

## O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo

**Dicken William Lemes Silva**

*Promotor de Justiça do MPDFT, Pós-Graduado em Direito Público pelo IDP, Pós-Graduado em Direitos Humanos pela UnB/FESMPDFT (Apoio: University of Essex/Inglaterra), Pós-Graduado em Direito Penal pela UFG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concepção contemporânea de direitos humanos e o direito de acesso à justiça; 2 O acesso à justiça no contexto das noções de estado democrático de direito e de princípios constitucionais; 3 Acesso à justiça como movimento de pensamento e a superação das barreiras à sua efetividade; 4 Acesso à justiça, direito processual constitucional e hermenêutica constitucional; 5 Acesso à justiça, princípio da proporcionalidade e núcleo essencial dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça é tema dos mais relevantes no debate contemporâneo de implementação e efetividade de direitos humanos e fundamentais. Nesta perspectiva, pretende-se demonstrar no presente trabalho que o direito fundamental de acesso à justiça, que tem como principal parâmetro normativo no Brasil o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV, da CF/1988), deve ser concebido, como diz JOSÉ AFONSO DA SILVA, não apenas em sua acepção institucional – direito formal de invocar a jurisdição –, mas, na verdade, como princípio garantidor, principalmente, “do direito a uma resposta rápida, precisa, equa e justa do Judiciário, capaz de assegurar resultados úteis”.<sup>1</sup>

Essa conclusão decorre de um novo enfoque de acesso à justiça como um novo movimento de pensamento e encerra a idéia de que o princípio da proteção judiciária constitui-se em um direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa. Ou seja, deve-se conceber o princípio da proteção judiciária como meio por excelência e como mandamento de otimização

1 José Afonso da Silva apud LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.). São Paulo: Método, 2003, p. 74.

de viabilizar os direitos fundamentais densificados na Constituição de 1988. Essas conclusões, além disso, encontram fundamento e raízes sólidas nos postulados do ideário que convencionou chamar, na atualidade, de “pós-positivismo”.

A idéia central de concepção e elaboração do presente trabalho, com as respectivas conclusões, parte de algumas premissas básicas.

Primeiro, a premissa de que a estrutura estabelecida na CF/1988 incorpora o componente revolucionário de transformação do *status quo*, (1) com a opção por constituir-se a República Federativa do Brasil em um “Estado Democrático de Direito” (CF/1988, art. 1º, *caput*); (2) com a consagração da separação de funções estatais (CF/1988, art. 2º); (3) com fundamentos, dentre outros, na “cidadania” (CF/1988, art. 1º, II) e na “dignidade da pessoa humana” (CF/1988, art. 1º, III); (4) com objetivos fundamentais, dentre os quais o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CF/1988, art. 3º, I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF/1988, art. 3º, III); e (5) com a adoção de um extenso e não exaustivo rol de direitos e garantias fundamentais (CF/1988, art. 5º e incisos). Nesse contexto, o direito de acesso à justiça ganhou contornos inéditos e bastante relevantes.

Segundo, a premissa de que diversos dispositivos de natureza processual foram incluídos na Constituição Federal de 1988,<sup>2</sup> os quais, em seu conjunto, têm sido denominados por eminentes processualistas brasileiros como “direito processual constitucional”, no âmbito do qual se inclui o princípio da proteção judiciária, também chamado de “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação”,<sup>3</sup> pelo qual, segundo NÉLSON NERY JÚNIOR,<sup>4</sup> “todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”, o que significa dizer, repito, que tal princípio não deve ser concebido apenas na sua acepção de direito formal de invocar a jurisdição.

Terceiro, a premissa de que o direito de acesso efetivo à justiça (que no Brasil encontra seu principal parâmetro no art. 5º, XXXV, da CF/1988), como afirmam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH,<sup>5</sup> “pode (...) 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”.

2 Dentre os principais, menciona-se, na CF/1988, os direitos e as garantias individuais do art. 5º, incisos XXI, XXXV, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXVII e o novo LXXVIII; dispositivos pertinentes à organização do Estado: arts. 22, I, e 24, XI; dispositivos relativos à organização do Poder Judiciário e das funções essenciais da Justiça; além daqueles pertinentes ao controle de constitucionalidade (objeto de Reforma Constitucional recente EC 45/04).

3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

4 Id., *ibid.*, p. 132.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 11-12.

Quarto, a premissa de que as idéias aqui defendidas encontram fundamento e raízes sólidas nos postulados do chamado pós-positivismo, que, na definição de LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA BARCELLOS, significaria “(...) a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.

Pois bem, postas estas premissas, resta salientar que o trabalho foi desenvolvido com a elaboração de cinco tópicos. No primeiro tópico, a abordagem do tema passará pela exposição de alguns aspectos históricos e filosóficos pertinentes à concepção contemporânea dos direitos humanos e fundamentais, de importância capital para a compreensão do acesso à justiça na atualidade.

Em seguida, no tópico 2, será analisado o acesso à justiça no contexto da evolução e do surgimento das idéias de Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais, concebidos estes para concretização daquele. Já, no tópico 3, será feita uma abordagem específica do acesso à justiça como movimento de pensamento e suas repercussões no âmbito do Direito brasileiro, com verificação de questões contemporâneas pertinentes às barreiras existentes para sua efetividade.

No tópico 4, a abordagem da monografia será direcionada aos temas do acesso à justiça, do direito processual constitucional e da hermenêutica constitucional, sob a luz de postulados do pós-positivismo, em especial com a verificação dos métodos contemporâneos de interpretação da constituição, que elevam os princípios constitucionais à condição de diretrizes hermenêuticas da atividade interpretativa.<sup>6</sup>

Por fim, no tópico 5, o enfoque incidirá sobre o tema do acesso à justiça em vista de conceitos pertinentes ao princípio da proporcionalidade e ao núcleo essencial de direitos fundamentais.

Por último, será exposta a conclusão básica extraída do processo de elaboração dos referidos tópicos.

## **1 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Considerando a idéia de que o direito de acesso efetivo à justiça, como afirmam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH,<sup>7</sup> constitui-se no mais

6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 129.

7 “O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto,

básico dos direitos humanos, uma melhor compreensão de seu real conteúdo não prescinde da análise da concepção contemporânea dos direitos humanos, decorrente de considerações históricas e filosóficas. É, pois, o que se pretende empreender neste tópico.

Destaca FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>8</sup> que a evolução dos direitos humanos decorre de longo processo histórico de criação e difusão de instituições jurídicas destinadas à proteção da dignidade humana. Diz ele, após salientar que a geração do mundo, bem como a concepção do homem e o próprio conteúdo da dignidade humana têm um sentido axiológico, além de ontológico, que “a primeira reflexão do homem sobre si mesmo surgiu, concomitantemente, em várias civilizações, em período histórico decisivo”.<sup>9</sup>

Nesse período histórico decisivo, compreendido entre 600 e 480 a.C., que FÁBIO K. COMPARATO denomina, citando TOYNBEE,<sup>10</sup> de período axial:

“Coexistiram, sem se comunicarem entre si, cinco dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas, e o curso posterior da História não constitui senão um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período.”<sup>11</sup>

O chamado *período axial* pode ser tido, então, como o ponto de partida histórico da concepção do homem enquanto ser dotado de igualdade essencial, na medida em que passam a ser reconhecidas a razão e a liberdade como atributos naturais do homem, apesar das inúmeras diferenças étnicas, religiosas e culturais dos diversos povos que desde então habitam o planeta.

A evolução que se viu, desde então, passa pela concepção clássica do direito natural aristotélico-tomista, com “a doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica e a filosofia de Santo Tomás, como antecedente básico dos direitos humanos”, como diz PAULO GUSTAVO GONET BRANCO,<sup>12</sup> antes de destacar que as “teorias contratualistas ganham rele-

---

*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”* (grifo nosso). CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 11-12.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

9 Id., *ibid.*, p. 7.

10 Cf. *Mankind and Mother Earth – A narrative history of the World*. Oxford University Press, 1976, p. 177. JASPERS, Karl. *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*. 1. ed. Munique/Zurique: R. Peper & Co. Verlag, 1983, p. 19-42. Apud COMPARATO, id., *ibid.*, p. 7.

