, ao menos em grande parte dos países de modernidade tardia e economia dependente, como o Brasil, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas individuais e coletivas revelou-se importante para assegurar o mínimo existencial configurador da dignidade da pessoa humana, é igualmente verossímil que tal comportamento não pode ser tomado como fórmula substitutiva e mesmo emancipadora dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas – inclusive no plano filosófico do seu significado –, eis que precisa ser cotejado no âmbito específico da idéia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente no sistema político ocidental.¹⁸⁶

Tal abordagem não desconhece a existência de crise de efetividade na proteção aos direitos fundamentais em países de modernidade tardia, assim como identifica os desafios concretizadores desses direitos pela atuação do Judiciário na interpretação e aplicação constitucional nos casos individuais e coletivos. Logo, na aplicação e na concretização dos direitos fundamentais não há como afastar o comprometimento do Judiciário, ainda que coordenada e integrada à idéia de sistema.

Nas palavras de Streck apresenta(m)-se a(s) crise(s) de dupla face: numa, a crise dos modelos do direito; noutra, decorrente da submissão do modelo “sujeito-objeto”, que deságua na cimeira em que a objetividade se apresenta superior ao intérprete; outra, ainda, no risco de um subjetivismo em que ocorre exatamente o contrário, ou seja, o intérprete sobrepõe-se ao texto:

(...) a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais); de outro, a crise de paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.

¹⁸⁶ LEAL, *O estado-juiz na democracia contemporânea*. p.93.

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável do direito ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale-tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart); de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentados no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, (...).¹⁸⁷

É na identificação da vocação individualista do processo que Ovídio elabora sua análise e sua crítica, apontando que tais legados, notadamente pela influência do Renascimento e da reforma religiosa, apontam para a dificuldade no trato de direitos supra-individuais. E, ainda que não tenha proposto, ao nosso sentir, o processo, pelo *deficit* de constitucionalidade, mas também por tal herança, não se revela como instrumento de transformação e de efetivação da própria constituição.

A influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através da influência das idéias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisso que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis.¹⁸⁸

Sem buscar alcançar os planos desenvolvidos por Streck, quando expõe os elementos hermenêuticos para apresentar a crise de dupla face que apresenta, mas no embalo dos riscos dos extremos das posturas objetivistas e subjetivistas, Toledo empenha-se em recomendar a composição dos elementos objetivos e subjetivos, com base no que define como “malha de determinação histórica”:

(...) se pretendemos construir uma interpretação ontologicamente fundada, não podemos substituir completamente a realidade objetiva pela idéia subjetiva, sem

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 149.

¹⁸⁸ SILVA, *Processo e ideologia*, p. 56.

procurar adequar esta última à malha de determinações históricas concretas das quais ela deve ser uma forma adequada de representação. A teoria jurídica sem base na existência histórica efetiva será uma concepção desencarnada, (...).¹⁸⁹

O exercício crítico sobre a crise de dupla face do princípio do acesso à justiça não é exposto com o propósito de fazer submergir o processo e os meios formais de exercício da jurisdição, mesmo porque não se descarta do papel ordenador do sistema processual, posto que a divisão entre formal e substancial não pode subtrair da compreensão do processo o seu compromisso substancial, de legitimidade e de legitimação. A essência do processo e do princípio do acesso à justiça não se oculta, mas se revela.

Se é certo que a crise apontada na concretização do princípio do acesso à justiça é de dupla face, seja pela crise dos modelos, seja pela influência da filosofia da consciência, numa relação objetificadora das relações do direito com o homem, a sociedade e o Estado, a revisão das fontes do direito expõe e impõe, no nosso sentir, a superação dos modelos normativistas de subsunção e de confusão da eficácia com vigência, para a busca de efetividade dos direitos e garantias constitucionais como forma de assegurar a legitimação substancial na compreensão e, naturalmente, na aplicação do princípio do acesso à justiça, até mesmo para não transformar este princípio e a constituição em textos vazios, sem alma e sem efetividade, produto de fachada.

Como se há visto em los apartados 26.3, 28.3 y 37.3, la primeira de estas dos condiciones representa la fuente de *legitimación formal* de cada poder; la segunda, su fuente de *legitimación sustancial*. Gracias a estas dos fuentes no existen, em el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no solo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos em teoria, de responsabilidad para sus autores.¹⁹⁰

¹⁸⁹ TOLEDO, Plínio Fernandes. Uma interpretação filosófica do direito a partir da análise de sua forma objetiva na transição da oralidade para a escritura. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.), *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 857.

Nesse passo, recebida e aceita a opinião externada por Ariza, destaca-se exatamente o exercício de efetividade da constituição e de concretização de seus fundamentos, superando o modelo de estruturação e os elementos meramente programáticos e destacando o seu caráter dirigente e, destarte, vinculativo:

Em mi opinión, las repercusiones más importantes que van a ocasionar estas Constituciones que aparecen em la segunda mitad Del siglo XX tienen que ver sobre todo: 1) com su condición normativa garantizada y 2) com las características de su contenido. Com lo primero se alude a que el proceso de *normativización* de la Constitución logro superar todos los obstáculos (entre ellos se suelen citar la resistencia Del principio monárquico, la concepción rousseanuniana de la ley y la noción de Constitución Del liberalismo decimonónico) y, finalmente, dejó de ser considerada una norma com um valor meramente programático o como um conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica com eficacia directa e inmediata.¹⁹¹

Os fundamentos e os elementos de compreensão do conteúdo e da finalidade da constituição, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, assentados na proteção, na garantia e concretização dos direitos fundamentais, vinculam e subordinam todos os operadores do direito, assim como estabelecem as bases para a formação e compreensão de norma jurídica e de direito. Isso é indispensável para o reconhecimento de que é sob o pálio do político e do jurídico que a sociedade constitui o próprio Estado.