11 Id., *ibid.*, p. 8.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 105.

vo na corrente jusnaturalista, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, para acentuar que os soberanos deveriam exercer a sua autoridade com submissão ao direito natural”. Este último é o período que se costuma denominar de época do direito natural racionalista, sob cuja inspiração surgiram as Declarações de Virgínia de 1776 e, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>13</sup> analisa as características do que se chama de “tensão entre regulação e emancipação” no direito moderno, pontuando tal concepção em três períodos distintos: a) período da recepção do Direito romano; b) período do direito natural racionalista; e c) período das teorias do contrato social. Tal análise, pondo em foco os períodos acima referidos, constitui-se numa reflexão bastante interessante na verificação da concepção dos direitos humanos, desde o paradigma da modernidade até a contemporânea transição paradigmática que vivenciamos.

Destaca-se, pois, que o processo histórico da tensão entre regulação e emancipação no campo do Direito data do século XII, época da recepção do Direito romano na Europa. Caracterizado unanimemente por historiadores como um dos mais importantes fatores da criação da tradição jurídica moderna ocidental, essa recepção do Direito romano emergiu em oposição ao chamado sistema jurídico feudal e como “resultado de uma convergência única de interesses econômicos e culturais (...) ao serviço de um novo projecto jurídico político e societal”.<sup>14</sup> Caracterizou-se, ainda, pela reunião de duas formas de “poder-saber”, concretizando a interpenetração do poder disciplinar e do poder jurídico.

Essa tensão entre regulação e emancipação, constitutiva da recepção do Direito romano, “era parte integrante do projecto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e, por último, do poder político”,<sup>15</sup> cuja regulação subordinou-se, na época, à experiência racional que se traduziu na procura de “uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade”.<sup>16</sup>

Seguiu-se, então, a época do direito natural racionalista, nos séculos XVII e XVIII, cujo fundamento básico era a fundação de uma nova “boa ordem”, caracterizada pelo exercício da razão e da observação, segundo a lei da natureza. Nessa época, a tensão entre regulação e emancipação opera-se tendo em conta a tendência de aproximação entre o direito moderno e a ciência moderna.

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 120-188.

14 Id., *ibid.*, p. 122.

15 Id., *ibid.*, p. 124.

16 Id., *ibid.*, p. 123.

Emergiram, após, as chamadas teorias do contrato social, as quais encerraram também uma manifestação de fundamental importância da tensão entre regulação e emancipação na origem do campo jurídico moderno. Como fruto do debate sobre o direito natural racionalista, incorporando novo método científico e moderno para análise da realidade, surgem as teorias de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU.

Diz BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, então, que:

“A complexidade da regulação social moderna se manifesta em cada um dos três princípios que a sustentam – o princípio da comunidade, o princípio do Estado e o princípio do mercado –, bem como nas relações que se estabelecem entre eles. Da mesma forma que os dois outros grandes filósofos políticos ‘contratualistas’ da modernidade, Hobbes e Locke, também Rousseau inclui esses três princípios em sua análise e tenta encontrar uma relação dinâmica entre eles. Mas se Hobbes privilegia o princípio do Estado e Locke o do mercado, Rousseau privilegia o princípio da comunidade.”<sup>17</sup>

Decorre das diversas concepções de Direito, assim como das diversas concepções de sociedade civil e de estado da natureza, em cada um dos três grandes filósofos contratualistas acima referidos, a complexidade do paradigma da modernidade. Assim, nesse paradigma, o Direito pode ser, simultaneamente, vontade do soberano (HOBBS), manifestação de consentimento (LOCKE) e autoprescrição (ROUSSEAU), caracterizando-se sempre pelo exercício da regulação em nome da emancipação.

Por fim, conclui-se que “a tensão entre regulação e emancipação que percorre essa poderosa constelação intelectual é sentida pelos fundadores do pensamento político moderno como uma ansiedade de justificação”.<sup>18</sup>

A partir do século XIX, o paradigma da modernidade, em especial no campo jurídico e político, fica associado ao desenvolvimento do capitalismo. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, na obra aqui referida, promove uma análise do desenvolvimento do capitalismo ocorrida em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobrindo praticamente todo o século XIX; o segundo, do capitalismo organizado, abrangendo o final do século XIX, atingindo o apogeu no período entre as duas grandes guerras mundiais e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; e, finalmente, o último, do capitalismo desorganizado, iniciado no final dos anos 60 e persistindo até os dias atuais. Tal análise tem por objetivo a avaliação da trajetória do paradigma da modernidade no decorrer desses três períodos.

Caracterizaram-se, pois, o período do capitalismo liberal pelo surgimento do positivismo jurídico e da redução do Direito ao Estado e o

17 Id., *ibid.*, p. 132.

18 Id., *ibid.*, p. 139.

período do capitalismo organizado pelo surgimento do Estado-Providência e do Fordismo.<sup>19</sup> Já no período do capitalismo desorganizado, que, embora altamente organizado, leva esse nome por caracterizar-se como período de transição, hipertrofia-se o princípio do mercado a tal ponto que põe a nu a crise do direito regulatório no paradigma da modernidade.

Por fim, destaca BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS que, em face da crise de gestão dos excessos e déficits do paradigma da modernidade, e do próprio direito moderno, avulta-se a necessidade de (Des)-pensar o Direito, entendida esta atividade como o processo analítico de questionamento radical do Direito. Nesta perspectiva, ganha corpo a nova acepção do direito fundamental de acesso à justiça.

Além disso, não se pode descurar que se verifica, na atualidade, a eclosão de uma nova orientação geral, um novo macroparadigma, uma nova constelação geral pós-moderna, que se caracteriza, como afirma HANS KÜNG, pela visão holística ou integral do mundo e das pessoas, na medida em que se reconhece, como tendência, a multidimensionalidade da sociedade humana, constitui-se não na contramodernidade e nem na ultramodernidade, mas na “superação da modernidade”, no sentido do processo dialético hegeliano. Ou seja: “A modernidade deve ser afirmada na sua forma humana. A modernidade deve ser negada nos seus limites desumanos. Deve-se transcender a modernidade para uma nova síntese, diferenciada, pluralista e holística”.<sup>20</sup>

Um outro critério de análise histórica bastante difundido, acerca da evolução e classificação dos direitos humanos e com repercussões consideráveis no direito fundamental de acesso à justiça, é aquele por meio do qual classificam-se os direitos humanos em gerações.

Assim, sob inspiração dos três temas ou princípios da Revolução Francesa, costuma-se apresentar a seguinte classificação, explicitada em julgado do Supremo Tribunal Federal,<sup>21</sup> *verbis*:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um mo-

19 Modo de regulação caracterizado pela convergência dos princípios do Estado e do Mercado.

20 KÜNG, Hans. *Projeto de ética mundial* – uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana. São Paulo: Paulinas, 1992, p. 44.

21 MS 22.164-0/SE Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.1995, p. 39206, transcrito por Paulo Gonet Branco (ob. cit., p. 112).

mento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

Fala-se, ainda, em direitos humanos de quarta geração,<sup>22</sup> decorrentes do desenvolvimento da globalização política, tendência de universalidade que dependeria da concretização de uma sociedade aberta futura, consagrando os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Apesar da superveniência de diversas críticas a propósito dessa modalidade de classificação de direitos humanos, em face da imprecisão de seu objetivo, na medida em que não esclarece de pronto o seu efetivo conteúdo, além de possibilitar o equívoco de que uma geração de direito substituiria outra (razão pela qual já se utiliza em substituição ao termo “gerações” a expressão “dimensões dos direitos fundamentais”),<sup>23</sup> não se pode negar que tal critério permite a visualização da noção da historicidade dos direitos humanos.

A propósito dessa noção de historicidade dos direitos humanos, NORBERTO BOBBIO, afirmando ser ilusória a busca de um fundamento absoluto dos direitos do homem como queriam os jusnaturalistas, sustenta que se revela mais adequado à implementação dos direitos humanos o esforço de:

“Buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis (...) empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado (...) O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.”<sup>24</sup>

Sob a perspectiva acima levantada, e considerando-se que o princípio da dignidade humana constitui-se em categoria axiológica aberta, é certo que a idéia de dignidade da pessoa humana “não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no seu sentido de uma qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-526.

23 “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilar na esteira da mais moderna doutrina.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 49)

24 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente”.<sup>25</sup> Pode-se afirmar, então, que os direitos humanos e fundamentais constituem-se nas pretensões descobertas e concretizadas em cada momento histórico a partir das exigências do princípio da dignidade humana.<sup>26</sup>

Desta forma, revela-se bastante relevante a verificação da questão da transição paradigmática a que se referiu BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, acima mencionado, em vista do fato de que tal circunstância, percebida por diversos juristas e filósofos contemporâneos, resulta de um processo histórico, pode-se dizer, de depuração do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de se buscar a concretização de direitos e garantias fundamentais, inclusive o direito de acesso à justiça, a partir das exigências contemporâneas do princípio da dignidade humana.

Em outras palavras, a concepção contemporânea de direitos humanos permite visualizar no direito de acesso à justiça um novo e revolucionário sentido, com a ampliação de seu conteúdo, a fim de se garantir o postulado da igualdade material.

Diante das considerações postas é que se pode concluir que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser concebido não apenas “em sua acepção institucional – direito formal de invocar a jurisdição – (...) mas, na verdade, o princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da CF/1988 deve ser entendido como garantidor (...) principalmente, do direito a uma resposta rápida, precisa, equa e justa do Judiciário, capaz de assegurar resultados úteis”.<sup>27</sup>

Abordada a questão da concepção contemporânea de direitos humanos, verifica-se a necessidade complementar de analisar o direito de acesso à justiça em perspectiva da noção do Estado Democrático de Direito e de princípios constitucionais, o que será objeto de abordagem no próximo tópico.

## **2 O ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DAS NOÇÕES DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

A efetiva compreensão da idéia de Estado Democrático de Direito, a partir da noção contemporânea dos direitos humanos, não deve prescindir

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 105-109.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 116.

27 José Afonso da Silva apud LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução.* (Coords.) André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

da constatação de NORBERTO BOBBIO, segundo a qual “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, (...)”,<sup>28</sup> da mesma forma que o Estado de Direito, em quaisquer de suas modalidades históricas, representou uma conquista, como assevera PABLO LUCAS VERDÚ.<sup>29</sup>

Caracterizou-se o Estado Liberal de Direito – identificado por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, referido linhas atrás, com o período do capitalismo liberal – pelo surgimento do positivismo jurídico e pela redução do Direito ao Estado. Além disso, importante ressaltar que o Estado Liberal de Direito tem por fundamento básico a proteção do indivíduo contra o Estado, pois, nas palavras de JOSÉ LUÍS BOLZAN DE MORAIS, “apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas”.<sup>30</sup>

O Estado Social de Direito, chamado *Welfare State*, pretendeu, em certa medida, a superação do Estado Liberal de Direito em razão das injustiças sociais provocadas por esse último que, por natureza, exultava valores excessivamente individualistas, adotando postura abstencionista. Assim, com o advento do Estado Social de Direito, nas palavras de PABLO LUCAS VERDÚ, o “Estado de Direito, (...) deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.<sup>31</sup>

Nada obstante, o que historicamente constatou-se foi que tal concepção, Estado Social de Direito, revelou-se ambígua e insuficiente, na medida em que todas as ideologias, com as respectivas visões “do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, (...). A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram ‘Estados sociais’(...)”.<sup>32</sup>

Pondera GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA que, na verdade, o Estado Social não decorreu de uma efetiva transformação e rompimento com o Estado Liberal, pois naquele se concebeu a idéia de “proteção de alguns direitos sociais, mas sem adaptar o seu sistema jurídico para a tutela de interesses primaciais da sociedade”.<sup>33</sup> Predominaram, em tais tipologias de

28 BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 5.

29 VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 313-132.

30 Apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

31 Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115.

32 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 115-116.

33 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ob. cit., p. 53.

Estado de Direito (Liberal e Social), o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, cuja superação se faz necessária, em decorrência da crise de gestão dos excessos e déficits do paradigma da modernidade, e do próprio direito moderno, como salienta BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, mencionado no tópico anterior deste trabalho.

Afirmando que o conceito de democracia, entendida como a atividade de realização de valores de convivência, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, é mais abrangente do que o conceito de Estado de Direito, e que o conceito de Estado Social de Direito nem sempre revelou conteúdo democrático, insuficiências essas das quais redundou o surgimento da concepção de Estado Democrático de Direito como Estado da justiça material, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>34</sup> conclui:

“A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”

Assim, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito surge no contexto da irrupção do chamado pós-positivismo,<sup>35</sup> decorrente, como salientam LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS,<sup>36</sup> da “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo” que “abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”, ambiente no qual se promoveu a reaproximação entre direito e ética, com a “valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade”.

Quanto aos princípios constitucionais, em vista da amplitude do respectivo conceito,<sup>37</sup> é certo afirmar que os mesmos são dotados da finalidade

34 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 112-119.

35 “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Org. George Salomão Lopes. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

36 Id., *ibid.* In: Ob. cit., p. 107.

37 “Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua institucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas”. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 260-261.

precípua de concretização do Estado Democrático de Direito. Nesta perspectiva, é relevante o reconhecimento do caráter normativo dos princípios e sua diferenciação com regras, com destaque para a qualificação daqueles como mandamentos de otimização, além da constatação das características de fundamentalidade e vinculatividade dos princípios.

Nesse propósito, LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS realizam abordagem bastante esclarecedora sobre a normatividade dos princípios. Com efeito, após salientarem que, na dogmática moderna, os princípios e as regras qualificam-se como as duas grandes categorias nas quais se enquadram as normas em geral e as normas constitucionais em particular, nada obstante as distinções pelo critério da generalidade e a inexistência de hierarquia entre ambas (regras e princípios), afirmam que:

“Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam às regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.”<sup>38</sup>

Em seguida, os ditos autores<sup>39</sup> apontam nas regras relatos mais objetivos e descritivos de certas condutas, na medida em que, verificada a hipótese prevista, decorre a incidência da regra pelo mecanismo tradicional da subsunção,<sup>40</sup> ou seja, é a utilização da modalidade do *tudo ou nada* na aplicação da regra, pela qual, havendo conflito de regras, apenas uma prevalece. Já os princípios, cujos relatos comportam um grau de abstração maior, além de se aplicarem a um conjunto amplo e indeterminado de situações, reclamam a utilização da ponderação,<sup>41</sup> na hipótese de tensão dialética de princípios apontando em direções opostas.

38 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 108-109.

39 Id., ibid., p. 109-110.

40 “Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto”. Id., ibid., p. 101.

41 “(...) ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível”. Id. ibid., p. 110.

Por fim, BARROSO e ANA BARCELLOS afirmam que na elaboração teórica pertinente às dificuldades ofertadas pela interpretação e aplicação dos princípios, superada a fase de deslumbramento da perspectiva normativa dos princípios, ganha corpo o esforço na busca de determinação do conteúdo dos princípios e da respectiva eficácia. Assim, concluem:

“A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade de condutas –, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.”<sup>42</sup>

Para a descoberta do conteúdo e da medida da eficácia dos princípios, revela-se bastante útil a verificação da posição de ROBERT ALEXY,<sup>43</sup> que aponta como traço fundamental dos princípios jurídicos a sua característica de “mandato de otimização”, como distinção qualitativa das regras. Diz o referido autor:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.”

Tudo quanto se disse acima acerca do Estado Democrático de Direito e de princípios constitucionais tem por objetivo demonstrar que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/1988, art. 5º, XXXV) merece ser revisitado, com uma leitura de efetividade compatível com os postulados do pós-positivismo, em face de sua natureza de direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

42 Id., *ibid.*, p. 110.

43 Robert Alexy apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 103.

Coerente com o desenvolvimento acima apresentado, diz JOSÉ AFONSO DA SILVA,<sup>44</sup> citando KAZUO WATANABE, ADA PELLEGRINI GRINOVER e FREDERICO MARQUES, o seguinte:

“O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.

(...)

O princípio do devido processo legal entra agora no direito constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: ‘Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e ao contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e ‘quando se fala em – processo –, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. (...)’, conforme autorizada lição de Frederico Marques.”

Além disso, relevante ponderar que são bem próximas as garantias do devido processo legal e do direito de acesso à justiça, especialmente o aspecto substantivo<sup>45</sup> do devido processo legal, com a concepção do direito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, como se extrai das lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, acima transcritas, nas quais se inclui, também, para fechamento do que chama de garantias do processo, o contraditório e a ampla defesa.

A propósito, diz ZAIDEN GERAIGE NETO<sup>46</sup> que “a não-exclusão de apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça a direito e a conseqüente garantia de acesso à justiça devem ocorrer em toda sua inteireza, possibilitando não só o acesso puro e simples – o ingresso em juízo – como, também,

44 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 429-431.

45 “Com mais dificuldade, tem-se assentado seu conteúdo substantivo, exigente que é de razoabilidade, proporcionalidade na intervenção contrária aos direitos fundamentais tutelados pela cláusula, porque permite o questionamento substancial de ato anteriormente tido como insondável – a lei.” Id., *ibid.*, p. 189-190.