Ao tratar sobre direitos humanos, Piovesan dedica-se a enfrentar a estrutura de legitimação substancial da ordem jurídica constitucional traduzida na Constituição brasileira de 1988, exaltando exatamente a proteção formal – positivação formal – e o compromisso de realização e efetivação de seus escopos, exigindo ação material efetiva por parte do Estado. Nisso se evidencia o seu papel intervencionista, fazendo um paralelo da transformação do período de exceção com o que foi conquistado, asseverando:

À luz da Carta de 1988, reforça-se a idéia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social, sendo hoje indispensável um retorno ao modelo absentista. (...)

¹⁹¹ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)* (Org.). Madrid: Trotta, 2003. p. 240-241.

Em síntese, extrai-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.¹⁹²

É nesse sentido e rigor que se constitui e se justifica o labor desenvolvido por Comparato, quando sustenta a supremacia dos direitos humanos e, por tal fundamento, a necessidade de sua compreensão na totalidade e de sua eficácia imediata, que pressupõe a concretização no plano existencial, a concretização da justiça:

Se a justiça consiste em sua essência, como ressaltaram os antigos, em reconhecer a todos e a cada um dos homens o que lhes é devido, esse princípio traduz-se, logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-os radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade.

Os direitos humanos em sua totalidade – não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda os de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direitos no plano mundial – representam a cristalização do supremo princípio da dignidade humana.

(...)Da mesma forma, é hoje inconciliável com o princípio republicano deixar de atribuir eficácia imediata às normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais, ou recusar a atribuição de nível constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos.¹⁹³

Se a idéia de constituição para o modelo de Estado Constitucional de Direito escuda-se na positivação dos direitos fundamentais e na vinculação de todo o sistema jurídico, incidindo a idéia de obrigatoriedade, é natural que a concretização se efetive pela atuação pública do Estado, pela prestação dos mínimos existenciais – v.g. saúde, educação e habitação. Aliás, isso se aplica também no campo do direito privado, na medida em que este também confere a possibilidade de provocação e atuação do Judiciário na solução dos conflitos. É nesse sentido a contribuição de Canaris:

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 211.

¹⁹³ COMPARATO, *Ética*. p. 622-623.

A proposição que sustenta a decisão judicial é aqui pensada como parte do direito material, e submetida, pelas referidas razões, à vinculação aos direitos fundamentais, de tal sorte que esta vinculação não se deduz, por exemplo, a partir de uma violação pelo tribunal enquanto tal, mas, antes, das proposições em que se assentou a decisão. (...) deve conceber-se a *ratio decidendi* de uma decisão judicial como norma, e comprovar se esta violaria um direito fundamental, sendo que há-de partir-se, aqui, da aplicação *imediata* deste – de forma não diferente do que se passa perante o legislador de direito privado. Esta é a consequência lógica a extrair da circunstância de a aplicação e o desenvolvimento da legislação constituírem a sua necessária concretização, devendo, por esta razão, ser equiparados à lei quanto à protecção dos direitos fundamentais.¹⁹⁴

Canaris, ao justificar a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais e o comprometimento do Judiciário na efetividade destes, sustenta que, sendo o Judiciário poder público, tem a atribuição de aplicar as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais. Discorre o autor:

Ora, se, deste modo, os órgãos jurisdicionais no campo do direito privado são considerados “poder público”, no sentido o artigo 93º, nº 1, alínea 4ª, da LF, e se suas decisões podem, portanto, violar direitos fundamentais pela *errada aplicação do direito privado*, conclui-se, de forma logicamente inexorável, que os tribunais cíveis também se encontram sujeitos à vinculação pelos direitos fundamentais no plano jurídico-material.¹⁹⁵ (sic)

Nesse diapasão, a crise de dupla face ou a baixa constitucionalidade revela-se no (não)reconhecimento da força normativa da constituição e na (des)vinculação da atuação jurisdicional pelos direitos fundamentais, estribada na autonomia do processo e na clássica teoria da separação dos poderes.

¹⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 42 e 43.

¹⁹⁵ CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*. p. 41.

4.3 PARA UMA VISÃO PRESTACIONAL DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA - UMA PROPOSTA PARADIGMÁTICA

A caracterização formal do Estado Constitucional de Direito emerge da posituação constitucional dos direitos humanos, ao passo que a legitimação substancial decorre da efetivação e concretização dos direitos fundamentais como condição de possibilidade de legitimação material da ordem jurídico-política do Estado, da proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sendo inerente à atividade e à prestação substancial da jurisdição. É nessa seara e nesse compromisso que se provoca a revisão do princípio do acesso à justiça como instrumento formal e de natureza processual comum, para ser submetido ao reconhecimento como princípio formal e substancialmente comprometido com o Estado Constitucional de Direito, com a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Por necessário, é indispensável demarcar que se está tratando de prestação em sentido amplo, como trata Alexy, reconhecendo a necessidade de desenvolver tal abordagem e aplicação concreta do princípio do acesso à justiça na perspectiva sintética e evolutiva desenvolvida por este autor, valendo registrar a utilidade para o presente estudo o seguinte:

De acuerdo con la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones *negativas* (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo em sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluídas en el status positivo em sentido estricto. Si se presupone um concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado em um sentido amplio.”.¹⁹⁶

É sob tal pressuposto que se reconhecem como direitos prestacionais em sentido amplo os direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. O primeiro, que confere ao titular do direito fundamental de exigir do Estado a proteção em face de violação por terceiros; o segundo, diretamente vinculado aos escopos