46 NETO, Geraige Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* – Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 56), p. 27.

a garantia e o respeito ao verdadeiro *due process of law*, em seus aspectos processual e substancial”.

Nesta mesma ordem de idéias, e firme na doutrina de J. J. GOMES CANOTILHO, o autor acima referido apresenta as seguintes ponderações:

“Ainda à luz da opinião de Canotilho, a idéia inicial do *due process of law*, preocupada com a sedimentação da justiça processual e procedimental, é hoje agitada a propósito da conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional, com a necessária efetividade e possível celeridade. (...)

(...) no direito comparado, mais proximamente no Direito português, é reinante a preocupação do direito de acesso à justiça como direito a uma proteção jurisdicional adequada, com decisões fundadas no direito por meio de proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada e exequível. Neste norte, saliente-se que as normas garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar também a eficácia da proteção jurisdicional, (...) não podendo o jurisdicionado se sentir desprotegido como se não houvesse via judiciária alguma, sob pena de violação do princípio do Estado de Direito e do direito fundamental de acesso à justiça e à tutela jurisdicional.”

Pois bem, vistas as noções de Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais, além de questões nucleares do direito de acesso à justiça, pode-se empreender uma análise específica do acesso à justiça como movimento de pensamento e suas repercussões no âmbito do Direito brasileiro, com foco em questões contemporâneas pertinentes às barreiras verificadas para sua efetividade, o que se fará no próximo tópico.

### 3 ACESSO À JUSTIÇA COMO MOVIMENTO DE PENSAMENTO E A SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS À SUA EFETIVIDADE

O direito de acesso à justiça, chamado por alguns de direito de acesso à ordem jurídica justa,<sup>47</sup> direito de obtenção da tutela jurisdicional adequada,<sup>48</sup> direito ou poder constitucional de ação,<sup>49</sup> princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional,<sup>50</sup> princípio da ubiqüidade,<sup>51</sup>

47 Kazuo Watanabe apud LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. (Coords.) André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

48 NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., p. 132.

49 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

50 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 429-431.

51 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação popular – proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

ou mesmo princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário,<sup>52</sup> foi positivado no Brasil por meio da Constituição Federal de 1988, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, inciso XXXV, com o acréscimo recente do inciso LXXVIII (proteção jurídica temporalmente adequada), *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

*XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

(...)

*LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.”(grifo nosso)*

Pois bem, conforme salientado no tópico anterior deste trabalho, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/1988, art. 5º, XXXV), também chamado de princípio da proteção judiciária, fundamentado no princípio da separação dos poderes e destinado à concretização do princípio do Estado Democrático de Direito, merece ser revisitado, com uma leitura de efetividade compatível com os postulados do pós-positivismo, em face de sua natureza de direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa, como meio por excelência e como mandamento de otimização de viabilizar os direitos fundamentais densificados na Constituição de 1988.

Além disso, relevante observar que a análise da prescrição contida na CF/1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, em conjunto com aquela contida no LXXVIII (este último entrando em vigor recentemente com a chamada “reforma do Judiciário”), permite concluir que os mesmos vêm atender aos reclamos de uma aceitação do “acesso à justiça como direito a uma proteção jurisdicional adequada, com decisões fundadas no direito por meio de proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada e exequível. (...) as normas garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar também a eficácia da proteção jurisdicional, (...)”.<sup>53</sup>

Nesta perspectiva, a feliz observação de NORBERTO BOBBIO,<sup>54</sup> após tecer considerações sobre a história dos direitos do homem, sob a perspec-

52 Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins apud NETO, Zaiden Geraige. Ob. cit., p. 33.

53 NETO, Geraige Zaiden. Ob. cit., p. 27.

54 BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 49-64.

tiva do que chama de filosofia da história, findando por concluir pela urgência da efetivação dos direitos humanos, nos seguintes termos:

“Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; *outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.* (...)”

(...)

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.” (grifo nosso)

Considerando-se a conversão da adequada proteção jurídica, em “um dos direitos inalienáveis da pessoa humana”,<sup>55</sup> com a garantia de um processo adequado e justo, por meio do qual se assegura a possibilidade de tutela efetiva ao titular do interesse, revela-se urgente uma mudança de mentalidade, com a implantação de um novo “método de pensamento” em relação aos conceitos individualistas, marcados pelo positivismo jurídico, “em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político”, como diz CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,<sup>56</sup> com a superação de obstáculos variados ao acesso à justiça, conforme sustentam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH.<sup>57</sup> Estes, tecendo considerações sobre luta pelo acesso à justiça nos modernos sistemas jurídicos, afirmam que devem ser repensadas as abordagens relativas ao tema, tendo em conta os postulados da igualdade material e não apenas formal e a necessidade de produção de resultados individual e socialmente justos.

Conforme proposição de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, analisando o direito de acesso à justiça sob o prisma de um novo método de pensamento, com o seu respectivo plano moderno de reformas, a superação dos respectivos obstáculos passaria pelo que chamam de ondas renovatórias do acesso à justiça (iniciadas na década de 1960 do século XX); passando, pois, pela primeira onda renovatória, com seu escopo social de garantir a admissão do processo, com eliminação de barreiras econômicas para ingresso em Juízo; pela segunda onda renovatória, com o advento da sociedade de massa, da qual decorreram conflitos, também de massa, que reclamam uma revisão dos conceitos individualistas do processo, com a busca de mecanismos para viabilizar a representação de direitos metaindividuais em Juízo; e, por fim, pela terceira onda renovatória, que, assimilando as exigências ante-

55 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

56 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 270-271.

57 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Ob. cit., p. 7-8.

riores, propõe um novo enfoque do direito de acesso à justiça, com justiça e utilidade das decisões decorrentes de uma nova mentalidade dos operadores do Direito.

Dentre as barreiras ou obstáculos concretos verificados na atualidade para alcançar os objetivos do acesso à justiça como plano de reformas, com repercussões no Direito brasileiro, pode-se destacar: a) a questão relacionada aos efeitos da chamada globalização;<sup>58</sup> b) dentre os obstáculos econômicos, a questão vinculada à situação de pobreza de grande parte da população mundial e especialmente no Brasil, da qual resultou, como conseqüência da primeira onda renovatória de acesso à justiça, a criação de mecanismos para viabilizar a promoção de uma justiça gratuita (CF/1988, art. 5º, LXXIV, c/c art. 134); c) obstáculos decorrentes dos emergentes conflitos de massa, derivados estes, por sua vez, do surgimento de uma sociedade de massa, chamados por GREGÓRIO ASSAGRA, firme nas lições de CAPPELLETTI, de “pobreza organizativa ou a dificuldade dos titulares dos interesses metaindividuais, especialmente os interesses difusos, de se organizar como uma frente unitária contra os poderosos interesses políticos e econômicos”,<sup>59</sup> a partir da qual se exigiu, no âmbito do direito processual, e para torná-lo adequado aos novos e emergentes conflitos de massa, a adoção de novas técnicas e a releitura de diversos institutos processuais, de molde a extrair nova configuração para os institutos da legitimidade *ad causam*, da citação, do litisconsórcio, da coisa julgada, da liquidação de sentença, da competência e até mesmo da posição do juiz na condução do processo, dentre diversas outras possibilidades.

No Brasil, a superação dessa pobreza organizativa, que se configura em obstáculo ao acesso à justiça, iniciou-se com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985), superação essa que “se consagrou, pelo menos na legislação, com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 5º, XXXV, e 129, III), de 5 de outubro de 1988, e, posteriormente, com a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.<sup>60</sup> Esse corpo

58 Caracteriza-se a globalização essencialmente pela desigualdade de oportunidades, inclusive em relação à rede global de comunicação, na medida em que se opera a redistribuição “de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição” (Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 78), resultando num paradoxo segundo o qual essa globalização é bastante benéfica para muito poucos, deixando marginalizados dois terços da população mundial. Revela-se, pois, o processo de globalização, nestas perspectivas, extremamente nocivo à concretização de direitos humanos e fundamentais, inclusive com repercussões relevantes no tema de *acesso à ordem jurídica justa*, em face da fragilidade da configuração de soberania dos Estados, enfraquecendo, por conseqüência, a possibilidade de obtenção de resultados úteis e efetivos na tutela jurisdicional ofertada tanto ao indivíduo, quanto à coletividade, no confronto com as grandes organizações transnacionais planetárias e mesmo com as grandes forças econômicas locais.

59 Id., *ibid.*, p. 79.

60 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84-85.

legislativo representou a adoção, no Brasil, de um sistema bem estruturado e bastante adequado na representação legal dos interesses transindividuais, merecendo destaque a atuação eficiente do Ministério Público brasileiro, inclusive reconhecida pelo próprio CAPPELLETTI.<sup>61</sup>

Nesse contexto do novo enfoque de acesso à justiça, proposto por GARTH e CAPPELLETTI, a obtenção da compreensão do princípio constitucional insculpido na CF/1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, com o significado de acesso à ordem jurídica justa, decorre da busca de uma operacionalização do sistema processual, com o seu aperfeiçoamento, no sentido de promover-se a respectiva adequação aos novos princípios informativos do direito processual contemporâneo e à nova fase instrumentalista do direito processual.

É, pois, o que se tem verificado nos últimos anos, por meio de um processo contínuo e periódico de reformas parciais do Código de Processo Civil por meio de leis modificativas. São as chamadas minirreformas, as quais, aliadas à recente Reforma Constitucional do Judiciário (EC 45/04 – com destaque para a inclusão do inciso LXXVIII, representativo da proteção jurídica temporalmente adequada) e juntamente com o que RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO chama de circuito de interação e complementariedade<sup>62</sup> no sistema normativo brasileiro das ações coletivas, passam a integrar o sistema jurídico brasileiro dentro desse contexto do moderno plano de reformas decorrentes do novo enfoque do acesso à justiça.

Pois bem, nesta perspectiva do novo enfoque de acesso à justiça não se questiona que a obtenção da compreensão do princípio constitucional insculpido na CF/1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, com o significado de acesso à ordem jurídica justa, pressupõe, além da tomada de consciência dos escopos da Função Jurisdicional do Estado (sociais, políticos e jurídicos), a superação das referidas barreiras.

Assim, seria necessária a superação das dificuldades decorrentes da admissão do processo, impedindo que fatores econômicos sirvam de obstáculo para que as pessoas possam recorrer ao Judiciário, impondo-se o cumprimento da assistência judiciária integral e gratuita (CF/1988, art. 5º, LXXIV), e evitando-se a desproporção entre os custos da justiça e os resultados pre-

61 "O próprio Mauro Cappelletti (O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, n. 61, p. 151) já reconheceu que o Ministério Público brasileiro, seja pelas garantias constitucionais que lhes foram conferidas, seja pela especialização que tem sido levada a efeito no seio das diversas instituições do *Parquet*, tem se ressaltado como uma instituição legítima e detentora de todos os requisitos para a defesa dos interesses coletivos primaciais da sociedade." *Id.*, *ibid.*, p. 84-85.

62 "Em verdade, cabe salientar que hoje podemos contar com um *regime integrado de mútua complementaridade* entre as diversas ações exercitáveis na *jurisdição coletiva*: a ação civil pública *recepcionou* a ação popular, ao invocá-la expressamente no *caput* do art. 1º da Lei nº 7.347/85; a parte processual do CDC (Título III da Lei nº 8.078/90) é de se aplicar, no que for cabível, à ação civil pública (art. 21 da Lei nº 7.347/85); outras ações podem ser exercitadas no trato de matéria integrante do universo coletivo (arts. 83 e 90 do CDC); finalmente, 'fechando o circuito', o CPC aparece como *fonte subsidiária* (CDC, art. 90; Lei nº 7.347/85, art. 19; LAR, art. 22)." MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ob. cit.*, p. 41.

tendidos. Além disso, é também necessária a superação dos obstáculos decorrentes da posição individualista derivada de interpretação de normas processuais, que resulta no impedimento de se “litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos)”.

Quanto ao modo de ser do processo, seria necessário, como dizem os autores citados, que no desenrolar de todo o processo (devido processo legal, contraditório e produção de provas) o juiz assumira uma postura mais participativa, não atuando “como mero espectador dos atos processuais das partes”.

No que pertine à justiça das decisões, a atividade jurisdicional deve merecer uma abordagem do juiz, “seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo”, dirigida à obtenção, a partir de uma avaliação razoável das provas produzidas, de “um resultado mais justo”, em face do aspecto teleológico das regras e dos princípios aplicáveis.

Por fim, quanto à efetividade das decisões, deve o juiz estar atento aos postulados dos movimentos modernos “em prol da efetividade do processo”, evitando “tomada de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça”, pois o “processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.

Por fim, não se pode descurar que, para o cumprimento adequado da função jurisdicional do Estado, “é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso”.<sup>63</sup>

Sob a ótica das ponderações acima transcritas, faz-se necessária uma abordagem do direito humano e fundamental do acesso à justiça inserido no contexto do chamado direito processual constitucional, à luz da hermenêutica constitucional, com base nos postulados já reconhecidos do que se convencionou chamar de pós-positivismo, buscando dar enfoque à aplicação do princípio da proporcionalidade. É, pois, o que será desenvolvido nos próximos tópicos.

#### **4 ACESSO À JUSTIÇA, DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito processual brasileiro assumiu a condição de “direito constitucional aplicado”,

63 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 294.

na forma de “instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”, como salienta CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA.<sup>64</sup> Diz tal jurista que a organização e conformação do processo e do procedimento, do ponto de vista interno, representam “um equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal”, bastando lembrar, para confirmar tal conclusão, a “permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica”.

Como se sabe, diversos dispositivos de natureza processual foram incluídos na Constituição Federal de 1988,<sup>65</sup> os quais, em seu conjunto, têm sido denominados por eminentes processualistas brasileiros, como “direito processual constitucional”, no âmbito do qual se inclui o “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação” (CF/1988, art. 5º, XXXV), que está a merecer uma nova leitura de efetividade compatível com os postulados do pós-positivismo, em face de sua natureza de direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

Feitas essas ponderações e assentado o argumento da concepção do direito de acesso à justiça como direito de acesso à ordem jurídica justa, resta verificar em que consiste o chamado direito processual constitucional como instrumento da jurisdição, além da abordagem do tema sob a perspectiva da chamada hermenêutica constitucional, analisado à luz dos postulados do chamado pós-positivismo.

O direito processual constitucional consistiria, na visão dos processualistas, na denominação que se dá à condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO<sup>66</sup> apontam que a sua abrangência alcança, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo,<sup>67</sup> e, de outro lado, a jurisdição constitucional.<sup>68</sup>

64 OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Notícias do Direito Brasileiro* – Nova Série, São Paulo: IOB Thompson; Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n. 10, p. 17-30, 2004.

65 Dentre os principais menciona-se, na CF/1988, os direitos e as garantias individuais do art. 5º, incisos XXI, XXXV, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXVII e o novo LXXVIII; dispositivos pertinentes à organização do Estado: arts. 22, I, e 24, XI; dispositivos relativos à organização do Poder Judiciário e das funções essenciais da Justiça; além daqueles pertinentes ao controle de constitucionalidade (objeto de Reforma Constitucional recente EC 45/04).

66 CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79-80.

67 “A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.” Id., *ibid.*, p. 79.

68 “A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis – e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *habeas data* e *ação popular*.” Id., *ibid.*, p. 79-80.

Assim, a existência de um direito processual constitucional, composto o que NELSON NERY JÚNIOR chama de justiça constitucional (que se consubstancia na forma e nos instrumentos de garantia para a atuação da Constituição), configura-se na base fundamental da legislação infraconstitucional de natureza processual, condicionando, como diz MARCUS ORIONE G. CORREIA,<sup>69</sup> as “noções e posturas a serem adotadas (...) em relação ao processo, procedimento e jurisdição”, além de viabilizar a afirmação de que “o direito constitucional de ação deve ser tido como o substrato da teoria da ação”.

Nesta mesma linha, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, reconhecendo a natureza instrumental do processo, afirma que, em princípio, “o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional”. Assim, citando HABSCHEID, diz DINAMARCO que os “sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual”.<sup>70</sup>

As ponderações acima realçam a importância da interação entre o direito processual constitucional, no âmbito do qual se encontra o princípio da proteção judiciária, principal parâmetro normativo do direito de acesso à justiça, e a hermenêutica constitucional.