¹⁹⁶ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. p.419.

desta pesquisa, diz respeito à constituição de estrutura organizacional e procedimental aptas a assegurar a proteção jurídica efetiva; e o terceiro diz respeito à tutela de direitos sociais fundamentais de modo a reduzir as desigualdades e assegurar “un mínimo vital”.¹⁹⁷

Assim, quando se inaugurou este trabalho, o título já apresentava um desafio, qual seja, o de promover a análise do princípio do acesso à justiça segundo uma visão prestacional, sem desconhecer todos os instrumentos processuais de garantia de acesso aos tribunais, o direito de petição e, naturalmente, sem desprezar – já que indevido e impróprio – os princípios do contraditório e da ampla defesa, até porque se destinam a assegurar os limites do Estado e as possibilidades das partes no processo. Disso resulta a necessidade de, compondo os paradigmas tradicionais do processo e da jurisdição, também não se submeter ao modelo de Marshal sobre a geração de direitos. Desse modo, para muitos revela-se adequado falar em dimensões de direito.

Sem dúvida, a pretensão foi rever os paradigmas formais e submeter o princípio ao modo de vê-lo e compreendê-lo mesmo numa dimensão prestacional. Desse labor se desdobra a revisão de compreensão e de interpretação, logo, de aplicação. E neste cenário a opção de referir Dinamarco não deixa de ser um argumento para a provocação da compreensão analítica do processo em geral, na medida em que o fundamento de sua obra consiste em tratar o processo como instrumento, mesmo demarcando os referenciais formais do processo. No entanto, o que se destaca, neste ponto, é sua afirmação de que o princípio do acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo:

Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infra-constitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual da atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.¹⁹⁸

¹⁹⁷ ALEXY, op. cit., p. 430-501.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 303.

Ainda que sob uma outra estrutura metodológica e com distinto referencial teórico, para alguns autores o “acesso à justiça” seria um “termo” vago e que, por isso, a doutrina teria lhe atribuído diferentes sentidos. Discordando da afirmação de que se trata de termo e de que a doutrina atribuiu-lhe sentido, numa marca evidente da influência dogmática e analítica na construção do pensamento e dos argumentos, é de reconhecer que o princípio guarda sim uma carga axiológica inquestionável e compromissária a medida em que se submete ao seu dever de atuação, de aplicação, a finalidade.

De acordo com uma inspiração funcional, mas não descomprometida com a efetividade do processo e a concretização dos deveres prestacionais, Grinover alude às novas demandas do direito processual e à dimensão que assumiu o princípio do acesso à justiça, destacando:

De um lado, temos o Estado social de direito, o Estado prestador de serviços, o Estado intervencionista, titular, portanto, de obrigações positivas, consistentes num *dare, num facere e num praestare*, às quais correspondem os direitos econômico-sociais. Para essas prestações positivas, o Estado deve necessariamente aparelhar-se, não mais limitado à esfera de não ingerência das liberdades clássicas positivas.

(...)

Como programa de reforma, o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução dos seus conflitos. E de todos os conflitos, mesmo daqueles que até agora não têm sido levados à Justiça. Faça-se aqui menção, de passagem, aos grandes conflitos metaindividuais, superindividuais, que contrapõem grupo contra grupo, e para os quais o nosso instrumental do processo ainda parece ineficiente; e, do outro lado, aos pequenos litígios, àquelas causas que, por outras razões, até agora também têm sido retiradas da apreciação do Poder Judiciário.¹⁹⁹

O aporte afirmativo da processualista na revisão do princípio do acesso à justiça expressa a sensibilidade para o chamamento que se exige na aplicação e concretização da constituição e da função que busca atribuir ao processo na aplicação do direito, sublinhando a força vinculativa da constituição.

Por sua vez, Canotilho, em debates travados com pesquisadores brasileiros, quando estes se debruçavam longamente sobre a questão da morte ou não da constituição dirigente e

compromissária, em virtude de obra escrita pelo constitucionalista lusitano, respondeu à indagação de Roberto Barroso e, ao final, evocou o caráter prestacional dos direitos, inclusive de acesso à justiça, o que vem a calhar para os fins do presente trabalho:

Uma terceira nota. É uma característica dos juristas discutir a estrutura dos direitos sociais, econômicos e culturais, e neste aspecto tenho dito que há aqui uma espécie de jogo de sombras que não são meramente chinesas. Qual é o jogo de sombras? Quando ouvimos dizer que os direitos econômicos, sociais e culturais não são verdadeiros direitos, porque não há poder subjetivo de obrigar à sua realização ou porque pressupõem sempre prestações estatais, recorta-se *a priori* uma estrutura de direito subjetivo pretensamente válida para todos os direitos e ramos de direito. Tenho discutido esta questão com os meus Colegas mais analíticos. Eles nunca me conseguiram explicar se, com base nestas premissas, o direito à realização da justiça, aos tribunais e à tutela jurisdicional é um direito social, um direito pessoal ou uma garantia individual. Um direito que pressupõe prestações estatais, que pressupõe juízes, que pressupõe advogados, que pressupõe procuradores é, no fundo, um direito primacialmente prestacional.²⁰⁰

A propósito, não foi outro o argumento que sustentou Canotilho quando realizou a análise garantista e prestacional não do acesso à justiça, mas do acesso aos tribunais, valendo-se da redação dada à Constituição portuguesa:

A garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente “defensivos” ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também dimensões de natureza prestacional, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (“apoio judiciário”, “patrocínio judiciário”, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos, (CRP, artigo 20.º). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.²⁰¹

¹⁹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 244-255.

²⁰⁰COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 36.

²⁰¹CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 654.