Na verificação da chamada nova hermenêutica constitucional (que envolve elementos como ponderação de interesses, bens, valores e normas, teoria da argumentação e princípio da proporcionalidade) e suas relações com a teoria dos direitos fundamentais edificada com bases sólidas no princípio da dignidade humana, cujo núcleo essencial compõe-se do direito de acesso à justiça, importante ressaltar o conjunto de idéias defendidas pelos representantes do constitucionalismo comunitário brasileiro, conforme expressão de GISELE CITTADINO.<sup>71</sup> Explica essa autora, após afirmar (na análise do debate teórico travado no âmbito da filosofia política contemporânea) a circunstância de se tratar o pluralismo de uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas, que o constitucionalismo comunitário brasileiro deriva, em certa medida, do debate constitucional contemporâneo travado nos Estados Unidos (interpretativistas x não-interpretativistas) e na Alemanha (metodologia estritamente jurídica da hermenêutica constitucional x método científico-espiritual, nova hermenêutica), por força e influência do pensamento constitucional português e espanhol.

Conforme advertência de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, invocando lições de CANOTILHO, “a interpretação das normas constitucionais é

69 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Ob. cit., p. 3.

70 Id., *ibid.*, p. 30.

71 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 4.

um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que ressalta o caráter unitário da atividade interpretativa”.<sup>72</sup>

Em seguida, aponta o Professor INOCÊNCIO COELHO,<sup>73</sup> ao lado dos métodos de interpretação constitucional (método jurídico ou hermenêutico-clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional), os princípios da interpretação constitucional (princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou da harmonização, princípio da correção funcional, princípio da eficácia integradora, princípio da força normativa da Constituição, princípio da máxima efetividade, princípio da interpretação conforme a Constituição e princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade). Ao final, destaca como característica comum a todos esses instrumentos normativos a necessidade de que sejam manejados à luz de casos concretos.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>74</sup> destaca como princípios instrumentais aqueles ligados à interpretação constitucional (princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade da lei e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e princípio da efetividade), os quais se constituiriam em “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”.<sup>75</sup>

Aponta BARROSO,<sup>76</sup> também, os princípios constitucionais materiais, os quais, “ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas”. Tais princípios constitucionais materiais, em função da variabilidade da respectiva amplitude, dos efeitos e da influência, são divididos pelo referido autor em princípios fundamentais (CF/1988, arts. 1º a 4º, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana como centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito), princípios

72 COELHO, Inocência Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, p. 24, 2004.

73 Id., *ibid.*, p. 24-36.

74 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S; FLORES, Joaquim H.; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 319-324.

75 Id., *ibid.*, p. 320.

76 Id., *ibid.*, p. 324-326.

gerais (CF/1988, principalmente art. 5º e incisos, com destaque neste trabalho para o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inciso XXXV) e princípios setoriais, espalhados pelo texto constitucional.

Assim, avaliando-se o instrumental de inovações fornecidas pela nova hermenêutica – “a hermenêutica constitucional, basicamente indutiva, onde se aplica com freqüência o princípio da proporcionalidade e que gera conceitos novos, quais os de ‘concordância prática’, ‘pré-compreensão’ e ‘concretização’” –,<sup>77</sup> e tendo como premissa que os “direitos fundamentais são a bússola das Constituições”,<sup>78</sup> além do que o “conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas”,<sup>79</sup> deve-se pôr em relevo o importantíssimo papel do Judiciário na verificação, por meio da hermenêutica concretizadora,<sup>80</sup> do núcleo essencial<sup>81</sup> da norma de direito humano e fundamental contida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (princípio da proteção judiciária), nos casos concretos em que se entrega a prestação jurisdicional, na hipótese em que tal princípio encontra-se em confronto com princípios e regras constitucionais ou infraconstitucionais que possam resultar na restrição do direito de acesso à justiça, entendido como acesso à tutela jurisdicional adequada.

Na interpretação concretizadora, que envolva a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se pode descurar que o mesmo, contemplando o direito de acesso à justiça, íntegra, conforme afirmam LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS,<sup>82</sup> o núcleo

77 BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 585.

78 Id., ibid., p. 553.

79 Id., ibid., p. 585.

80 “O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘compreensão prévia’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*.” (Id., ibid., p. 440)

81 “(...) existe um *núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 618 – comentando o princípio da salvaguarda do núcleo essencial amparado na Constituição Portuguesa, art. 18º/3)

82 “O *princípio da dignidade da pessoa humana* identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. (...) A dignidade relaciona-se com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço em permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa (...) de que os *princípios*, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, *possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial*. Embora haja visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há *razoável consenso de que ele inclui os direitos de renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça*” (grifo nosso). BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Lopes (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128-129.

essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se qualifica como centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito. A partir de tais premissas é que se deve viabilizar a identificação do núcleo essencial do princípio da proteção judiciária, envolvendo a precisa interação “entre o ‘programa normativo’ (correspondente ao comando normativo) e o ‘domínio normativo’ (a realidade social)”,<sup>83</sup> entendida a não-identificação entre norma e texto normativo como “postulado básico da denominada metódica ‘normativo-estruturante’ de Friedfrich Müller”.

Além disso, importante ressaltar, também com base nas lições de LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, o esclarecimento<sup>84</sup> do conteúdo da ponderação de interesses, bens, valores e normas e da teoria da argumentação, entendidos como instrumentos da nova hermenêutica constitucional de que se valem os intérpretes, na fundamentação racional, legitimadora das opções realizadas na interpretação concretizadora.

Pois bem, destacando que a ponderação consiste em “uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”,<sup>85</sup> explicam que a mesma opera-se em um processo que envolve três etapas: “Identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão”.<sup>86</sup> Destaque-se, ainda, que todo “esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”.<sup>87</sup>

Sem ignorar os méritos da ponderação como técnica de decisão, pode-se constatar que a mesma não se furta à necessidade de controle de legitimidade de decisões, para evitar que a discricionariedade judicial, carente de critérios objetivos, identifique na ponderação o “papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e solução *ad hoc*, tanto as bem inspiradas como as nem tanto”.<sup>88</sup> Dizem os autores do texto em análise o seguinte:

“(…), o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeter-

83 Id., *ibid.*, p. 103.

84 Id., *ibid.*, p. 114-127.

85 Id., *ibid.*, p. 116.

86 Id., *ibid.*, p. 118-119.

87 Id., *ibid.*, p. 118.

88 Id., *ibid.*, p. 120.

minados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.”<sup>89</sup>

Por fim, referem BARROSO e ANA PAULA à possibilidade de se sistematizar três parâmetros no controle da argumentação. O primeiro parâmetro de controle da argumentação jurídica situa-se na respectiva capacidade de apresentar parâmetros normativos, mesmo que implícitos, preservando o seu caráter jurídico, é, pois, questão ligada à motivação das decisões. O segundo parâmetro de controle refere-se à possibilidade, em face do princípio da isonomia, de “universalização dos critérios adotados pela decisão”,<sup>90</sup> que se converteriam em regra geral para situações similares. Já o terceiro parâmetro liga-se à questão, acima analisada, da aplicação dos princípios instrumentais da interpretação constitucional pelo intérprete que, diante de diversas soluções possíveis, percorre um caminho com objetivo de “realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais”.<sup>91</sup>

Diante desses elementos, ao juiz é dado o poder/dever de, em caso de suposta antinomia entre normas-princípios (termo utilizado pela doutrina<sup>92</sup> para diferenciação de normas-regras, conforme já analisado linhas atrás, ambas conservando a qualidade de normas, cada qual com suas especificidades), “ponderar e relativizar o peso dos princípios concorrentes (...) optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior”.<sup>93</sup> Entretanto, digna de destaque a observação, segundo a qual, tratando-se “de um método de ponderação de bens no caso concreto, é intuitivo que, pelo menos sob esse prisma, não exista uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, ressalvada – porque axiologicamente fora de cotejo – a dignidade da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, como princípio e fim de toda ordem jurídica”.<sup>94</sup>

Inserido nos postulados desse chamado pós-positivismo, importante destacar, também, o papel relevante do princípio instrumental de interpretação constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade, cuja utilização deve ser empregada para a realização, tão intensa quanto possível, em conjunto com os outros elementos em questão, do estado ideal pretendido pelo

89 Id., *ibid.*, p. 126.

90 Id., *ibid.*, p. 124.

91 Id., *ibid.*, p. 124.

92 COELHO, Inocêncio Mártires. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 44.

93 Id., *ibid.*, p. 49.

94 Id., *ibid.*, p. 49.

princípio material da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/1988, art. 5º, XXXV). É essa a análise do objeto do tópico seguinte.

## 5 ACESSO À JUSTIÇA, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme salientado acima, na abordagem de temas relacionados à nova hermenêutica constitucional, especificamente ponderação de interesses, bens, valores e normas, teoria da argumentação e princípio da proporcionalidade, este último é apontado como fio condutor desses processos intelectuais de resolução de conflitos decorrentes dos chamados *hard cases*, nas hipóteses em relação às quais o método de subsunção mostra-se insuficiente.