A idéia é de que os instrumentos que assegurem o exercício das pretensões e promovam a prestação jurisdicional, com garantia de igualdade de oportunidades e de meios, submetendo todo e qualquer litígio à dialética do processo e aos princípios estruturantes da atividade jurisdicional estatal, não é estranha ao princípio do acesso à justiça e à compreensão de processo, mesmo porque estes instrumentos são indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais. Veja-se que processo, seja como sucessão de atos numa ordem preestabelecida, seja como relação jurídica que vincula as partes e que se suporte os efeitos do mesmo, não é um fim em si mesmo nem é a medida de tudo.

A propósito, em obra dedicada à subjetividade, à análise da consciência humana, Kierkegaard adverte sobre os riscos da elevação superior da solenidade, do culto do formalismo, sustentando que, “em havendo um estilo mais solene, o certo é que a solenidade levada a tal grau deixa de ter sentido, e com o hábito acaba por se realizar à insignificância.”²⁰²

Para parafrasear Nietzsche, sem ter a pretensão de assumir postura semelhante ou próxima à dos “argonautas do ideal”, com a pretensão de desvelar, não de “tecer véus”²⁰³, a compreensão substancial do princípio do acesso à justiça impõe a superação dos modelos formais, e a idéia de processo deve conduzir à assunção dos postulados substanciais do princípio.

Assim, quando se sustenta a dimensão prestacional do princípio do acesso à justiça, não se está dispensando, ignorando ou ficando indiferente aos elementos tradicionais de compreensão do acesso ao Judiciário e da efetividade do processo – como a assistência judiciária gratuita, o tempo razoável de duração do processo, do contraditório, da ampla defesa etc. -, já que é importante o que chega ou deve chegar até o Judiciário e como ele lida com tais pretensões, sejam individuais, sejam coletivas ou de interesses difusos. Nesse sentido é que vem a calhar à análise conclusiva feita por Lafer, na relação e importância dos juízos retrospectivo e prospectivos, atividade reflexiva indispensável para a reconstrução dos direitos fundamentais, no caso a sua efetivação e concretização prática. Veja-se

²⁰² KIERGEGAARD, Sören. *O desespero humano*. São Paulo: Martin Claret. 2002. p. 14.

²⁰³ NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 97 e 113.

O juízo, na sua vertente retrospectiva, é essencial, como já foi dito, para a administração da justiça e para o escrever da História. Para que esteja a serviço da inteligibilidade de um momento, na sua especificidade, ele não pode perder-se no fluxo da História, que é o que ocorre quando se parte do pressuposto de que a História é progresso. (...) De fato, o exercício do juízo impede o estilhaçamento do ser pelas forças opostas do futuro e do passado, constituindo-se como ingrediente esclarecedor do princípio da esperança, uma vez que indica, pelas histórias julgadas e contadas, a permanente possibilidade de um novo começo – de um *initium*. O juízo, em outras palavras, não justifica o mundo, mas confirma o nosso lugar no mundo ao asseverar a nossa conexão com a realidade através da responsabilidade inerente à mediação entre o particular e o geral.

(...)

Essas limitações são significativas, mas dizem respeito mais de perto ao *juízo prospectivo* e menos ao *juízo retrospectivo*, uma vez que a ponderação do instrumental é mais importante para a ação política, que se volta para o futuro, do que para o observador que busca avaliar a história e o significado ocorrido. Por isso entendo que a validade exemplar é um *modus operandi* adequado para o *juízo retrospectivo*.²⁰⁴ (sic)

Propõe-se, sim, o alargamento de tal compreensão para promover o reconhecimento de que a prestação que se busca não é a formal, mas a substancial, esta comprometida com a realização e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Ampliar a noção do processo e do acesso aprofunda as possibilidades de conhecimento e de decisão judicial no campo dos direitos fundamentais. É nesse sentido que sustenta Streck:

(...) a própria concepção processual não pode prescindir de juízos de substância: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático. Afinal, conforme Castoriadis, se o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) é algo de diferente de Estado de lei (*Gesetzstaat*), só pode sê-lo na medida em que for para além da simples conformidade “processual” assim que a questão da justiça for colocada e assim que se afete até as regras jurídicas já constituídas.²⁰⁵

É de se reconhecer a possibilidade de haver um sistema jurídico-constitucional legítimo num plano normativo formal e distanciado do plano da realidade. Nesse quadro haveria uma legitimidade formal, não substancial. O desafio é exatamente assegurar as

²⁰⁴ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*. P. 305-306.

²⁰⁵ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 132.

condições de correspondência e vinculação da legitimidade formal com a substancial, já que o distanciamento resulta na crise de legitimidade, e o mais preocupante para a cidadania é a deslegitimação substancial do sistema: “(...) Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, com meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.”²⁰⁶

Assim, a revisão do paradigma racionalista de compreensão do princípio do acesso à justiça, reduzido à questão funcional formal, não tem outro propósito senão o de alargar e aprofundar o reconhecimento do princípio no papel e na função de legitimação substancial do processo e da jurisdição, vale dizer, da vinculação da atividade público-estatal, por meio de seus procedimentos e de seus entes, da concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

O papel do Judiciário na ordem jurídica constitucional, comprometido com os deveres do Estado Social, conduz a novas possibilidades decisórias do julgador e à superação dos limites formais do processo.

Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos “fins limitados do Estado”, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de “justiça” um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, geando oportunidades.²⁰⁷

Já se mencionou em capítulo anterior sobre o processo de formação e de transformação da idéia de Estado e o alargamento das suas atribuições e funções, notadamente no campo dos direitos sociais. Isso exige condutas positivas do Estado e tem imposto uma nova forma de atuação e de concepção da atividade jurisdicional, de prescrição e de declaração, passando este a ser co-responsável pela concretização da dignidade da pessoa humana e pela redução da pobreza, ao executar os direitos sociais. Como afirma Cappelletti, nos sistemas democráticos a proteção dos direitos sociais se dá de forma mais efetiva:

²⁰⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 851.

²⁰⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 31.

A história prova, efetivamente, que somente em sistemas democráticos de governo os direitos sociais têm maior probabilidade de ser respeitados. Como escreveu o juiz Koopmans: Democracia e direitos do homem, falando de forma empírica, são estreitamente conexos; a proteção de um às expensas de outros (ou vice-versa) corre sempre o risco de ser contraproducente (...) Se deseja a preservação da democracia, os tribunais devem assumir a sua parte na tarefa.²⁰⁸

Na mesma esteira, mas sob outro modo de expressão e construção do pensamento, Morais exalta a importância da jurisdição – logo, do processo e de seus operadores – na concretização dos direitos humanos, o que impõe a passagem do plano formal para o substancial, com o compromisso permanente e constante de legitimação da atuação jurisdicional.

De outro lado, é preciso, ainda, que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática ora enfrentada no âmbito das *liberdades positivadas*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades negativas* a partir de sua interconexão com o complexo contencioso dos direitos humanos expressos através das interconexões que os mesmos projetam. (sic).²⁰⁹

Ora, se é verdade que nos sistemas democráticos é que se observam as melhores condições para o avanço na proteção e concretização dos direitos sociais, quanto mais efetivo for o “respeito” aos direitos sociais, mais democrático será o sistema. E, nesse passo o Judiciário passa a exercer um papel ativo na substancialização pública deste sistema democrático, já que é Estado e é poder no campo dos direitos fundamentais, como assevera Cappelletti:

²⁰⁸CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

²⁰⁹MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75.

(...) a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, tornou-se parte importante e em rápida expansão do fenômeno da justiça constitucional, (...) a justiça constitucional, em tema de direitos fundamentais, tornou-se um dos mais potentes instrumentos de evolução.²¹⁰

Nas expressões de Ferrajoli, a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais impõe ao juiz o dever de legitimação democrática de sua independência, já que este, no exercício da jurisdição, também se encontra vinculado à constituição: “É nesta sujeição do juiz à constituição, e, portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário (...).”²¹¹

De modo claro e preciso o enfrentamento do princípio do acesso à justiça, procedimental e substancialmente compreendido como fatores de legitimação do Estado na atuação jurisdicional, que se efetiva com a satisfação das necessidades que integram os mínimos existenciais, implica na elevação do pensamento dialético, demarcado pela dinâmica do(s) processo(s) jurídico-políticos e sociais de expressão e compreensão do direito, aquilo que parte da experiência, como sustenta Miaille:

O pensamento dialético parte experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante.

Um pensamento dialético é precisamente um pensamento que “compreende” esta existência contraditória. Ao contrário, designarei por positivista um pensamento que se limite a descrever o que é visível, a mostrar que uma dada coisa que existe se apresenta desta ou daquela maneira, com estas ou aquelas características. (...) o pensamento dialético ou crítico: este encara-o não só no seu estado actual, mas na totalidade da sua existência, quer dizer, tanto naquilo que o produziu como no seu futuro.²¹²

²¹⁰ CAPPELLETTI, *Juizes legisladores?*, p. 62.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebádes de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 101.

²¹² MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 21-22.

Com base em tais premissas ou elementos, a atribuição de sentido(s) do intérprete ao princípio do acesso à justiça impõe a superação da compreensão meramente procedimental e alçá-lo à compreensão substancial e comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, conferindo-lhe tanto o caráter instrumental – como veículo de proteção – como o próprio direito material de realização.

Portanto, a revisão paradigmática encerra a compreensão prestacional de seu conteúdo, das suas funções e de sua finalidade, provocando a formação contínua, não estática, do Estado Constitucional de Direito, pela concretização dos direitos fundamentais por meio do processo e da jurisdição constitucional, tanto os direitos a ações negativas quanto a ações positivas – nisso se revelando o conteúdo prestacional amplo, relacionado ao procedimento e à estrutura do Judiciário, ampliando as possibilidades de atuação jurisdicional.

Llamala atención el hecho de que la fórmula “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento”, que mientras tanto há sido plenamente aceptada, es utilizada regularmente para designar análisis em los cuales, em modo alguno, se distingue estrictamente entre derechos a organización y derechos al procedimiento. (...) Se extiende desde los derechos a una protección jurídica efectiva que nadie dudaría em llamar “derechos a procedimientos” hasta aquellos derechos a “medidas estatales (...) de tipo organizativo” (...) Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de um resultado.²¹³

Se o Judiciário é o Estado e o acesso à justiça não se submete à compreensão limitada aos instrumentos formais de acesso por meio do processo, mas se revela comprometido com a dignidade da pessoa humana, não se pode negar que o acesso à justiça exige um saber e um aplicar de efetividade e eficácia dos direitos humanos, como bem adverte Comparato:

Os direitos humanos em sua totalidade – não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda os de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direitos no plano mundial – representam a cristalização do supremo princípio da dignidade humana.
(...)

²¹³ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 457.

Da mesma forma, é hoje inconciliável com o princípio republicano deixar de atribuir eficácia imediata às normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais, ou recusar a atribuição de nível constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos.²¹⁴

E nesse propósito que também se estrutura e se sustenta o pensamento de Oliveira quando aponta que nos fatores externos do formalismo e nos fins do processo se entrelaçam a idéia de valor ou de valores, o que deve ser perseguido e atingido pelo processo, destacando:

Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo, entre os quais, segundo pensamos, alinham-se o valor justiça, valor da paz social, valor segurança e valor efetividade.