Referindo-se à existência de raízes gregas e romanas do princípio da proporcionalidade, e apontando o utilitarismo de JEREMY BENTHAM no Direito anglo-saxão, ao lado do pensamento teleológico de IHERIN, da qual teriam decorrido a jurisprudência dos interesses e o seu posterior desenvolvimento em jurisprudência das valorações, como fornecedores de indícios significativos de tal princípio, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO<sup>95</sup> destaca que a acolhida “favorável e aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade na Alemanha e, a partir de lá, nos mais diversos países podem ser entendidas como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jusfilosóficas de após a II Grande Guerra”, sendo que, contemporaneamente, a “idéia da proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante (...) – princípio jurídico fundamental, (...) um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral”.

Em seguida, após argumentar sobre a íntima conexão do princípio da proporcionalidade com a concepção do ordenamento jurídico concebido como complexo de princípios e regras, sendo que os primeiros podem se converter em direitos fundamentais, afirma o dito autor,<sup>96</sup> pontuando que seu conteúdo não é apenas formal (somente revelando-se no momento de decisão sobre a constitucionalidade de alguma situação jurídica) mas também material (assumindo condição de proposição jurídica à qual se poderia subsumir fatos jurídicos diretamente, à semelhança das normas que são regras), que o mesmo deve ser “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”.

95 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Org. George Salomão Lopes. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-238.

96 Id., *ibid.*, p. 239-245.

Além disso, penso que se possa afirmar que é também bastante íntima a relação do princípio da proporcionalidade com o direito de acesso à justiça, contemplado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, como princípio da proteção judiciária, (1) quer porque, no seu aspecto material, o princípio da proporcionalidade encontra sua sede material, também, no princípio da proteção judiciária, conforme explícita orientação doutrinária de SUZANA DE TOLEDO BARROS,<sup>97</sup> além de implícita orientação jurisprudencial,<sup>98</sup> (2) quer porque a utilização do princípio da proporcionalidade, no seu aspecto formal ou instrumental, é imprescindível, em situações de conflito, na verificação da constitucionalidade de situação jurídica decorrente da aplicação de outras normas (regras ou princípios), constitucionais ou infraconstitucionais, decorrentes de eventual restrição ou conformação do princípio da proteção judiciária.

Nesse ponto, importante uma referência em torno da abordagem, feita pelo Professor GILMAR FERREIRA MENDES,<sup>99</sup> da questão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com identificação dos seus contornos e limites, como pressuposto para obtenção da respectiva eficácia. Partindo da idéia concebida na teoria dos quatro *status* de JELLINEK,<sup>100</sup> o referido autor

97 “O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus. (...) O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV, LIV, e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Nesse sentido, complementa o princípio da reserva de lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional. O legislador brasileiro deve, portanto, observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo a unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução de fins constitucionalmente legítimos” (grifo nosso). BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214-215.

98 Na medida em que a jurisprudência do STF (RE 18331, HC 5.232, RP 930, RP 1.077, RP 1.054, ADIns 966-4, 958-3 e 1.158-8) aponta como sede material do princípio da proporcionalidade o princípio do devido processo legal, o qual, especialmente em sua projeção material (substancial), assemelha-se, ou mesmo quase que se identifica, com o princípio da proteção judiciária na acepção, aqui defendida, de acesso à tutela jurisdicional adequada.

99 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-16.

100 “Segundo Jellinek, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava, ao longo do tempo, com este, pluralidade de relações denominadas *status*, razão pela qual a teoria de Jellinek é, também, chamada ‘Teoria dos Quatro Status’. A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação ao Estado. Esta é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status* passivo. A segunda relação, o *status negativus*, corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, (...). A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos, *status positivus*. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado tem obrigação de exercer determinadas tarefas (...). A quarta e última relação decorre da circunstância de que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação do cidadão. Assim, com base na exposição

identifica o princípio da proteção judiciária como um direito à prestação e com âmbito de proteção marcadamente normativo, com a possível sujeição da respectiva conformação ou restrição tendo por parâmetro do princípio da proporcionalidade, para evitar eventual afetação da proteção judicial efetiva.

Assim, nada obstante a existência de controvérsias doutrinárias sobre identificação no núcleo essencial, como adverte o mesmo GILMAR MENDES,<sup>101</sup> o certo é que, em relação aos direitos fundamentais, admitido o respectivo caráter pluridimensional e reconhecido o seu duplo aspecto (objetivo e subjetivo), “tem-se de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio não se haverá de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou – ou – *entweder – oder*), mas num raciocínio de ampliação (tanto – quanto – *sowohl – als auch*)”.

Vale dizer, na identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais não se deve partir de uma perspectiva restritiva, mas sim ampliativa, o que autoriza a conclusão de que o direito de acesso à justiça, na dimensão em que expressa o princípio constitucional da proteção judiciária, deve merecer a aceção de direito de acesso à tutela jurisdicional adequada.

Tal entendimento não é estranho à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende de julgados transcritos por ALEXANDRE DE MORAES,<sup>102</sup> da seguinte forma:

*“Essência da Prestação Jurisdicional I. STF – ‘A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível’.” (STF, RE 158.655-9/PA, 2ª T., Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ, Seção I, 02.05.1997, p. 16567) (grifo nosso)*

*“Essência da Prestação Jurisdicional II. STF – ‘A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República’.” (STF, RE. 172.084/MG, 2ª T., Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ, Seção I, 03.03.1995, p. 4111) (grifo nosso)*

Postas essas questões, resta a verificação de algumas hipóteses concretas em torno das quais se verifica a ação estatal, seja de índole legislativa,

de Jellinek, os direitos fundamentais classificam-se em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.” FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 160.

101 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 243-246.

102 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 292-293.

judicial ou administrativa, limitadora do direito humano e fundamental do acesso à justiça, instaurando polêmica na configuração de tal limitação, seja para qualificá-la como conformadora ou restritiva de tal direito.

Uma primeira questão relevante diz respeito a modificações operadas inicialmente por medidas provisórias, antes do advento da Emenda Constitucional nº 32/01, na disciplina da ação civil pública. Assim, a Medida Provisória nº 1.570-5, de 26.03.1997, transformada na Lei nº 9.494, de 10.09.1997, com o que modificou-se o texto do art. 16,<sup>103</sup> é considerada, por diversos autores,<sup>104</sup> como ofensiva tanto ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, quanto ao princípio da proporcionalidade, quer porque mitiga a abrangência do pedido em sede de ação civil pública, e quer, também, porque confunde o conceito de limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência.

Outra questão polêmica, ainda em relação à disciplina da ação civil pública, diz respeito à Medida Provisória nº 2.102-31, de 24.05.2001, que acrescentou parágrafo único<sup>105</sup> ao art. 1º da LACP, cuja ofensa ao direito constitucional de ação e ao princípio da proteção judiciária é enfaticamente defendida por respeitados doutrinadores.<sup>106</sup>

Embora tais questões ainda não tenham sido apreciadas em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, a razão parece estar com os autores referidos, vez que, nas hipóteses abordadas, as ações limitadoras do direito fundamental de acesso à justiça revelam-se como restrições desproporcionais, já que, além de não apresentarem uma finalidade clara, bem explicitada ou definida, que poderia balizar uma ponderação de bens e valores protegidos em vista do princípio da proporcionalidade, andam em sentido contrário ao caminho de ampliação, como recomenda GILMAR MENDES em referência feita linhas atrás, do núcleo essencial do direito fundamental em pauta.

103 Lei nº 7.347, de 24.07.1985 – “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

104 Ada Pellegrini Grinover apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ob. cit., p. 97-98.

105 Lei nº 7.347, de 24.07.1985 – “Art. 1º (...) Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

106 “Direito de ação (CF, 5º, XXXV). O texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. O parágrafo único ora comentado exclui da apreciação ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta Magna e, portanto, ao Estado Democrático de Direito (CF, 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas ‘limitaria’ o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos que enumera. É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo Federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*) são desrespeitadas pelo parágrafo único, incluído pela Medida Provisória nº 2.102-27. 6º. O Poder Judiciário não poderá dar cumprimento a essa norma inconstitucional”. NERY JÚNIOR, Nélson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1522-1523.