(...)

O valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material.²¹⁵

Se o campo de incidência do sentido da efetividade desenvolvido por Oliveira alcança os elementos envolvendo o conteúdo da lide e da relação jurídica processual, a interpretação aqui proposta edifica-se sobre os fundamentos da hermenêutica filosófica, na medida em que se sustenta na compreensão e aplicação do princípio como atividade criativa e referenciada com a faticidade, com a experiência e a realidade da vida dos direitos. Não é uma atividade compreensiva orientado por regras, mas, sim, pela experiência, como registra na obra organizada por Kaufmann e Hassemer:

A hermenêutica filosófica mostra que aos resultados da compreensão é sempre imanente um momento criativo. Neste contexto, é indiferente que tal momento seja perspectivado como a “melhor compreensão” do autor (Schleiermacher), ou que seja visto simplesmente como “compreensão diferente” (Gadamer).

Acresce que a hermenêutica filosófica torna mais nítido o facto de a compreensão se fundar na *práxis* da vida. (...) A hermenêutica filosófica mostra, assim, que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras, antes têm origem no viver cotidiano, sendo trazidas para o texto que se pretende compreender.²¹⁶

²¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 622-623.

²¹⁵ OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*. p.65-66.

Necessário, neste aspecto, resgatar as advertências apresentadas por Streck, no sentido de que os elementos fundamentais da hermenêutica filosófica não se edifica com a defesa de decisionismo decorrente de meros subjetivismos do julgador, antes e pelo contrário, a atribuição de sentido ao texto, na aplicação, não pode se dar de forma arbitrária, valendo registrar:

À luz da hermenêutica de cariz filosófico, portanto, não relativista, é necessário advertir, nesse contexto e em concordância com Dworkin, que a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que Gadamer dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). O que não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, uma invenção. Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”.²¹⁷

Sem prejuízo do que tem se sustentado, mas reconhecida a importância das advertências referidas por Streck, também no processo de construção e compreensão do princípio do acesso à justiça, seja como direito fundamental material de legitimação da atuação e aplicação da ordem jurídica, seja como instrumento de tutela e aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais, não se retira nem se subtrai o seu caráter e conteúdo prestacional, pela vinculação aos direitos fundamentais e a eficácia normativa destes.

É nesse passo e sob tais fundamentos que a dimensão prestacional do princípio do acesso à justiça propõe-se à superação da compreensão eminentemente procedimental e implica a compreensão das possibilidades de legitimação substancial pela garantia e prestação efetiva de direitos e garantias, ou seja, a legitimação que se opera e se efetiva na prática cotidiana, no desafio permanente e constante de tornar efetivos os direitos fundamentais.

²¹⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 385.

²¹⁷ STRECK, *Verdade e consenso*. p. 193.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insurgência quanto aos elementos tradicionais de compreender o processo e o princípio do acesso à justiça como instrumento de limitação das possibilidades da atividade jurisdicional, da jurisdição, marcando e demarcando o modelo formal-racionalista e da teoria do estado sustentado na teoria da tripartição do poderes, em verdade limitaram a leitura e aplicação do princípio, submetendo-o ao contorno do simples acesso ao judiciário, daí sustentando um absentismo do juiz e das funções do processo. Desse modo o processo não deixou de ser um fenômeno que exultava a técnica e o princípio do acesso nada mais se revelava como o limite de atuação dos sujeitos processuais, olvidando do conteúdo legitimador da jurisdição pela tutela dos direitos fundamentais. O que se sustenta é exatamente enfrentar o sentido substancial do princípio, que coordena e articula os elementos de compreensão processual e substancial, na sua integralidade e na teleologia jurídico, política e social, comprometido com o adimplemento, pelo estado e através do processo, dos mínimos existenciais, pressupostos da dignidade humana e revelador da função prestacional do acesso à justiça, inerentes a compreensão da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais.

Ao se romper o termo final do presente trabalho, a expectativa exhibe-se na forma de diversas e conflitantes sensações. A primeira, na certeza de que se percorreu um longo e necessário caminho, cujo resultado se oferece à análise e crítica públicas. A segunda, numa perspectiva paradoxal, expressa o sentimento de que a conclusão nada mais é do que uma parada hermenêutica, já que o devir e o movimento do círculo hermenêutico sempre nos desafiam a prosseguir e a indicar a provisoriedade da jornada. Já a terceira, operativamente mais relevante para os fins esboçados no projeto e na introdução, tem a pretensão de ter respondido às principais indagações alhures formuladas – sempre com o reconhecimento de provisoriedade -, já que os limites e possibilidades de limites da compreensão não se exaurem neste labor.

É nessa moldura e nesses figurinos que se revela provocativa a pretensão de submeter o princípio do acesso à justiça aos fundamentos do constitucionalismo moderno, alicerçado e fundamentado na teoria e na práxis de proteção e defesa dos direitos humanos. Se, de um lado, estabelece os limites de atuação do poder público na preservação e garantia dos direitos individuais, de outro, impõe a satisfação das condições essenciais e indispensáveis para a dignidade humana, a proteção à saúde, o acesso à moradia, ao trabalho etc., com o

compromisso de redução da miséria pela implementação de políticas sociais emancipatórias. Para isso não se afastam o conhecimento e pronunciamento do Poder Judiciário, com o realce das funções do processo e da jurisdição.

Foi nessa seara que se estruturou a compreensão da idéia de Estado e se ilustram as funções dos poderes, notadamente e intencionalmente as atribuições do Poder Judiciário, realçando a necessidade de serem superados os arquétipos formais do princípio do acesso à justiça. Estes não podem ser limitados à possibilidade de submeter, através da jurisdição, o conhecimento de demandas individuais, mas devem assegurar a efetiva e concreta prestação dos mínimos sociais ou básicos para o viver em e com dignidade.

Nesse ritmo e passo é que, na perspectiva da legitimação substancial da atividade jurisdicional e da formação de atribuições superlativas do processo, vai-se além de uma mera compreensão formal do acesso, indicativa de novas e necessárias possibilidades do processo e do juiz na prestação jurisdicional. Assim, eleva-se o acesso à justiça à dimensão prestacional, ou seja, conduta dirigida e comprometida com a superação do *deficit* social, e o Judiciário, como poder político do Estado, sem recuar ou corromper a idéia da tripartição dos poderes, tem a atribuição e o poder de assegurar o acesso a direitos de natureza prestacional, inclusive determinando aos demais poderes a satisfação e o atendimento de tais bens a pessoa, na tutela inerentes à dignidade humana e a igualdade material de oportunidades.

É nesta inaudita fase que se estrutura e se justifica o esboço de reconstrução dos fundamentos do Estado Constitucional de Direito, submetido ao processo histórico de constante desenvolvimento dos elementos do estado de direito para o estado democrático de direito e, destarte, constitucional de direito, tudo na perspectiva político-jurídica de assegurar os mínimos essenciais ou existenciais, através da jurisdição. Revelando a necessidade imperiosa de romper a análise do princípio do acesso à justiça e, como dito, de submeter o caráter compromissário do Estado como um todo, incluindo, como conseqüência, o papel do Judiciário e dos escopos superlativos do processo.

O princípio do acesso à justiça, assim, não deixa de reconhecer a importância do processo e do procedimentalismo para o modelo do Estado Democrático de Direito, mas visualiza e dimensiona-se como compromisso de legitimar-se por meio do Judiciário e do processo com a prestação da justiça social, substancializada na proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Assim, como dito alhures, se o princípio implica o compromisso de propiciar caminhos e meios prestos e efetivos – a idéia do acesso –, complementa-se e justifica-se com a efetividade da prestação jurisdicional e o atendimento dos mínimos sociais, o que significa uma justiça distributiva e comprometida com o bem-estar social e com políticas emancipatórias, com a cidadania. E isso se alcança pela revisão, nos planos teórico e prático, dos elementos de compreensão do processo e das funções do Judiciário.

O escopo fundamental do trabalho foi demonstrar que o princípio do acesso à justiça não é um princípio meramente processual e nem mesmo se efetiva com a simples atribuição de solução de conflitos intersubjetivos através do processo, mas, sim, pelo compromisso de intervenção, mediante provocação do Judiciário, na proteção e garantia dos direitos humanos. Isso é realizado pela implementação de ações e políticas sociais comprometidas com a dignidade humana, com a redução a redução da miséria, com o resgate da cidadania e com a prestação substancial da justiça.

Como referido, se a idéia de justiça, pelos fundamentos do positivismo jurídico kelseniano imprimia a idéia de que a justiça está na norma e de que o processo é mero instrumento de concretização da norma, a despeito do que era, ou é, submetido a pronunciamento jurisdicional, a solução judicial produziria, por si só, a idéia de justiça, suprimindo a discussão ou especulação acerca do conteúdo valorativo do processo e do que se decidiu, a legitimidade formal ou substancial não era objeto de especulação. Por sua vez, na perspectiva garantista, a legitimidade substancial está na compreensão de que o processo e o acesso assumem dimensão substancial, já que comprometidos com a proteção dos direitos fundamentais – a justiça se extrai da prestação jurisdicional comprometida com os elementos estruturantes e fundantes do Estado Constitucional de Direito.

É nesse enfoque que se sustenta a análise refletida e paradoxal dos elementos que estruturam a matriz analítica da teoria pura do direito, confrontados com os fundamentos da hermenêutica filosófica, na atribuição de sentido prestacional da jurisdição, na concretização do acesso à justiça. Ou seja, a idéia de processo reserva a compreensão de substância e o (re)conhecimento da substancialidade do princípio não dispensa e não pode dispensar o papel do procedimento. É nessa articulação e coordenação do princípio, no todo, que se complementa e se revela viável o constituir aplicativo do acesso e do valor e da finalidade jurisdicional da justiça.

Demarque-se, do mesmo modo, que a despeito das teorias sobre a justiça, o marco teórico que identifica a idéia de justiça está na concretização dos direitos fundamentais, da dignidade humana e do compromisso de erradicação da pobreza e da miséria, que não se afasta ou se contrapõe ao princípio da igualdade. Antes e pelo contrário, assegurar as condições dos mínimos existenciais é condição e pressuposto para a ilustração e o reconhecimento da própria igualdade, impondo a sua ilustração e demonstração nas prestações públicas impostas e exigíveis através do processo e com a intervenção judicial – a idéia da jurisdição pela concretização dos direitos fundamentais.

A dignidade humana é pressuposto para os direitos humanos fundamentais e estes fundamentos para o Estado Constitucional de Direito, foi sob tais elementos que a revisão do princípio do acesso à justiça é enfrentado sob a dimensão prestacional, na justa e necessária medida de que o Estado como um todo e a sociedade na relação comunitária, por seus organismos e instrumentos têm por dever assegurar as condições e as possibilidades de prestações sociais que assegurem os mínimos existenciais. Nesta face de análise, se supera o estigma de que os princípios sejam simples recomendações ou regras de otimização de normas, pelo contrário, os princípios – notadamente em matéria de direitos humanos e constitucionais – são disposições que asseguram direitos e impõem obrigações.