Aceitando a advertência de ZAIDEM GERAIGE NETO,<sup>107</sup> sobre a impossibilidade de exaurimento do tema contemplado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, dado a sua amplitude e às possibilidades que suscita, passo a uma breve análise de três questões relevantes já enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Uma primeira questão passível de análise que suscita polêmica na doutrina, mas que já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao prazo de 120 dias para impetração de mandado de segurança (art. 18 da Lei nº 1.533/51).

Parte da doutrina<sup>108</sup> entende ser a mesma inconstitucional, basicamente ao argumento de que o mandado de segurança é uma ação constitucional, encontrando limitação a atividade limitadora, conformadora ou restritiva, somente na própria Constituição Federal, não sendo legítima a atuação do legislador ordinário instituindo limitações a exercício pleno do direito contemplado nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal.

Contestando os argumentos da tese acima defendida, SUZANA DE TOLEDO BARROS<sup>109</sup> afirma que as mesmas não padecem sequer de razoabilidade, em vista da existência de inúmeros mecanismos de concretização da proteção judiciária também submetidos a “requisitos formais e materiais de admissibilidade, sem que, na maioria dos casos, haja a correspondente norma constitucional autorizativa”. Assim, conclui ela, a “fixação de prazo para a impetração do mandado de segurança não constitui uma restrição, mas elemento da própria definição da garantia constitucional carecedora de ser conformada”.

Seja como for, essa segunda tese restou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “Súmula 632 – É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para impetração de mandado de segurança”. Comentando tal decisão, embora dela discorde, CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>110</sup> diz que os argumentos que a fundamentaram comportam entendimento de que “a perda do direito de impetrar o mandado de segurança não impede o uso de outras ações (...) o prazo de 120 dias não pode ser entendido como penalidade ao impetrante (...) o silêncio da Constituição não pode ser entendido como a indefinição temporal quanto à possibilidade de impetração de mandado de segurança”.

Outra questão, já não tão polêmica, mas não menos importante, que foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, refere-se à fixação de

107 NETO, Zaidem Geraige. Ob. cit., p. 43.

108 Id., *ibid.*, p. 58-62; Carlos Mário Velloso, Miguel Seabra Fagundes, Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo Roberto da Silva Passos, apud NERY JÚNIOR, Nélson. Ob. cit., p. 141-145.

109 BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 150-154.

110 BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, p. 163.

taxa judiciária excessiva, representando atividade estatal limitadora restritiva do direito fundamental de acesso à justiça, conforme se pode conferir da seguinte transcrição de ALEXANDRE DE MORAES:

“Taxa judiciária e acesso à Justiça. STF – ‘A fixação de taxa judiciária para o exercício do direito de ação não encontra óbice na Carta Magna, porém sua excessividade, de modo a criar obstáculos discriminatórios de acesso à justiça, será inconstitucional’ (RTJ 112/34).”<sup>111</sup>

Comentando tal decisão, proferida na Representação nº 1.077, de 28.03.1984, na qual se questionava a constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383, de 04.12.1980, do Estado do Rio de Janeiro, GILMAR MENDES<sup>112</sup> afirma que a mesma contempla “um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador”, pois, na oportunidade, o Ministro MOREIRA ALVES, após “precisar a natureza e as características da taxa judiciária”, fixa a “idéia de equivalência razoável entre custo do serviço e a prestação cobrada”, cuja inobservância, na hipótese, resultou numa restrição desproporcional ao direito de acesso à justiça.

Por último, vale a pena analisar uma peculiaridade de grande valor no reconhecimento do direito de acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Trata-se da questão do duplo controle de proporcionalidade e controle da proporcionalidade *in concreto*.

A propósito do tema, além da doutrina de LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA BARCELLOS, afirmando que o “fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame”,<sup>113</sup> imprescindível a referência à análise da questão feita por GILMAR FERREIRA MENDES<sup>114</sup> que, após referir-se ao tratamento do tema no Direito alemão,<sup>115</sup> aponta talvez o

111 MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 293.

112 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 257-258.

113 “Pode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza um resultado inconstitucional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (ACD-MC 4, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 169: 383), fato que, todavia, não impediu o Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria no sacrifício do direito à vida do requerente (TJRS, AI 598.398.600, 4ª C.Cív., Rel. Des. Araken de Assis).” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 133.

114 MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit., p. 70-72.

115 “Richter e Schuppert analisam essa questão com base no chamado ‘caso Lebach’, no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação *in concreto* das diversas normas.” Id., *ibid.*, p. 70.

exemplo mais significativo da abordagem do tema no Direito brasileiro, verificado por ocasião da apreciação de pedido de liminar (ADIn 233, Rel. p/o Ac. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE,<sup>116</sup> RTJ 132, p. 571 e ss.) contra a Medida Provisória nº 173, de 18.03.1990, por meio da qual se vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165 e 168 (Plano Collor). Diz o autor que o “voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, em especial em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas”.

Em síntese, essa questão do duplo juízo de proporcionalidade expressa a idéia da possibilidade de que uma norma, sendo inconstitucional no seu relato abstrato, produza um resultado inconstitucional em uma determinada incidência.

## CONCLUSÃO

Penso que as considerações até aqui expostas são bastantes para legitimar a conclusão no sentido de que, a partir de uma perspectiva ampliativa e não restritiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio constitucional da proteção judiciária (CF/1988, art. 5º, XXXV), fundamentado no princípio da separação dos poderes e destinado à concretização do princípio do Estado Democrático de Direito, merece ser revisitado, com uma leitura de efetividade compatível com os postulados do “pós-positivismo”, em face de sua natureza de direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa, como meio por excelência e como mandamento de otimização de viabilizar os direitos fundamentais densificados na Constituição de 1988.

Vale dizer, o ato de revisitar a acepção do princípio constitucional da proteção judiciária, em vista dos postulados do “pós-positivismo”, implica conceber o novo enfoque de acesso à justiça, defendido por CAPPELLETTI e GARTH como um novo movimento de pensamento, por meio do qual obtém-se a compreensão do princípio constitucional insculpido na CF/1988,

116 “(...) O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão de tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a *simbiose constitucional* a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde – segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello – a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostra inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.” (ADIn 223, Rel. p/o Ac. Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ, n. 132, p. 571/589-590) (grifo nosso)

em seu art. 5º, inciso XXXV, com o significado de acesso à ordem jurídica justa. Tal visão pressupõe a tomada de consciência dos escopos da função jurisdicional do Estado (sociais, políticos e jurídicos) e a superação das barreiras ou óbices ao acesso à justiça, situados, conforme salientam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO,<sup>117</sup> em quatro pontos sensíveis, quais sejam, a admissão do processo, o modo-de-ser do processo, a justiça das decisões e a efetividade das decisões.

Assim, nesta perspectiva do novo enfoque de acesso à justiça, o direito processual exige, para torná-lo adequado aos novos e emergentes conflitos de massa, a adoção de novas técnicas e a releitura de diversos institutos processuais, de molde a extrair nova configuração para os institutos da legitimidade *ad causam*, da citação, do litisconsórcio, da coisa julgada, da liquidação de sentença, da competência e até mesmo da posição do juiz na condução do processo, dentre diversas outras possibilidades.

Na pior das hipóteses, considero que devemos nos afastar, o quanto possível, ou mesmo adotar solução que não nos aproxime da postura contida na declaração do grande Imperador chinês do séc. XII, K'ang Hsi, citada por S. VAN DER SPRENKEL,<sup>118</sup> com a seguinte tradução para o português:

“Os processos tenderiam a multiplicar-se de modo assombroso se as pessoas não temessem ir aos tribunais e se tivessem confiança de encontrar sempre uma justiça facilmente acessível e perfeita. Tendo o homem ilusões a respeito do que é bom para ele, os litígios seriam então sem fim e a metade dos indivíduos do nosso Império não bastaria para regular os litígios da outra metade. Eu desejo, por conseqüência, que aqueles que se dirigem aos tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, de tal modo que se desgostem do direito e tenham à idéia de comparecer diante de um magistrado.”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquim H.; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

117 CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Ob. cit., p. 34-35.

118 *Legal Institutions in Manchu China* (1962, p. 77) apud DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 588.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Lopes (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 5, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Lopes (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

KÜNG, Hans. *Projeto de ética mundial – uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana*. São Paulo: Paulinas, 1992.

LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.). São Paulo: Método, 2003.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação popular – proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NETO, Zaidem Geraige. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 56).

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 21).

NERY JÚNIOR, Néelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Notícias do Direito Brasileiro – Nova Série*, São Paulo: IOB Thompson; Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n. 10, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário – por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.