Nesse sentido e reconhecimento que o princípio do acesso à justiça, na sua gênese e finalidade, não se revela como simples regra de direito processual relacionado com o poder e a capacidade de postular em juízo e de submeter as questões a solução da lide – historicamente marcada por uma conformação individualista, privatista e formal-racionalista – quando na verdade impõe reconhecer o dever de prestação eficiente e efetiva, tanto no que tange a capacidade e eficiência de seus meios, quanto na qualidade e conteúdo de seu pronunciamento. Erigindo-se ao princípio que deve assegurar a prestação jurisdicional efetiva dos demais princípios e todos os direitos, relevando-se neste espírito a prestação material e concreta dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, decidir litígios não é uma atividade meramente técnica, simples operação metodológica, sustentada em preceitos gerais e em paradigmas formais, exige comprometimento com a justiça e com a tutela material e legitimadora dos direitos fundamentais. Ou seja, não se trata simplesmente de tratar de interesses e conflitos contrapostos, na perspectiva liberal-individualista que demarcou a formação jurídica dos séculos dezenove e vinte, mas o de admitir a formulação de juízos de valor na atividade

jurisdicional, admitindo que na jurisdição e através do processo há que se encontrar a solução justa, as condições indispensáveis de prestação material dos direitos fundamentais.

Como dito alhures, se acesso é a expressão de meio e justiça fornece necessariamente o conteúdo axiológico, comprometimento da atividade jurisdicional, é nessa articulação gramatical e nas representações da linguagem, significantes e significados, historicamente construídos e a construir, a atribuição de sentido prestacional ao acesso é inerente na atribuição de sentidos ao princípio, inclusive na legitimação formal e substancial da atividade jurisdicional, bases para a compreensão do processo e da jurisdição.

A eleição do tema se justifica pelo tratamento limitado e pouco exaustivo que recebeu na formação jurídica e no seu desenvolvimento marcadamente procedimental e privatista. Ou seja, sempre recebeu subalterna atenção como um princípio de apoio e de justificação do processo, principalmente o processo civil, no que tocante ao acesso ao judiciário. Poucos se dedicaram a submeter tal princípio na sua dimensão prestacional e na sua função precípua e indispensável para tutela substancial dos demais princípios e direitos, compromissário com os direitos humanos fundamentais. Ou seja, marcou-se o princípio como uma relação individual e formal entre as partes e o Estado, não se evidenciando em tal proposição jurídica do princípio há uma carga axiológica e comprometida com as prestações, ascendendo a condição alti plana de princípio dos princípios e dos direitos. Princípio que impõe a proteção e a tutela da dignidade humana, base e fundamento de legitimidade e de legitimação da atividade jurisdicional, fornecendo conteúdo substancial ao procedimento e sentido e conteúdo material à tutela jurisdicional, como dito, marcadamente em termos de tutela dos direitos humanos, referencial e base para o reconhecimento da justiça enquanto valor e compromisso do Estado e da sociedade.

Essas foram, em linhas gerais, as considerações a serem formuladas no encerramento desse labor, que vincam a revisão dos elementos de compreensão formal do princípio do acesso à justiça e, ao elevar a legitimidade substancial por meio de sua dimensão prestacional, compromissária com os direitos fundamentais, evidenciam a revisão paradigmática de compreensão do processo e das formas processuais (meios de acesso) e põem em relevo as atribuições e funções do Judiciário na realização da justiça prestacional

A despeito disso, ainda que já tenha encontrado respostas às indagações iniciais, não se olvide que outras indagações se formam, mesmo porque “las preguntas cambiam”. Se o

princípio do acesso à justiça deve ser compreendido em sua dimensão prestacional, de modo a reconhecer o conteúdo compromissário da jurisdição e da atividade judicial, é possível dizer que “hay respuestas correctas en derecho?”²¹⁸, ou de que, no âmbito da atuação jurisdicional e mesmo em matéria de direitos humanos, seja possível assegurar que haja uma resposta adequada?²¹⁹ Bem, isso é tarefa para um outro projeto e outras leituras.

²¹⁸Sobre este tema será obrigatória a consulta à obra de ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999. O autor detém-se em submeter uma análise crítica da teoria da decisão judicial a partir das divergências apresentadas por Ronald Dworkin e Hart.

²¹⁹ Ver STRECK, *Verdade e consenso*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Trad. De Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 5. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CADERMATORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

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

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)* (Org.). Madrid: Trotta, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

DIAS, Maurício Leal. *Lógica e Inguagem: Da teoria pura à teoria discursiva do direito*. Disponível em: <http://www.ufpa.br/posdireito/index.html>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DOMINGO, Rafael Sanches. *La fundamentación del derecho en la justicia a lo largo de la historia*. Justiça do Direito, Passo Fundo: UPF, 1998.

DUSO, Giuseppe. (Org.) *O poder história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giahini. 2. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2004.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. Vol. 1. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes: 2007.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza. 1982.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Maria Sá Cavalcante Shcuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Tomos I e II.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendez. Porto Alegre, 1991.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Steins. Petrópolis: Vozes, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O que é justiça?* Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIERGEGAARD, Sören. *O desespero humano*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1983.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAYNES, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime juridico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, 388: Rio de Janeiro, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e em política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (Org.). *Justiça social*: uma questão de direito. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório; FERNANDEZ GARCIA, Eusébio (Dir.). *História de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas Universidad Carlos III, 1998. Tomo I.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990. V.II.

REALI, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. A constituição na teoria pura do direito em Hans Kelsen: Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=88>.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

_____. *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de P. Machado. 13 ed. R Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria general del derecho: em la modernidad y em la posmodernidad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAVIGNY, Federico Von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito*. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. O paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro São Paulo: Record, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEBER, Max. *Economia y sociedad I*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega.