

**CATHERINE THEREZE BRASKA HAZL**

**ACESSO DEMOCRÁTICO À JUSTIÇA: MUDANÇA DE PARADIGMA E  
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto.

**CURITIBA**

**2017**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CATHERINE THEREZE BRASKA HAZL

### **ACESSO DEMOCRÁTICO À JUSTIÇA: MUDANÇA DE PARADIGMA E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

Componentes: Prof. Dr. Paulo Schier

Profa. Dra. Amélia Rossi

Curitiba, 28 de abril de 2017

*Ao meu avô Luís Carlos Prestes.*

## AGRADECIMENTOS

A conclusão da presente dissertação não seria possível sem o suporte de pessoas que, estando perto ou longe, não mediram esforços para me apoiar nessa longa jornada.

Ao meu orientador Prof<sup>a</sup> Bruno Meneses Lorenzetto já bastariam os exemplos de seriedade e brilhantismo acadêmicos, mas, igualmente agradeço pela orientação e confiança para realização do trabalho. Ainda, pelas discussões acerca do tema e por todo o conhecimento dividido, sem os quais, certamente, esta pesquisa não seria a mesma. Sinto-me honrada em ter sido sua orientanda

Aos meus pais, pelo amor incondicional. Saber que vocês estão comigo é minha maior segurança para poder seguir em frente. Ao Tito, pela sabedoria e pelas experiências compartilhadas; e, à minha mãe por simplesmente dar o valor que concluir um trabalho como esse merece. Depois de um período difícil, ter você ao meu lado é, sem nenhuma dúvida, minha maior felicidade.

Às minhas Avós: Maria, por todas as discussões sábias sobre questões políticas e sociais, e que me convence diariamente de que podemos sim viver num país melhor. Não há quem tenha vivido e conheça mais sobre as dificuldades do Brasil além de você; e Neiva, por todo o amor e felicidade que me deu durante os estudos, e por todos os dias em que me acolheu carinhosamente em sua casa para que eu pudesse escrever.

Às Professoras Ana Lúcia Pereira e Laura Both por todo o auxílio e carinho que tiveram comigo durante o curso de Mestrado. Professoras que tenho grande admiração e prazer em ter sido aluna.

Ao Professor Paulo Schier que fez com que me apaixonasse pelos estudos durante suas aulas de Teoria da Argumentação e que hoje tenho a honra tê-lo em minha banca de defesa.

Aos meus colegas do Mestrado, Bruna Cordeiro, Fátia Brazzale, Claudia Carvalho, Alberto Goldenstein, Daniele Cosechen por todas as conversas oficiais e extraoficiais e por dividirem todas as dores e as delícias da vida acadêmica.

Às minhas amigas, por entenderem minhas ausências durante os dois anos de curso e ainda assim vibrarem com cada etapa concluída. A felicidade compartilhada com vocês faz muito mais sentido.

Às secretárias do Mestrado Rafaela e Gisele, que além da dedicação ao trabalho, dedicam-se também a ouvir todas as ansiedades e conquistas, de nós, mestrandos, ao longo dos estudos.

Ao Mestrado da Unibrasil do qual tenho imenso orgulho de ter feito parte como mestranda e a todos seus professores, pelo auxílio e contribuição acadêmica durante toda a trajetória em que estive vinculada à instituição. Sou eternamente grata pelo apoio e contribuição de todos vocês.

*Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights"*

*Owen M. Fiss*

## RESUMO

O presente trabalho traz como preocupação central o acesso democrático à justiça no âmbito do Direito brasileiro. Como é possível garantir a prestação jurisdicional adequada aos cidadãos por meio de um sistema que é permeado de limitações e obstáculos? Primeiramente estuda-se acerca das mudanças paradigmáticas do Direito desde o Estado Moderno até chegar ao constitucionalismo contemporâneo. O princípio da legalidade observado com o advento das Cartas liberais do Estado Moderno como requisito jurídico essencial para a uniformização do poder estatal desenvolveu a ideia de plenitude da lei democrática. Aos poucos, observa-se uma necessária reformulação do Direito frente às transformações que ocorrem na sociedade, tendo em vista a incapacidade de abarcar todas as situações que merecem sua tutela. É preciso ir além do formalismo jurídico. Nesse sentido, também o conceito de acesso à justiça sofre modificações tendo em vista que inicialmente representava apenas um ideal de proteção aos cidadãos, relacionando-se ao direito de propositura de uma determinada ação ou dela se defender. Por muito tempo o simples fato de demandar o Judiciário era limitado e restrito, e, a partir do momento em que se tornou possível o acesso, era reduzido ao próprio direito de ação ou defesa. Após a promulgação da Constituição de 1988 é que ganha força a ideia de que para se garantir verdadeiro acesso à justiça é preciso, necessariamente, ir além do acesso ao Poder Judiciário. O que se vê no sistema judiciário são problemas generalizados, que permeiam sobre o Judiciário, o qual se demonstra incapaz de atender às demandas da sociedade. Morosidade e inefetividade são características que invariavelmente estão ligadas à sua atuação. Nesse ponto ressalta-se que, na verdade, não há que se falar em crise do Judiciário, já que sempre funcionou mal, mas sim de *problemas estruturais*. Ocorre que o Judiciário lida com problemas estruturais, que são policêntricos e altamente complexos, mas o faz por meio de um processo bipolarizado, que é completamente inadequado. Considerando que o processo tradicional se mostra insuficiente para a resolução de problemas estruturais, outra lógica processual é estudada, partindo da análise de conceitos e alguns casos advindos da doutrina estadunidense estudados por Owen Fiss.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Paradigma; Crise; Problemas estruturais; *Structural injunctions*; Acesso à justiça.

## **ABSTRACT**

The present study brings as a central concern the democratic access to justice in the scope of Brazilian Law. How is it possible to guarantee adequate judicial provision to citizens through a system that is permeated with limitations and obstacles? In order to do so, we first study the paradigmatic changes of law from the Modern State to contemporary constitutionalism. The principle of legality observed with the advent of the liberal charters of the Modern State as an essential legal requirement for the standardization of state power has developed the idea of fullness of democratic law. The idea was that the Law was reduced to the text of the law. Gradually, a law reform is required in face of the changes that occur in society, in view of its inability to embrace all situations that deserve its protection. It is needed to go beyond legal formalism. In this sense, the concept of access to justice is also modified. Initially, it represented an ideal of protection for citizens related to the right to file a particular action or to defend it. For a long time the mere fact of suing the judiciary was limited and restricted, and from the moment access became possible, it was reduced to the very right of action or defense. Following the promulgation of the 1988 Constitution, the idea that to guarantee access to justice we must necessarily go beyond access to the judiciary is strengthened. What is seen in the judicial system are widespread problems, that permeate the judiciary, which proved incapable of meeting the demands of society. Moroseness and ineffectiveness are characteristics that are invariably linked to their performance. It occurs that the judiciary deals with structural problems, which are polycentric and highly complex, but it does so through a bipolarized process, which is completely inadequate. Considering that the traditional process is insufficient for the resolution of structural problems, another procedural logic is studied, starting from the analysis of concepts and some cases coming from the American doctrine studied by Owen Fiss.

**Keywords:** Constitutionalism; Paradigm; Crisis; Structural problems; Structural injunctions; Access to justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>PARTE I – ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL</b> .....	<b>5</b>
<b>1. EVOLUÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL</b> .....	<b>5</b>
1.1. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E ESTADO: MUDANÇAS DO PARADIGMA PROCEDIMENTAL E CONSTITUCIONAL DO DIREITO A PARTIR DO ESTADO MODERNO.....	5
1.2. DO ESTADO-JUIZ AO ESTADO-CONSTITUCIONAL – CRISE DO DIREITO E INSUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL .....	15
1.3. A TRANSFORMAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL .....	24
<b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	<b>32</b>
2.1. CONCEITO, DIMENSÕES E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	32
2.2. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
2.3. CARACTERÍSTICAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	42
2.4. A INSUFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA.....	55
<b>PARTE II – ACESSO À JUSTIÇA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>62</b>
<b>3. ACESSO À JUSTIÇA CONTEXTUALIZADO E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: DA PRÁTICA BIPOLAR AO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL</b> .....	<b>62</b>
3.1. COLETIVIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA. DA LÓGICA BIPOLAR AO PROCESSO COLETIVO.....	62
3.2. PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO DIREITO.....	72
3.2.1. Características inerentes às questões estruturais do Direito .....	75
3.2.2. Policentria e a imbricação de interesses .....	80
3.2.3. Alguns exemplos da prática judiciária na resolução de problemas estruturais.....	85

3.3. MEDIDAS ESTRUTURANTES E ACESSO À JUSTIÇA. NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	94
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>108</b>

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é princípio assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual garante a todos que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Isso significa dizer que todos os cidadãos têm de fato acesso à justiça? Acionar o Judiciário por meio de uma petição inicial é ter assegurado tal direito previsto na Constituição? A conhecida morosidade e a inefetividade do Judiciário brasileiro obstam o direito que temos de acesso ao Judiciário ou apenas garantir que seja possível acioná-lo já é suficiente para dizer que o acesso à justiça é efetivo? Desde já é possível dizer que não. Tratar sobre o tema de acesso à justiça vai muito além de um requerimento formal ao Judiciário.

Para que se possa contextualizar o presente estudo sobre a efetividade (ou não) do papel do Judiciário a presente dissertação inicia discorrendo sobre o processo de constitucionalização que sofreu o Direito por meio de mudanças de paradigmas desde o Estado Moderno. Após o período absolutista, em que a lei era fundida com o papel do rei soberano, o Estado Liberal preocupou-se em limitar os abusos do período absolutista. A Constituição tinha como função limitar a atuação do Estado face aos indivíduos, garantindo sua liberdade. Ao Estado então era reservado o dever de abstenção, de modo a que fosse assegurada a liberdade individual. Nesse período, a atividade judicial resumia-se à aplicação silogística da lei ao caso concreto, numa mera operação de subsunção. A ideia era garantir a segurança jurídica por meio dos textos legais escritos.

Posteriormente, no chamado Estado Social, verificadas as injustiças sociais que a igualdade meramente formal gerou no paradigma anterior, observa-se a necessidade de o Estado ter papel mais ativo na sociedade. A partir daí o juiz não poderia se limitar à simples aplicação da lei. As várias funções que passam a ser esperadas do Estado não permitem que a atividade judicial seja reduzida ao mecanicismo que se via até aqui. As Constituições desse período também foram marcadas por essas características: consagrou-se o papel do Estado como provedor de serviços e como promotor do bem-estar social.

Chegando no Estado Democrático de Direito, concretiza-se a ideia de que os cidadãos devem assumir caráter participativo no Direito. Com isso, observa-se a Constituição assumindo centralidade no ordenamento jurídico, não só do ponto de vista formal-hierárquico, mas também material.

Assim, da mesma forma que o Direito assume diferentes funções ao longo das transformações sociais, o conceito sobre acesso à justiça também se modifica. Falar sobre acesso à justiça hoje certamente não significa o mesmo que estudá-lo em um período absolutista, por exemplo. Assim, com a Constituição de 1988, além de assegurar o acesso à ordem justa, pressupõe que deva ter também meios para promovê-lo de fato. Do que adianta então ter um Direito material a ser protegido se não há meios que possam garantir a tutela desse Direito? Além da garantia de um Direito com respaldo no ordenamento jurídico, deve-se, principalmente, permitir que este seja, de alguma forma, satisfeito.

No entanto, o que se vê na prática é um Judiciário incapaz de resolver os problemas que cotidianamente a sociedade enfrenta. A ideia de “crise do Judiciário” já faz parte do senso comum. Esse conceito de crise nunca é sequer questionado, e os inúmeros problemas que podem ser atribuídos ao seu mau funcionamento não deixam dúvidas de que o estado do Judiciário é crítico. Assim, no final do segundo capítulo discute-se acerca dos entraves que permeiam o sistema como um todo, e, desde já, pode-se dizer que não há que se falar em crise alguma. A própria tentativa de solução não é simples, tendo em vista ser desconhecida a própria origem do problema que afeta todo o Judiciário. A ideia de crise acaba não sendo aprofundada, primeiro porque o Judiciário nunca teve um período de bom funcionamento e tampouco se pode comparar com um período “normal”, já que este sequer existiu. Na verdade, o mau funcionamento do Judiciário é causado por problemas estruturais, muito se devendo ao fato de estar fundado no valor segurança, em detrimento da celeridade e da efetividade.

Nesse ponto do trabalho, é possível observar então um Judiciário que historicamente foi moldado para tratar de questões entre particulares e que claramente não consegue abranger todos os problemas que precisam ser resolvidos. O processo que emerge com base no formalismo e no individualismo é

insuficiente para resolver o excesso de demandas, a morosidade da justiça e uma prestação estatal eficiente. Assim, o modelo processual bipolarizado clássico passa a ser questionado: os conflitos individuais dão espaço também aos conflitos coletivos, já que a questão judiciária no Brasil é multifacetada e não mais se resume a uma demanda do autor perante o réu.

Quanto a esse repensar, convém dizer que o modelo processual bipolarizado mostra-se insuficiente no próprio campo individual ou mesmo em outras espécies de casos coletivos. O processo precisa adequar-se às necessidades, e não o inverso. Assim, adotar a perspectiva do processo coletivo não significa dizer que tal formato se sobrepõe sob a perspectiva do processo individual, mas tem como intuito mostrar a transformação do processo, na tentativa de solucionar problemas que enfrenta o Judiciário. Somente por meio desse entendimento é que se chega aos problemas estruturais do Direito.

São violações de direitos ligadas a problemas estruturais que, para cessarem, exigem reformas institucionais e não medidas pontuais ou que só trabalhem com fatos isolados. O que se tem hoje como principal fator responsável pela ineficiência jurisdicional não é uma crise pontual e passageira. Conforme será visto, os problemas estão enraizados no sistema. “Se o que se busca é um Judiciário mais eficiente, mais célere e que corresponda às expectativas da população, as questões relevantes estão na estrutura.”

Foram trazidas características que podem ser atribuídas aos problemas estruturais, como causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, indicando o modo como devem ser compreendidos e o quanto se afastam dos litígios bipolarizados. Essas características têm reflexo nos elementos que se devem fazer presentes em um processo que se pretenda efetivo, evidenciando a necessidade de ser repensado. São problemas, portanto, policêntricos e complexos, mas que não necessariamente são assim compreendidos ou recebem o tratamento adequado quando levados ao Judiciário.

Distanciam-se do cenário tradicional, em que se tem uma sentença final que “define o litígio”, coberta pelo “manto da coisa julgada”. Não se mira aqui a certeza

pelo processo, mas a alteração de situações concretas que representam violações de direitos, em um contexto muito mais dinâmico.

No âmbito do processo civil, a ideia de procedimento rígido para solução de litígios, cuja pretensão era alcançar a neutralidade de um procedimento único para todo e qualquer direito material, é ultrapassada. Isso tinha por base a suposição de que, para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos.

O que se busca no presente estudo é uma diferente interpretação para o que, de costume, chamamos de crise. A partir da perspectiva que observa os problemas como estruturais é possível visualizar diferentes formas de resolver determinadas situações que há tempos permeiam o Judiciário. Para abarcar situações concretas que exigem uma (re)construção constante, é inviável o emprego de um procedimento preestabelecido ou de técnicas processuais pensadas para outros tipos de litígios, e isso não significa desconsiderar garantias fundamentais, conforme será visto. Ainda que sejam utilizados no decorrer dos capítulos conceitos clássicos do processo civil, eles ganham aqui, no mínimo, outro sentido, servindo apenas de referencial.

Por fim, utilizou-se da experiência estadunidense no que tange às *structural injunctions* e aos estudos produzidos em relação à reforma e à atuação jurisdicional estrutural. Esse fenômeno não se restringe ao sistema norte-americano, e inclusive no Brasil já é possível apontar diversos casos que foram resolvidos afastando-se da lógica tradicional, sendo configurados como casos estruturais.

## PARTE I – ACESSO À JUSTICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 1. EVOLUÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

#### 1.1. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E ESTADO: MUDANÇAS DO PARADIGMA PROCEDIMENTAL E CONSTITUCIONAL DO DIREITO A PARTIR DO ESTADO MODERNO

Para que se possa contextualizar o presente estudo sobre a efetividade do acesso à justiça, é preciso, inicialmente, discorrer sobre o processo de constitucionalização que sofreu o Direito através de mudanças de paradigmas desde o Estado Moderno. A partir de uma ruptura ideológica decorrente de transformações políticas, jurídicas e sociais ocorridas na sociedade é que se torna possível a discussão acerca do acesso à justiça e seus desdobramentos contemporâneos. Nesse sentido, a análise do nível de democratização num sistema jurídico relaciona-se de maneira estreita com a análise do acesso à justiça, motivo pelo qual é de fundamental importância uma abordagem compreensiva da realidade das sociedades democráticas contemporâneas e das transformações que seu conceito vem sofrendo ao longo do tempo.

Assim, para se falar de quebras de paradigmas, é necessário primeiro trazer conceito sobre ele, que, conforme Menelick de Carvalho Netto, pode significar tanto a ruptura de ideologias e visões de mundo bem como uma simplificação de tendência em determinado contexto específico.

De início, portanto, cabe-nos introduzir a noção de paradigma e o seu emprego na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional. O conceito de paradigma, como já tivemos a ocasião de afirmar, vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn. Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensão e visões do mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro lado, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente

hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.<sup>1</sup>

Durante o desenvolvimento da figura do Estado, identificam-se três formas adotadas por este: Primeiramente, no Estado Jurisdicional, observado durante o período medieval, o poder estatal se manifestava pelo Rei-Juiz, que não produzia diretamente as leis (que derivavam da natureza e se conhecia como *ius comune*), mas que exercia seu poder ao julgar e aplicar essas leis comuns, e que encontrava sua soberania na ausência de instância superior que o julgasse, ao passo que a sua legitimação decorria de explicações metafísicas.

Nesse momento, portanto, há uma concentração do todo o poder político e jurídico nas mãos de uma só pessoa, onde a figura do rei se confundia com o próprio papel do Estado e da Igreja, ganhando mais ênfase posteriormente, na ascensão dos Estados Liberais, quando surgiu a necessidade de se desenvolver por meio de mecanismos jurídicos uma resposta ao período absolutista marcado pela discricionariedade do Direito com relação às diferentes classes da sociedade.

Esse primeiro paradigma, da Antiguidade e da Idade Média, denominado pré-moderno, compreende o Direito estritamente ligado a normas morais, religiosas e costumeiras, sem diferenciá-las entre si, de modo que o Direito se identificava com normas concretas e individuais, as quais se justificavam pelo privilégio de um grupo ou de um indivíduo. Segundo Dieter Grimm, “o direito era válido muito mais por força da tradição imemorial ou instituição divina. A sociedade o experienciava como imutável. Sob essas condições não se colocava a pergunta acerca da justiça do direito vigente. Direito e justiça eram coincidentes”<sup>2</sup>.

O Direito e a organização política pré-modernos encontravam tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que

---

<sup>1</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, 2004. p.29.

<sup>2</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.4

deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social. O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda sociedade, não existia mas tão somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.<sup>3</sup>

Como ressalta Carvalho Netto, o paradigma pré-moderno foi se dissolvendo ao longo de pelo menos três séculos até a formação dos Estados laicos, nos quais o Direito não era mais visto como norma específica e individual, e sim com o caráter de generalidade e abstração. Dentre os fundamentos que justificam a dissolução do paradigma pré-moderno, o autor explica:

Verifica-se a dissolução desse paradigma ao longo de pelo menos três séculos, por um sem-número de fatores, que vão desde a ação dissolvente do capital, a diluir os laços e entraves feudais e a fazer com que cada vez mais indivíduos livres e possessivos participem do crescente mercado como proprietários, no mínimo, do próprio corpo [...] (Marx); passando pelo desenvolvimento das práticas de investigação policial (Foucault, Umberto Eco); pela destruição da cosmologia feudal fechada e hierarquizada, substituída pela isonômica estrutura matemática de átomos que constitui o universo infinito da física de Galileu (Koyré); pelas lutas por liberdade de confissão religiosa e pela conseqüente distinção e separação das esferas normativas da religião, da moral, da ética social e do Direito (Weber), etc.<sup>4</sup>

O Estado Jurisdicional, denominado por Carvalho Netto como paradigma pré-moderno, vem aos poucos se modificando pelo chamado Estado de Direito, que tem a sua pré-história entre os séculos XVII e XVIII<sup>5</sup>, e que se consolida no século XIX, constituindo modelo no qual o Estado toma para si o poder de legislar e de criar o Direito, além do poder de julgar. Antônio Manuel Hespanha<sup>6</sup> distingue os dois períodos tendo por base o papel do jurista, que no Estado Jurisdicional (pré-moderno) atuaria como couteiro, no sentido de que este não interfere na natureza

---

<sup>3</sup> CARVALHO NETTO, *Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.50

<sup>4</sup> CARVALHO NETTO, *Menelick de. A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.31

<sup>5</sup> Conforme a lição de Pietro Costa, o período que antecede o Estado de Direito estaria compreendido entre o surgimento do Iluminismo e a Revolução Francesa. Ver COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: O Estado de Direito: História, teoria, crítica. Costa, P. e Zolo, D., orgs., trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>6</sup> Sobre o papel do jurista “couteiro”, ver em HESPANHA, Antônio Manuel; CABRAL, Rui. Os juristas como couteiros. *A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna*. Análise social, 2002.p. 1183-1208,

das coisas, mas apenas cria condições para que a natureza se desenvolva e siga seu curso. O Direito, portanto, nasce da vida em sociedade, e cabe ao Estado-Juiz aplicar essa lei natural. De outro lado, no Estado de Direito, o jurista atuaria como um jardineiro, pois atua diretamente na natureza, buscando um estado idealizado, e, portanto, produzindo leis que não mais decorreriam puramente da natureza.<sup>7</sup>

As intuições da moral individual racionalista, vistas como verdades matemáticas inquestionáveis, colocam em xeque a tradição, agora reduzida a meros usos e costumes sociais, que, para os homens da época, só pode ser explicada como resultado da corrupção histórica e que, assim, deveria ser alterada pela imposição de normas racionalmente elaboradas pelos homens enquanto sujeitos de sua história, inaugurando ou remodelando um time recente de organização política, os Estados Nacionais. Os Estados nacionais são construídos como espaços laicos de definição e imposição dessas regras racionais que deveriam reger impositivamente a organização e reprodução social, a normatividade propriamente jurídica. O Direito, enquanto essa normatividade específica, diferenciada e decorrente de ideias abstratas consideradas verdadeiras só poderia ser compreendido agora como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado.<sup>8</sup>

Com o intuito de obstar o poder do monarca, bem como identificar e limitar uma atuação discricionária e arbitrária do poder executivo Danilo Zolo explica a “juridicalização” de toda a estrutura do Estado Moderno em que a lei a partir de agora, toma lugar, do que até então eram somente decisões arbitrárias e discricionárias.

Para conter o caráter arbitrário do poder político, os teóricos do Estado de Direito julgaram, em segundo lugar, que seja necessária, e de algum modo suficiente, a força do direito. O direito – o direito positivo, não apenas o direito natural – pode e deve operar como instrumento de ritualização do exercício do poder. Em outras palavras, é preciso que os poderes do Estado estejam vinculados ao respeito das regras gerais. A “lei”, como modalidade normativa “geral e abstrata” deve substituir a *comissio*, ou seja, o comando pessoal do monarca e suas arbitrariedades não motivadas *lettres de cachet*. O direito como lei pode obter, por meio da imposição de formas e de procedimentos gerais uma drástica redução da discricionariedade política.<sup>9</sup>

O Estado Liberal emerge com o intuito de obstar o poder até então ilimitado e concentrado nas mãos de um único representante, com o objetivo de universalizar

---

<sup>7</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *Os juristas como couteiros, A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna*. p.1.186.

<sup>8</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.31.

<sup>9</sup> ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p.35-36.

as regras, ainda que de uma maneira estritamente formal com a premissa de que “*todos são iguais perante a lei*” as quais eram discricionárias e seletivamente aplicadas. Dessa forma, passa a ser um “sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade”.<sup>10</sup> A mudança de paradigma do Direito a partir do Estado Moderno chega ao Estado de Direito atrelada à ideia de garantir aos cidadãos uma segurança jurídica decorrente do caráter formal da lei, que até então não existia, e que também seria capaz de abarcar todas as necessidades advindas da sociedade como um todo.

O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência. Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autossuficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.<sup>11</sup>

Menelick de Carvalho Netto destaca que neste momento, o direito, preocupase em estabelecer limites universais de caráter negativo destacando-se então um modelo formado por um conjunto de regras com o intuito de delimitar os espaços de liberdade dos indivíduos<sup>12</sup>. Nesse paradigma nota-se a divisão da sociedade em duas grandes esferas: sociedade civil e sociedade política, como diferencia Marcelo Cattoni

Em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista), e

---

<sup>10</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.32.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto et al. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, jul. 2001. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. p.13

<sup>12</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.33.

esfera pública, ciudadanía política, representación política e negócios de Estado.<sup>13</sup>

Assim, no Estado Liberal o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado e das relações familiares, contratuais e negociais. Dessa forma, o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito; ou seja, o que não é proibido por lei é permitido. A sociedade política, constituída pela “melhor sociedade”, aquela que poderia votar, em virtude de sua capacidade econômica, estava, portanto, incumbida de formular leis, as quais deveriam ser de caráter genérico e abstrato.<sup>14</sup>

Sobre o papel do juiz, a atividade hermenêutica apenas poderia ser vista como uma atividade mecânica através de uma leitura direta dos textos já que a interpretação deveria ser evitada até mesmo com o próprio legislador caso houvesse dúvidas do magistrado em função de eventual obscuridade da lei.<sup>15</sup>

Assim observa-se uma nova soberania (agora não mais ligada ao poder do monarca ou à religião): a supremacia da lei. A soberania já não trata somente de um fortalecimento por questões políticas mas principalmente ideológicas. Neste sentido Maurizio Fioravanti explica como se desenvolveu a primazia da lei perante o ordenamento jurídico.

Se comenzaba así a pensar que sin un dominio absoluto de la ley no existiría ya ninguna expectativa de orden. (...) Es más: se comenzó a pensar que la propia ley del soberano era el único derecho posible y legítimo, y que los otros derechos que hasta ese momento habían sido considerados como tales eran en realidad meros privilegios de hecho, prácticas, costumbres más o menos arraigadas, pero ya no derechos. En fin, en esa ley se reflejaba el orden predicado por el derecho natural, que dejaba entrever en el fondo la revolución y los derechos naturales individuales. Cuando se llegue a ese punto, el juego se habrá concluído. (...) los derechos Individuales y el principio de igualdad. Quien osaba contestarla, quien intentaba considerar los derechos fuera de esa conexión estaba en contra de la historia, quizá era partidario del antiguo régimen. En□ tre los pliegues del absolutismo político, a través de la revolución, había comenzado así el largo periodo del positivismo jurídico.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.55.

<sup>14</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.34.

<sup>15</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.34.

<sup>16</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p.188.

Desenvolve-se assim, uma ciência jurídica atrelada aos preceitos da lei, em que a validade da norma está relacionada não com seu conteúdo mas com a forma que possui. Assim, “a afirmação do princípio da legalidade, bem assim da soberania da lei, conduz ao que se pode chamar de Estado de direito legalista: o direito válido seria apenas o direito criado pela expressão da vontade geral, no caso, a lei”.<sup>17</sup>

A multiplicidade de formas e de conteúdos jurídicos permite identificar a Idade Média como o período no qual predominava o livre arbítrio. A desproporcionalidade na aplicação das penas e a maneira autoritária como estas eram aplicadas sem o Direito de ampla defesa e contraditório, propiciava uma sociedade submissa, na qual os excluídos não tinham representação. (...) com o surgimento dos Estados Modernos a discussão do pluralismo jurídico abre espaço para uma nova proposta, fundamentada na ideologia liberal. A consolidação de uma nova forma de sociedade impõe uma nova concepção do político e do jurídico e uma crescente autonomia das ciências, livres do domínio religioso.<sup>18</sup>

Como consequência do princípio da legalidade, determinando os ordenamentos jurídicos na época, observa-se uma forte necessidade em regulamentar todo o papel do Estado e seus desdobramentos por meio de uma tradição positivista e procedimental com o poder Legislativo concentrando toda a produção jurídica que prevalecia sobre os demais poderes. Assim, “a atividade dos juristas fica reduzida ao mero serviço da lei”.<sup>19</sup>

O princípio da legalidade observado com o advento das Cartas liberais do Estado moderno como requisito jurídico essencial para a uniformização do poder estatal desenvolveu a ideia de plenitude da lei democrática.<sup>20</sup> Assim, houve uma limitação da atividade judiciária à simples aplicação das normas provenientes do anseio popular, teoricamente pleno e imparcial para a regulação da vida em sociedade.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões*. In: Constituição, democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Coord. Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.19.

<sup>18</sup> MALISKA, Carlos Augusto. *Pluralismo jurídico e Direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000. p.23.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007. p.13.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>21</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000.

Há, neste momento,<sup>22</sup> uma preocupação em desenvolver o direito baseado fundamentalmente em propriedades formais as quais demonstraram relevância para a construção positivista do Direito. Para Zagrebelsky o estado liberal de direito era um Estado legislativo que se afirmava através do princípio da legalidade derrotando as tradições jurídicas do antigo regime absolutista. Sobre o princípio da legalidade o autor explica:

El principio de legalidade en general expresa la idea de la ley como acto normativo supremo irresistible al que, en linea de principio, no es oponible ningun derecho más flerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, em nombre de una superior razón de Estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistència de los particulares, em nombre de um derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).<sup>23</sup>

Observou-se uma redução do direito à função que a lei passou a exercer, tendo esta, grau de importância incomparável a quaisquer outras fontes de direito. Buscava-se um ordenamento visando garantir segurança aos indivíduos e que, ao mesmo tempo, limitasse o poder do Estado que deixava de ser submetido a ele mesmo, e passava a obedecer a regras, assim como a sociedade de maneira geral.

É possível afirmar que o moderno constitucionalismo liberal esteve atrelado a um contexto histórico, político, econômico e ideológico de desenvolvimento do modelo liberal de Estado e, por isso mesmo, o papel ainda secundário desempenhado pela Constituição, entendida como Carta Política, diante do desenvolvimento central das grandes codificações do direito privado, o apego ao legalismo (a consequente ascensão do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes instituídos) e o incipiente positivismo.<sup>24</sup>

Havia a clara preocupação em estabelecer uma organização que garantisse uma regulação formal, capaz de limitar o poder ora instituído. É dizer que o princípio da legalidade modelou o Estado de direito a uma ideologia de legalidade voltada para a aplicação de regras jurídicas positivadas.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.159.

<sup>23</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. p.24.

<sup>24</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito*. 2011. p.155.

<sup>25</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

Tais mudanças podem ser entendidas por meio da própria noção da soberania, a qual, inicialmente representava uma força material capaz de garantir a supremacia estatal frente aos demais, na busca de eliminar antagonismos e diferenças no âmbito interno de cada país. A soberania estatal era, portanto, elemento fundamental para explicar toda orientação que o Estado tomava, tanto da perspectiva interna – em que qualquer sujeito de direito submetia-se ao Estado numa relação hierarquicamente desigual; como da perspectiva externa - em que este se apresentava como verdadeira fortaleza, buscando afirmar a superioridade e hegemonia sem qualquer interferência. Não havia, assim, qualquer ordem supranacional ou mundial capaz de fazer com que os Estados estivessem submetidos, para não confrontar a sua soberania.<sup>26</sup>

Ferrajoli<sup>27</sup> divide dois momentos distintos do Estado normativo: primeiro o modelo juspositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado Legal) e posteriormente o modelo nejuspositivista do Estado constitucional, sendo que o primeiro se liga ao Estado Moderno com a afirmação do princípio da legalidade, e posteriormente com a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente ordenadas o que ele denomina de constitucionalismo rígido<sup>28</sup>.

O Estado de Direito nasce com a forma do “Estado legislativo de Direito” justamente no momento em que o princípio da legalidade se afirma como critério exclusivo de identificação do próprio Direito - independentemente de ser ele justo ou não. Com a instauração do Estado de Direito, outras duas mudanças de paradigma podem ser observadas com relação à ciência jurídica – que separa o direito das demais áreas, e à jurisdição – deixando de ser fonte exclusivamente jurisprudencial.

En la experiencia pré-moderna la ciencia jurídica, al ser el Derecho no puesto, como su objeto sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabidura de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, com el Derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse em una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el Derecho positivo – autónomo y separado de ella. (...) un análogo cambio de paradigma de jurisdicción que deja se der producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación (...) sirve pues, para dar fundamento a todo el coplejo de las garantías: desde la certeza del

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. p.10-11.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.16-17.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. p.18.

derecho a la igualdad ante la ley, y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.<sup>29</sup>

Assim, pelo princípio da legalidade e das codificações que passam a ocorrer, uma norma jurídica seria considerada válida simplesmente por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.

No segundo momento apontado por Ferrajoli, observa-se a submissão do legalismo exacerbado às constituições estanques e pouco maleáveis. A partir de então há necessidade de desenvolver uma coerência interna entre os princípios constitucionais e as normas, e não somente à sua forma; a subordinação das leis aos princípios constitucionais como condição de validade; e o início do reconhecimento da democracia com o Direito, visto que os direitos estabelecidos passam a se impor frente aos poderes da maioria, que até então eram absolutos, e por outro lado se configuravam como garantias a todos, inclusive em face do Estado.<sup>30</sup>

Sobre o Estado caracterizado inicialmente pelo preponderante legalismo surge então a necessidade de ser substituído por uma nova atuação sobre a qual pudesse honrar com as necessidade da sociedade neste novo momento de transição. Sobre a transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional, Ana Lucia Pretto Pereira aponta que o papel do Estado deixou uma postura predominante de abstenção, conforme visto anteriormente, e passou a ter viés intervencionista.

Esse Estado de direito legalista e liberal no início do século XX, no entanto, veio a ser superado por um novo meio de atuação estatal. O período entre duas grandes guerras mundiais foi marcado por uma forte contradição entre a igualdade política e a desigualdade social levando à formação de cartas constitucionais que requeriam do Estado não mais uma postura de preponderante abstenção em relação à sociedade civil, mas sim de intervenção.<sup>31</sup>

Ocorre que, conforme será visto logo adiante, o formalismo interpretativo que caracterizou o positivismo jurídico seria insustentável diante da nova forma de

---

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. p.16.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. p.19.

<sup>31</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões*. p.19.

pensar o Direito, demonstrando-se incapaz de dar respaldo às demandas jurídicas como um todo.

## 1.2. DO ESTADO-JUIZ AO ESTADO-CONSTITUCIONAL – CRISE DO DIREITO E INSUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

As mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma nova dimensão do horizonte e das possibilidades de compreensão e aplicabilidade do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica visando a abranger as novas posturas nele encontradas.

A insuficiência do Estado Legislativo de Direito frente às necessidades e as mudanças do Estado contemporâneo marcado pelo término da Segunda Guerra Mundial<sup>32</sup> – e, portanto, num momento de superação do pensamento totalitário - , provoca uma necessária reformulação do Direito.

O direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica.<sup>33</sup>

Neste contexto, aponta-se para a crise da legalidade e da própria lei, a qual deixa ser a única, suprema e racional fonte de Direito.<sup>34</sup> A partir deste momento observa-se um rompimento com um estado de legalidade estritamente formalista, para assumir um novo viés de Estado Constitucional.

---

<sup>32</sup> Sobre o papel dos textos constitucionais no período pós-guerra. O papel desempenhado pelos Textos Constitucionais em especial, como já afirmado, após a Segunda Grande Guerra, nos países de tradição continental como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal etc., tem assumido uma função diferenciada. É possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garante da liberdade estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por Constituições que, para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas por meio de princípios como normas jurídicas. ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito*. 2011. p.165.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção histórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.119-120.

<sup>34</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 131.

O novo paradigma traz à tona certo enfraquecimento do direito e da sua eficácia, que se demonstra incapaz de resolver todas as questões da sociedade. Observa-se certo esgotamento da legalidade estatal moderna, que não consegue responder de maneira eficaz e legítima às demandas e aos anseios da sociedade, pautada que está por um modelo rígido e estanque do direito. Neste sentido, para Amélia Rossi, “as transformações ocorridas no mundo hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico”. O positivismo jurídico tradicional tem se mostrado insuficiente para atender às novas demandas de uma sociedade global e complexa.<sup>35</sup>

Danillo Zollo relaciona a crise do Estado de Direito às transformações do Estado e da sociedade.

no contexto da crescente complexidade social e dos processos de globalização os problemas com os quais é preciso se confrontar podem ser unificados sob o título de “crise do Estado de Direito. A crise refere-se seja ao funcionamento das estruturas “garantistas” dos Estados Ocidentais, em particular nas versões eurocontinentais no período pós Segunda Guerra Mundial, seja em nível global, à “proteção dos direitos do homem.”<sup>36</sup>

Após a ascensão e o apogeu do Estado pautado por premissas do legalismo, e da constatação de insuficiências do juspositivismo, que tinha como característica a exaltação cientificista do Direito como um objeto axiologicamente neutro afastado de outros ramos do conhecimento e o caráter predominantemente descritivo do conhecimento jurídico, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito para restabelecer, de alguma maneira, o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.<sup>37</sup>

Em alguns países europeus, as constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, inicialmente na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), estabelecendo um compromisso com a paz, sobretudo, no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos direitos humanos.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais: introdução, constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista*. lus Gentium, v. 6, n. 4, p.222-243, 2013.

<sup>36</sup> ZOLLO, Danilo; Costa Pietro. *O Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p.70.

<sup>37</sup> CAMPUZANO, Alfonso de Julios. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica*. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p.143-166, julho/dezembro de 2012, p.144.

<sup>38</sup> CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos A. F. *O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy*. In: Revista de

Inicia-se, então, uma fase de constitucionalização<sup>39</sup> do Direito – que, no Brasil, teve como referencial a promulgação da Constituição de 1988, trazendo uma nova fase no ordenamento jurídico cuja preocupação agora girava em torno da necessidade em promover uma verdadeira substancialização do direito material, e não meramente formal como ocorria até aqui. Observa-se que a própria evolução da sociedade demonstrou a exigência de se instaurar um ordenamento capaz de acompanhar um novo caráter plural e aberto.

Vislumbra-se novo momento do Direito Constitucional - ainda que não seja possível determinar com exatidão o início e o fim exato de um ciclo - mas a partir deste período observa-se a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pela sociedade, passando a ser elemento principal desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da Constituição<sup>40</sup>. No Brasil, o movimento iniciou-se na década de 1980, tendo como referência principal a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste sentido Daniel Sarmento explica:

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição (...) O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel - o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país. A Assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões - direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata e protegeu diante do próprio poder de reforma. Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial criando

---

Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p.105-124, julho/dezembro de 2012, p.118.

<sup>39</sup> Sobre como e quanto o constitucionalismo tomou forma, Dieter Grimm explica: "Constitutionalism is a relatively recent innovation in the history of political institutions. It emerged in the last quarter of the eighteenth century from two successful revolutions against the hereditary rulers, first in the British colonies of North-America, then in France. Immediately understood as an important achievement, it appealed to many people outside the countries of origin, and attempts to introduce modern constitutions started all over Europe and soon also in other parts of the world. The nineteenth century was a period of struggle for constitutionalism in a lot of countries. But after many detours and setbacks constitutionalism had finally gained universal recognition by the end of the twentieth century. Today, only a handful of the nearly 200 states in the world is still without a constitution. GRIMM, Dieter. *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. The twilight of constitutionalism*, v. 3, p. 3-4, 2010. p.1

<sup>40</sup> CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos A. F. *O movimento pós-positivista e a "visão" neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy*. p.119

diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>41</sup>

Diferente do contexto teórico e ideológico que então vigorava, em que as constituições materializadas encontravam discursos afirmando que princípios sequer eram normas jurídicas, mas meras recomendações ao legislador, é a partir da constitucionalização do direito que o sentido material da Constituição passou a ser efetivamente possível<sup>42</sup>, na medida em que ganhou nova concepção perante o ordenamento jurídico. Segundo Grimm, “Different from traditional constitution-making, it describes not an act by which a constitution takes legal force, but a process which eventually ends up in a constitution”<sup>43</sup>.

O constitucionalismo tradicional caracterizou-se por ser eminentemente normativo. O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. (...) A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separa hermeticamente o Direito da Moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução a gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.<sup>44</sup>

Assim, “o paradigma liberal-individualista-normativista demonstra-se esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”.<sup>45</sup> Inicia-se um constitucionalismo em que não mais se preocupa somente com o caráter formal e estaque da lei, mas que busca aproximação à transformação da sociedade, que cada vez mais se torna heterogênea e plural.

---

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. p.7.

<sup>42</sup> SCHIER, SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). *Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014. p.11.

<sup>43</sup> GRIMM, Dieter. *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world*. The twilight of constitutionalism. p.3

<sup>44</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais: introdução, constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista*. *Ius Gentium*, v. 6, n. 4, p.222-243, 2013.

<sup>45</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. *Novos estudos jurídicos*, v. 8, n. 2, p.250-302, 2008. p.259.

Diferente das constituições vigentes até então – construídas com base em noções imperialistas e alheias à diversidade –, é possível delinear uma nova “forma” de constituição.

A nova geração de constituições almeja fazer justiça à diversidade, em lugar de expelir a diferença para além da comunidade de justiça. Elas tem sido revigoradas pelas demandas das mulheres, dos povos nativos e minoritários, dos imigrantes, dos pobres e dos sem propriedade, dos religiosos e sexualmente diferentes. Não apenas para a proteção legal pelos males e injustiças que compartilharam com os grupos dominantes, mas para a atenção e reparação às injustiças que surgem das diferentes identidades e circunstâncias. As constituições contemporâneas preocupam-se em acomodar a diversidade. (...) as constituições contemporâneas são instrumentos vivos que necessitam ser continuamente reinterpretados conforme as situações e demandas que surgem e se modificam.<sup>46</sup>

Neste mesmo sentido, Amélia Rossi explica a constitucionalização através da Constituição que passa permear os mais diferentes espaços para regulação, que se demonstram cada vez mais refinados diante de uma sociedade que evolui em complexidade e traz, na mesma proporção, problemas que a partir dela são decorrentes. Espaços que passam a ser preenchidos e complementados por uma Constituição capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência e operadores do direito de maneira geral. O constitucionalismo contemporâneo é capaz de transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas num grau de hierarquia diferenciado em relação às demais normas do sistema, o que até então não era comum no ordenamento jurídico.<sup>47</sup>

A partir deste momento, então, diferentes ordenamentos se valem e buscam amparo por meio de princípios acerca dos direitos fundamentais – os quais, abordados na sequência, são requisito essencial para uma nova visão acerca da efetividade do direito. Toda a normatividade que durante o Estado legalista representavam meros enunciados normativos até então desprovidos de eficácia jurisdicional, agora passa ter validade jurídica e a ser aplicadas no caso concreto.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.). *Direitos humanos e democracia*. São Paulo: Ed. Forense, 2007, p.17.

<sup>47</sup> ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?* Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 2, 2013. p.19.

<sup>48</sup> POZZOLO, Suzanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.190.

A perspectiva pós positivista e principiológica do direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos da interpretação constitucional.<sup>49</sup>

Neste mesmo sentido, sobre o papel que Constituição começa a desempenhar a Constituição, Amélia Rossi explica:

A transformação do Modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, nas suas mais variadas vertentes, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição. Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. Isso nos mostra que o constitucionalismo contemporâneo faz adesão a determinados valores políticos que passam a orientá-lo.<sup>50</sup>

Ressalta-se aqui o protagonismo que os princípios desempenham na interpretação e na aplicação do direito, dando ênfase à garantia dos direitos fundamentais, os quais contribuem na valoração das normas e por consequência nas fundamentações das decisões judiciais com normativa sistemática e aberta de regras e princípios, designada, por Schier, como filtragem constitucional.<sup>51</sup>

Observa-se um desdobramento constitucional com a imersão da Constituição dentro do ordenamento jurídico como norma suprema. Os operadores do direito não se valem da Constituição somente por meio do legislador como ocorria anteriormente, num estado legalista, mas o fazem, a partir desta mudança de paradigma, de maneira direta. Assim, esta “utilização” da constituição passa a ocorrer de maneira constante, visto que devido à relevância da matéria constitucional, dificilmente será afastada de qualquer decisão jurídica.<sup>52</sup> É dizer,

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção histórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. p.126.

<sup>50</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito*. 2011, p.155.

<sup>51</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.2.

<sup>52</sup> SANCHÍS, Luiz Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. p.130.

conforme Amélia Rossi afirma, que “uma Constituição que influi e impregna o horizonte de sentido e compreensão de todos os demais ramos do direito, melhor dizendo, da própria teoria do direito”.<sup>53</sup>

Figueroa<sup>54</sup> afirma que constitucionalização é o processo da transformação do Direito advinda da própria Constituição, que traz um novo paradigma com relação ao papel que o direito exerce frente ao Estado e à sociedade.

La constitucionalización del ordenamento jurídico no se a limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico a dado lugar al constitucionalismo. Se a denominado genericamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que a adquirido em la actualdiad) a la teoria o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.<sup>55</sup>

Comanducci faz uma análise acerca do duplo significado veiculado pelos termos *constitucionalismo e neoconstitucionalismo*<sup>56</sup>. Segundo o autor, eles designam em uma primeira acepção, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de análise do direito, sendo que o modelo jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo, caracteriza-se por uma Constituição “invasora”, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais e pela onipresença de princípios e regras.

Em uma segunda acepção, designam alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político que são descritos e explicados pelo (neo) constitucionalismo como teoria, ou que satisfazem os requisitos do (neo) constitucionalismo como ideologia. Nesta segunda acepção, constitucionalismo e neoconstitucionalismo designam um modelo constitucional, ou seja, o conjunto de mecanismos normativos e institucionais realizados em um sistema jurídico-político

---

<sup>53</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito*. 2011, p.160.

<sup>54</sup> FIGUEROA, Afonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*. p.164.

<sup>55</sup> FIGUEROA, Afonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*. p.159.

<sup>56</sup> Na presente dissertação utiliza-se o termo neoconstitucionalismo conforme Amélia Rossi o faz em sua tese de Doutorado em que diz: “Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo caracteriza-se, principalmente, por se apresentar como uma noção superadora do Estado de Direito Legislativo, que estruturou o desenvolvimento do modelo liberal de Estado de Direito, caracterizado especialmente por uma Constituição que instrumentaliza limites ao poder, estabelecendo a sua organização essencial”. ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito*. 2011, p.166

historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais de seus cidadãos.<sup>57</sup>

Figuerola aponta três aspectos que esta mudança instaurou e influenciou no direito: o aspecto material da constitucionalização do ordenamento jurídico, trazendo para si uma carga axiológica que até então não tinha, o aspecto estrutural – relacionado com a nova estrutura das normas constitucionais e também em relação aos poderes do estado, qual seja o deslocamento do poder legislativo para o judicial.<sup>58</sup>

Suzanna Pozzolo<sup>59</sup> entende haver distintas razões para se buscar a superação da metodologia positivista, mas elenca como a mais importante a noção de validade jurídica que havia anteriormente – a qual somente entendia ser válida se preenchesse requisitos formais e que portanto já não serviria para ser utilizada no novo Estado Constitucional de Direito, onde as normas são classificadas como válidas por satisfazer critérios materiais ligado então ao conteúdo dela, e não mais à forma. Neste mesmo entendimento, Ferrajoli<sup>60</sup> também afirma que a condição de existência e validade das normas é uma das primeiras transformações que se observa entre o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo.

Sanchís afirma que o neoconstitucionalismo é, portanto, resultado de duas tradições constitucionais distintas, sendo uma a tradição liberal e outra social - a primeira que aponta a Constituição como norma superior às demais normas, enquanto na segunda a Constituição não se limita apenas a impor regras mas pretende também ter viés participativo no âmbito político e social.

Assim, o neoconstitucionalismo reúne elementos de ambas as vertentes, trazendo forte conteúdo normativo e ainda uma garantia jurisdicional. Em suma tem-se uma constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas que o papel principal se vê através da figura do juiz, e não mais do legislador.<sup>61</sup>

Já para Zagrebelsky,<sup>62</sup> o direito constitucional para poder servir na prática deve encontrar uma combinação que não se trata mais de encontrar um núcleo

---

<sup>57</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.75.

<sup>58</sup> FIGUEROA, Afonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*. p.165-167.

<sup>59</sup> POZZOLO, Suzanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. p.190.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. p.15.

<sup>61</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. p.125-127.

<sup>62</sup> Sobre “ductibilidade do Direito”, ver em Zagrebelsky, *El derecho dúctil*.

específico e definido dentro do ordenamento jurídico. Assim, o Direito Constitucional passa a ser resultado de diversos fatores interligados entre si e não somente de um elemento isolado, como por exemplo a determinação de uma lei apenas.

Demonstra-se um novo paradigma político e social que a sociedade vive hoje. As sociedades marcadas pela diversidade e pelo pluralismo jurídico, depositam na Constituição o dever de dar condições ao desenvolvimento de diferentes sujeitos de direito e diferentes formas de vida onde a partir dela se legitimará cada um deles, sem que haja um único interesse predominante e exclusivo capaz de afastar os demais. Fala-se de uma soberania da Constituição e não mais do Estado. A soberania da Constituição não diz respeito a uma nova estrutura hierarquizada e rígida, como a supremacia da lei que existia até então. Frente ao pluralismo em que se vive hoje, onde não se busca uma ordem constitucional preocupada unicamente com a afirmação da soberania, já não cabe mais pensar no papel da Constituição como origem centralizada de onde todo o ordenamento deve sair, mas para onde todo o ordenamento deve convergir.<sup>63</sup> “É a consciência da diversidade e a persistência das divisões baseadas na diversidade que têm incentivado a emergência dessas constituições contemporâneas, que incluem listas detalhadas de direitos e garantias fundamentais e os mecanismos para torná-los reais”.<sup>64</sup>

Existem, pues, pluralidad de cruces subjetivos en el contexto global; el orden y el desorden conviven en un nuevo escenario marcado por una presencia hegemónica cuestionada por conflictos multifocalizados. No han desaparecido las ideologías sino los “universales”: clase, nación, sistema económico, sustituidos por una multiplicidad de interacciones históricas tendientes a construir nuevas hegemonias. En el mundo complejo del nuevo milenio, la acción humana es relevante en términos de construcción e incertidumbre. De política jurídica también. El jurista de hoy debe seguir conociendo los Códigos naturalmente, pero también debe asomarse a la experiencia de la vida. Se lo reclaman el conocimiento transdisciplinar destinado a enfrentar nuevos interrogantes: los de la bioética, la biotecnología, la biodiversidad, la globalización. Estamos constreñidos a construir intercepciones cognitivas con otros discursos del conocimiento en general y del conocimiento social en particular. Com la medicina y la biología y com la antropología, la psicología y el psicoanálisis, la sociología y la economía, los estudios culturales y la semiología.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. p.14.

<sup>64</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.). *Direitos humanos e democracia*. p.19.

<sup>65</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p.62.

A necessidade de uma renovação era tão relevante que impulsiona-se uma nova teoria do direito, cujas características mais relevantes são as seguintes, conforme Sanchís: onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos, inclusive os pouco relevantes, e coexistência de uma pluralidade de valores ainda que muitas vezes contraditórios entre si, em face da busca pela homogeneidade ideológica em torno das regras e princípios.<sup>66</sup>

Paulo Schier<sup>67</sup> explica a mudança de paradigmas por meio da substancialização do direito com viés pós-positivista:

No neoconstitucionalismo, por sua vez, tem –se a emergência não mais de um Estado de Direito mas daquilo que se designa como Estado Constitucional fundado em premissas pós positivistas. A referência do neoconstitucionalismo é a Constituição material e o Estado de Direito substancial, ou o predomínio do paradigma constitucional. As constituições deste outro contexto organizam-se, basicamente sob uma regulação mais materia preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade.

Ainda, segundo Schier,<sup>68</sup> a constitucionalização do direito só ganha verdadeiro sentido no quadro do neoconstitucionalismo, já que é nesse momento que a lei ganha parâmetros constitucionais que permitem a análise da justiça material. Entende-se, portanto, que “o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso de ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda comunidade”.<sup>69</sup>

### 1.3. A TRANSFORMAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O desenvolvimento do Direito frente ao Estado e à sociedade, devido à sua dinamicidade e à necessidade de acompanhar transformações políticas e sociais, pressupõe novas interpretações e constante renovação com relação às suas teorias. Assim, dentro das transformações apontadas até aqui, modificam-se também as

---

<sup>66</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. p.13.

<sup>67</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. p.9.

<sup>68</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. p.11.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção histórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.131.

atribuições que possuem seus elementos como o acesso à justiça - considerado por muitos o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico igualitário.

Nesse entendimento, é possível dizer que o histórico da evolução referente ao acesso à justiça no Brasil foi lento entre os séculos XVII e XVIII já que na legislação brasileira como um todo havia uma carência de dispositivos constitucionais que garantissem seu pleno exercício. O direito de acesso à justiça não teve grande destaque entre o período que compreende a fase colonial até o fim do Estado Novo, tendo em vista a preocupação maior em disciplinar a organização do Estado do que garantir direitos e garantias aos indivíduos.

Também no período Republicano, compreendido durante o século XX, as demandas feitas ao judiciário ligavam-se ao caráter “caritativo”, basicamente de um valor prestado aos pobres e menos favorecidos, quase que unicamente referente ao Direito Penal e muito pouco ao Direito Trabalhista.<sup>70</sup>

Assim, passados três séculos da colonização portuguesa no Brasil (...) não se encontrava mecanismos que possibilitavam ao indivíduo o exercício do direito de acesso à justiça. Durante o século XIX, mesmo após a proclamação da independência do Brasil, não se visualizou um grande avanço no direito de acesso à justiça. A Constituição de 1824 se mostrava fortemente centralizadora porquanto concedia ao Imperador poderes de caráter absolutista ao incumbi-lo da função de Chefe do Poder Executivo cumulado com o exercício do Poder Moderador. Dessa forma, não obstante os seus arts. 151 e 179, XII, estabelecer que o Poder Judicial era independente e que nenhuma autoridade poderia avocar causas pendentes, sustá-las ou “fazer reviver processos findos”, os incisos do art. 101 da Constituição possibilitavam ao Poder Moderador suspender magistrados (VII), perdoar ou moderar penas impostas aos réus condenados por sentença (VIII) e conceder anistia em caso de humanidade e ao bem do Estado.<sup>71</sup>

O acesso à Justiça ainda representava um ideal de proteção aos cidadãos relacionando-se ao direito de propositura de uma determinada ação ou dela se defender. Considerando que por muito tempo o simples fato de demandar o judiciário era limitado e restrito, a partir do momento em que se tornou possível o acesso, o mesmo era reduzido, invariavelmente, ao próprio direito de ação ou defesa.

---

<sup>70</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Série Monografias do CEJ, v. 15, 2013, p.206.

<sup>71</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos*. p.138.

Numa primeira acepção, a justiça estaria referida ao conjunto de instituições, procedimentos e operadores, que intervêm na dinâmica da resolução de conflitos legais dentro do aparato jurídico formal: acesso à administração da justiça e “acesso ao direito”, este último como referência exclusiva aos canais formais de resolução de conflitos.<sup>72</sup>

É somente a partir da década de 1980 que mudanças em busca da efetivação ao acesso à justiça ganham destaque no Brasil, principalmente no que tange à sua democratização e como meio de garantir direitos individuais, econômicos, sociais e coletivos. Com a Constituição Federal de 1988 possibilitou-se a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil. Até este momento eram poucos os registros teóricos sobre a evolução do acesso à justiça já que, com a instauração de regimes autoritários, prevalecia o interesse de elites combinadas com uma visão predominantemente normativa do direito e do sistema judicial como um todo.

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.<sup>73</sup>

O período após o final da Segunda Guerra Mundial e a eclosão - que ocorreu nas constituições das democracias ocidentais - dos chamados “novos direitos”,<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. p.204.

<sup>73</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. *Novos estudos jurídicos*, v. 8, n. 2, p.250-302, 2008, p.259.

<sup>74</sup> Segundo Wolkmer, O estudo de "novos" direitos relacionados às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade exige pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir sua tutela jurisdicional, seja por meio de um novo Direito Processual, seja por meio de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais.

propiciou a expansão do acesso à justiça”.<sup>75</sup>

No contexto mundial, a segunda metade do século XX foi marcada pela afirmação de regimes constitucionais e democráticos, principalmente nos países ocidentais, e também pela significativa integração das classes trabalhadoras no mercado de consumo (...). A consequência imediata foi o acréscimo de novos direitos nos documentos legislativos e a expectativa das pessoas em concretizá-los.<sup>76</sup>

Porém, tal discussão no Brasil assume maior relevância e efetividade somente após a promulgação da Constituição de 1988. Isso devido às práticas políticas e jurídicas que possibilitaram a universalização da jurisdição após sua promulgação. Até então, mesmo com a edição da Lei Federal 1.060/1950, sobre a assistência judiciária gratuita, a maior parte da população se mantinha, de certa forma, afastada da Justiça que lhes era assegurada.<sup>77</sup>

Inicialmente, portanto, tratar sobre o acesso à justiça era tratar o Direito individual e formal, de propor ou contestar eventual processo perante o Poder Judiciário. Para Cappelletti e Garth<sup>78</sup> além de predominantemente formalista, era também indiferente aos problemas reais que enfrentava o direito, cuja preocupação consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e operacionalidade em situações baseadas em meras suposições. As reformas eram realizadas com base numa teoria do procedimento mas não preocupada em olhar de fato para realidade. Os estudiosos do direito ao lado do sistema judiciário estavam afastados das preocupações reais que vinham ocorrendo com a população.

Ocorre que, conforme explica Boaventura de Souza Santos, a organização da justiça civil ou o trâmite processual não poderiam ser simplificados através de fórmulas técnicas e portanto afastadas de valores, como pretendia a teoria processualista, devendo buscar as funções sociais e interesses sociais.<sup>79</sup>

---

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013, p.124.

<sup>75</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. p.207.

<sup>76</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. p.207.

<sup>77</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos*. p.143.

<sup>78</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SA Fabris, 1988, p.4.

<sup>79</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Leya, 2013, p.167-168.

Por acesso à Justiça vinha-se entendendo, até recentemente, o acesso aos tribunais. Uma Constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todas as Constituições brasileiras enunciaram o princípio da garantia da via judiciária. Não como mera gratuidade universal no acesso aos tribunais, tão cara aos ideais românticos do individualismo liberal e que, por toda a parte, se tem, em absoluto, por utópica, mas a garantia, essa sim universal, de que a via judiciária estaria franqueada para defesa de todo e qualquer direito, tanto contra particulares, como contra poderes públicos, independentemente das capacidades econômicas de cada um. Essa concepção, embora ainda dominante, já não satisfaz. Pode parecer ilusória a garantia do acesso ao Judiciário, quando tantos os obstáculos que se antepõem ao foro, ao efetivo pleito dos direitos vulnerados.<sup>80</sup>

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover reforça o entendimento de que o acesso à justiça precisa, necessariamente, ir além do acesso ao poder Judiciário já que acesso à Justiça significa “acesso à um processo justo, o acesso ao devido processo legal, àquele conjunto de garantias tão importantes que fez com que Mauro Cappelletti dissesse constituir o mais importante dos direitos, na medida em que dele depende a viabilização dos demais direitos”.<sup>81</sup>

A partir daí é possível analisar duas formas distintas de entender o acesso à justiça - por meio do ponto de vista formal ou material. No que tange ao acesso formal, há acesso à justiça a partir do momento que não se configuram limites para instauração de terminada demanda judicial. Hoje, não restam dúvidas de que este entendimento que entende o acesso somente no sentido formal encontra-se superado pela teoria do direito, tendo em vista que a mera demanda ao poder judiciário nem sempre converge com o ideal de resultados justos.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para

---

<sup>80</sup> NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. Revista CEJ, v. 1, n. 3, p.61-69, 1997.

<sup>81</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processo coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2008, p.229.

sua proteção (1). Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.<sup>82</sup>

Hoje, com uma contínua mudança de paradigmas que vem sofrendo o direito, “o sistema deve ser igualmente acessível a todos e também deve estar preocupado em produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.<sup>83</sup> Conforme ensina Marinoni,<sup>84</sup> ninguém é obrigado a se contentar com um procedimento que não se comprometa à tutela jurisdicional efetiva, pois o direito que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico não diz respeito à mera possibilidade de acesso ao procedimento. Dessa forma, o direito à tutela jurisdicional não pode ser reduzido ao direito de igual acesso ao procedimento, ou ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça.

Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Se o dever do legislador editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.4.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.8.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. 2004. p.12 Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. 2004. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>.

Neste mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève afirma: “Não basta haver judiciário, é necessário haver judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial, é necessário haver decisão judicial justa (...)”.<sup>86</sup>

Muito além do acesso formal – sem o qual sequer é possível falar sobre efetivação de direitos, torna-se relevante a discussão e o estudo acerca do acesso à justiça material do Direito. Assim, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um contexto político e social que tinha por objetivo superar as injustiças cometidas no período que a antecedeu, notadamente durante a ditadura militar que vigorou no Brasil a partir de 1964. Iniciava-se um novo momento político e jurídico no país, em que se consagrava a democracia, retomando o Estado de Direito, bem como a afirmação de uma série de princípios fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana, no pluralismo jurídico, na cidadania e nos valores sociais do trabalho.<sup>87</sup>

A partir deste novo cenário formado após a Constituição de 1988, o cidadão tem direito constitucional ao acesso à justiça o que pressupõe que deva ter também meios para promovê-lo. “No atual estágio democrático, há consenso sobre a necessidade de se implementar integralmente o direito de acesso, mas na prática, de algum modo, ainda existem discriminações, resistências e limites”.<sup>88</sup>

Do que adianta então ter um direito material a ser protegido se não há meios que possam garantir a tutela desse direito? Além da garantia de um direito com respaldo no ordenamento jurídico, deve-se, principalmente, permitir que este seja, de alguma forma, satisfeito. Além da busca por um judiciário de “portas abertas” aos cidadãos, buscam-se também meios eficazes para a obtenção do provimento judicial. Assim, é necessário que haja um processo estruturado e que possa vir a atender aos aspectos éticos da atividade judiciária. As garantias formais, portanto, não são um fim em si mesmas e precisam ser combinadas com um resultado materialmente justo.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. Revista Inf. Legisl., Brasília, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993, p.305.

<sup>87</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do Direito no contexto da Constituição de 1988*. p.49 e 50.

<sup>88</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. p.200.

<sup>89</sup> FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do `devido processo`*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coords.). *Visões críticas do Processo Civil*

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo équo, correto, justo.<sup>90</sup>

No entendimento de Dinamarco é, além de princípio “a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante (...) mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios”.<sup>91</sup>

O constituinte então, pretendeu resguardar os direitos fundamentais do cidadão bem como repersonalizar o Direito, colocando a pessoa como centro do ordenamento. Neste sentido, o acesso à justiça não se reduz às demandas aos órgãos jurisdicionais, mas vai além das instituições estatais para garantir integralmente o acesso à ordem jurídica justa. Trata-se de uma verdadeira mudança de método de pensamento para privilegiar o destinatário das normas do sistema judicial, ou seja, os seres humanos e não unicamente o Estado, conforme ocorria.<sup>92</sup>

O artigo 5.º da Constituição traz em seu bojo uma série de direitos considerados fundamentais relativos à pessoa, que servem como base axiológica para toda a hermenêutica do sistema jurídico, trazendo reflexos nas mais diversas áreas do Direito. Dentre os direitos elencados no referido artigo, encontra-se a previsão da garantia do acesso à justiça para a consolidação do Estado Democrático de Direito, em contraposição à ordem militar haurida de direitos civis que vigorava até então. Desde logo, entende-se o direito ao acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos, uma vez que se trata de uma garantia ao exercício dos

---

*brasileiro: uma homenagem ao prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.20.

<sup>90</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.* São Paulo: Malheiros, 2003, p.71.

<sup>91</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p.372.

<sup>92</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.* p.201.

demais direitos, sendo entendido como essencial à plenitude dos direitos fundamentais dos indivíduos”.<sup>93</sup>

Assim, várias foram as transformações que teve que o acesso à justiça até alcançar o status de direito fundamental. Os aspectos trazidos até então na presente dissertação apontam para uma nova perspectiva que vem tomando o Direito, que não mais se encontra atrelado ao formalismo jurídico e cada vez mais preocupa-se com a materialização dos preceitos constitucionais. Assim, antes de falar sobre essa nova perspectiva, é preciso discorrer sobre a fundamentalidade do acesso à justiça para entender também a insuficiência da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1. CONCEITO, DIMENSÕES E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o novo paradigma do Estado Democrático de Direito “jurídico” passou a fazer parte do núcleo essencial do Estado, o que, desde logo, pressupõe a natureza fundamental do direito de acesso à Justiça, que “implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada”.<sup>94</sup> Assim, para que seja possível adentrar no estudo acerca dos direitos fundamentais vale ressaltar seus conceitos e outras características que o fundamentam como tal. Jorge Reis Novais o faz nos seguintes termos:

(...) ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação de poderes públicos (...) significa, por outro lado, já no plano das relações entre os poderes públicos, que os bens, posições ou situações tuteladas pelos direitos fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente, à justiça constitucional. Portanto, os direitos fundamentais garantem

---

<sup>93</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como o mais básico dos Direitos Humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos*. p. 131.

<sup>94</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.838

juridicamente o acesso individual a bens que, pela sua importância para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem-estar das pessoas, a constituição entendeu merecedores de proteção máxima, forte e estável.<sup>95</sup>

Conforme será visto adiante, ressalta-se que, para ser configurado um direito como fundamental, é preciso atentar-se principalmente ao conteúdo que está vinculado. Nesse sentido, os direitos fundamentais mantêm estreita relação com o princípio da dignidade humana – e que alguns doutrinadores classificam como núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>96</sup> Assim, o poder constituinte bem como os intérpretes constitucionais se vêem vinculados a determinar quais direitos têm tamanha relevância e que, portanto, seja importante contar com a proteção efetiva no âmbito jurídico. Dessa forma, para caracterizar um direito como fundamental é necessário verificar se esse direito, de fato, se reveste substancialmente de fundamentalidade.

Destaca-se também, acerca dos direitos fundamentais, a função social que possuem. Para serem elevados à condição de “fundamentais”, devem demonstrar importância para a sociedade como um todo e não apenas no âmbito individual de cada um. Ultrapassam uma vertente predominantemente individualista, em que as liberdades individuais que, até pouco tempo, eram tidas como as únicas merecedoras de destaque e agora são acompanhadas de outras posições jurídicas ou direitos que estão no mesmo nível de reconhecimento.

Peter Häberle, ao discorrer acerca das funções dos direitos fundamentais, refere-se à função social como um elemento essencial, principalmente por promover certa oposição a uma visão personalista e individualista dos direitos fundamentais e

---

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.251.

<sup>96</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, Schier entende que “a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência da fundamentalidade dos direitos constitucionais. Aliás, ela mesma há de ser compreendida em conexão com os demais princípios fundamentais, afastando, assim, por exemplo, algumas ideias liberalizantes que certa concepção de dignidade da pessoa humana tem afirmado, inclusive com grande força; em nossa doutrina. (...) o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo colocado como a última “ideologia” ou salvação de nossa sociedade. Esse não é o papel da Constituição, dos princípios fundamentais e nem dos direitos fundamentais. Pelo contrário, certamente fadado ao insucesso, este tipo de missão atribuída à Constituição apenas corrobora para a corrosão de sua força normativa. SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, v. 4, 2005, p.18.

por propagar a imposição de limites às liberdades individuais, visando à satisfação dos interesses da coletividade e do bem comum.<sup>97</sup>

Traçando um paralelo entre o constitucionalismo ocorrido nos últimos anos, entende-se que “os direitos fundamentais são, para as Constituições modernas, o guia normativo de vinculação de toda atividade estatal, seja executiva, legislativa ou judiciária”.<sup>98</sup> Conforme vimos até aqui, o constitucionalismo e o desenvolvimento da democracia impulsionam e contribuem para a evolução e os estudos acerca do acesso à justiça como direito fundamental. Para tanto, é preciso entender a teoria da evolução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico bem como sua relação com o atual Estado de Direito. Assim como a mudança de paradigma que sofreu o direito ao longo do tempo, também os direitos fundamentais passaram por transformações.<sup>99</sup>

Bruno Lorenzetto explica a evolução dos direitos fundamentais apontando, inicialmente, a compreensão de que “a Constituição era um documento normativo que deveria ser levado sério” no que diz respeito à sua força normativa.

A alternativa encontrada foi a da transformação dos fundamentos do Estado de Direito. Não bastando a adoção formal de uma Carta de Direitos, os discursos nela estabelecidos precisavam ser transformados em realidade. Por isso, propugnava-se a inclusão dos cidadãos nos processos políticos decisórios do Estado, para além do momento pontuais da escolha eleitoral, seu direito a um conjunto de bens materiais elementares para uma vida digna e, no mesmo sentido, seu acesso à justiça em uma dimensão objetiva.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.11.

<sup>98</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOTINDA, Thierry Chozem Zamboni. Direitos fundamentais e controle judicial. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 19, n. 1, p.99-127, 2014. p.118

<sup>99</sup> Sobre a chamada “evolução dos direitos fundamentais” será adotada no presente trabalho a ideia de dimensões a eles atribuídas para que não se tenha a impressão de que uma fase substitui a fase anterior, ou seja, de que os direitos fundamentais de gerações novas são mais relevantes do que as gerações passadas. Ainda, aos subdividir os direitos fundamentais em “classes” corre-se o risco de não visualizá-los cumulativamente. Parte da doutrina separa os os direitos de primeira geração como sendo direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”. Os de segunda geração são direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo; já os de terceira geração metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade.

<sup>100</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo Democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.217.

Os direitos fundamentais são indispensáveis no âmbito do Estado Constitucional, no que tange à própria legitimação do poder estatal. Hoje, é impossível falar em Estado de Direito sem a contrapartida da garantia dos direitos fundamentais – visto que estes somente poderão atingir sua plena eficácia com o reconhecimento do Estado de Direito. Há também um liame que une os direitos fundamentais com os preceitos da democracia, na medida em que aqueles têm a função de garantia à limitação do poder e instrumento de exercício das liberdades. Ainda, se pensarmos num Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, os direitos fundamentais são requisito para que se configure justiça material, da igualdade, ou seja, do Estado social de Direito.<sup>101</sup>

Neste sentido Lênio Streck, sobre a impossibilidade de entender o Estado Democrático de Direito sem os direitos fundamentais, diz:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais e sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>102</sup>

Desta forma, colocando os direitos fundamentais como elemento indissociável do Estado na medida em que se concebe o *Estado Democrático*, importa saber como o ordenamento jurídico garante sua aplicabilidade. A discussão sobre os direitos fundamentais e sua tutela judicial efetiva, toma relevância na medida em que o direito fundamental à tutela judicial se verifica como meio para a realização de outros direitos, quando não reconhecidos ou insatisfeitos.

Assim, conforme exposto anteriormente, o acesso efetivo à justiça é a garantia do exercício dos demais direitos fundamentais e/ou subjetivos constantes em todo o ordenamento jurídico.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> CUNHA, Rosane Gay. *O direito fundamental do acesso à justiça*. Direito e Democracia – Revista de Ciências Jurídicas – Ulbra, v. 2, n. 1, 2001. p.151

<sup>102</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. p. 261.

<sup>103</sup> CUNHA, Rosane Gay. *O direito fundamental do acesso à justiça*. p.150.

(...) o acesso aos tribunais é um direito fundamental baseado no fato de que o pedido de justiça é inalienável, que a ninguém pode ser negado, sendo um dos valores fundamentais de qualquer ordenamento jurídico. É um direito que se mostra relevante, na medida em que se afirma como meio para a realização de outros direitos não reconhecidos ou insatisfeitos. O acesso à justiça é, pois, garantia do exercício dos demais direitos fundamentais e/ou subjetivos constantes do ordenamento jurídico.<sup>104</sup>

O acesso à justiça está presente na Constituição de 1988 a partir do artigo 1.º, inciso III, acerca da dignidade da pessoa humana; sendo que em seu art. 5.º, inciso XXXV, prevê que ninguém excluirá da apreciação do poder judiciário ameaça ou lesão ao direito bem como o direito de petição em defesa dos direitos (inciso XXXIV). Logo, por meio do acesso ao Judiciário, a Constituição pretendia proteger e dar efetividade a essa nova gama de direitos – direitos fundamentais em âmbito nacional, direitos humanos em âmbito internacional – que seriam responsáveis pela transição a um Estado Democrático de Direito no sentido de que a pessoa e a sua dignidade passavam a representar o foco do ordenamento jurídico.

O direito ao acesso à justiça é essencial para se concretizar os demais direitos – direito à educação, saúde, moradia. Sobre tal importância Juliana Pondé entende que “o direito de acesso ao Judiciário é uma espécie de direito-base que garante a proteção e efetivação de diversos direitos. Sem ele, todos esses direitos não passam de declarações solenes. Resolver problemas de acesso deve ser uma prioridade”.<sup>105</sup>

Pode-se dizer com isso, que o acesso à justiça representa, na teoria, o direito fundamental que em tese garantiria a efetivação de todos os demais direitos trazidos pela carta constitucional. Hoje, no entanto, ele é reconhecido como um direito fundamental, não apenas no que tange à possibilidade do exercício dos direitos preconizados na ordem jurídica mas, também, a exigência de que os conflitos sejam solucionados de forma justa, dentro de um tempo razoável.<sup>106</sup>

Isso porque a conciliação entre a Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais depende da interpretação por meio da qual se mostra a necessidade

---

<sup>104</sup> CUNHA, Rosane Gay. O direito fundamental do acesso à justiça. p.151.

<sup>105</sup> FONSECA, Juliana Pondé: *Acesso à Justiça*. In: Clèmerson Merlin Clève (org.). *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2. p.549-589, 2014, p.550.

<sup>106</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Arbitragem e acesso à justiça*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p.253-267, jan. 2006.

Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104/13758>>. Acesso em: 02 ago. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15104>.

em garantir a concretização dos direitos inerentes à realização da dignidade da pessoa humana.<sup>107</sup>

Com a mudança de paradigma advinda com a Constituição a partir de 1988, começam a surgir leis esparsas que visavam criar ferramentas de implementação e efetivação do acesso à justiça, bem como conscientizar a população sobre seus direitos e garantias. É a partir dela que, gradativamente, se passa a interpretar e mesmo editar as demais leis que formam o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo a este uma unidade sistemática, conforme explica Luiz Edson Fachin,

a Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional – mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional. Daí a importância em preservar a Constituição, colocando-a a serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, numa sociedade que busca tornar-se, realmente, fraterna e sem preconceitos.<sup>108</sup>

Ainda, a partir da constitucionalização do Direito, além da busca pela efetivação do acesso à justiça, modificou-se também a materialidade dos direitos que até então eram exigidos pela sociedade.

Para exemplificar, aponta-se para a criação das Câmaras de Conciliação Prévia no âmbito do Direito do Trabalho, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o apoio a métodos alternativos como a Arbitragem e a Mediação, entre outras ações que pretendem facilitar o acesso ao provimento jurisdicional e a tutela dos direitos fundamentais garantidos.

As sociedades pluralistas e democráticas navegam por vias que rompem com o formalismo e o tradicionalismo impregnado na legislação e no direito estatal e avançam por espaços anteriormente discriminados no meio social. Há também o surgimento de novas arenas de conflito, que vão muito além dos conflitos tradicionais entre capital e trabalho ou no conflito do direito de

---

<sup>107</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 140, 2005.

<sup>108</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.6-7.

família. A nova concepção de acesso à justiça passa pelas novas formas de construção da cidadania não restrita a percepção estatal, para dar atenção ao aperfeiçoamento e sintonização das formas de acesso com a realidade social. São soluções construídas ao longo do tempo, potencializadas nos últimos anos, que apresentam arestas de difícil composição (...).<sup>109</sup>

Assim, discorrer sobre o acesso à justiça não se trata apenas da presença da garantia na Constituição ou da existência de leis infraconstitucionais que a operacionalizem, tendo em vista que tal aspecto no Brasil apresenta diversas particularidades que tornam a questão ainda mais complexa.<sup>110</sup>

Observa-se, portanto, que a transformação advinda por meio do constitucionalismo brasileiro interfere na materialização do direito como um todo, principalmente como consequência de uma concepção que, como se viu, há pouco tempo possuía estrutura fechada e rígida, e que passou a ter caráter mais fluído e aberto de acordo com a constitucionalização do direito como um todo.

Não há, portanto, no âmbito do Direito, espaço para os preceitos do positivismo no âmbito jurídico mas sim de um momento de abertura da Constituição para dentro, para sua própria sociedade.<sup>111</sup> O novo constitucionalismo exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito.<sup>112</sup> A normatividade constitucional passa a ser inquestionável em face da concretização de direitos e deveres, bem como a aplicação de princípios no caso concreto. A filtragem constitucional<sup>113</sup> contribuiu para um caráter aberto do direito constitucional como um todo.

A certeza do direito é adquirida muito mais por meio da interpretação, da correção, ou com eventual remoção, por meio do controle de constitucionalidade, da lei, essencialmente por obra da jurisprudência, não

---

<sup>109</sup> BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. p.219.

<sup>110</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Acesso à justiça*. p.552

<sup>111</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013. p.36.

<sup>112</sup> STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. p.258.

<sup>113</sup> A noção de filtragem constitucional traz, ao contrário, a ideia de realização da normatividade e imperatividade do Direito através da perspectiva dos valores constitucionais. Pressupõe a dignidade normativa não só do Direito infraconstitucional, mas, principalmente, do Direito Constitucional. Tende, portanto, a afirmar a capacidade de o Direito intervir e transformar a realidade social, até porque os valores constitucionais não expressam somente um compromisso com a reflexão das presentes condições da organização social e dos fatores reais de poder, mas, no Estado moderno, também expressam valores a serem alcançados. Sobre filtragem constitucional, ver em: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.55-56.

somente constitucional, mas também ordinária. Quem pretende ainda hoje fazer reviver a certeza legislativa do direito, aquela que no paradigma revolucionário se voltava contra o “arbítrio” dos juízes, não compreende que o que mudou foi o próprio paradigma, e que a única via a ser percorrida no sentido construtivo é a via do diálogo entre legislação e jurisdição.<sup>114</sup>

Na visão de Daniel Sarmento a filtragem constitucional “é um processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais”.<sup>115</sup>

Assim, ao Direito Constitucional como um todo são atribuídos novos valores. O princípio fundamental do acesso à justiça também ganha novas características diante do presente momento. O caráter aberto e dúctil da Constituição provoca uma mudança substancial não apenas no conceito de *acesso* mas principalmente dos meios que efetivam o direito no caso concreto. É dizer que o conceito evolui, acompanha as mudanças do ordenamento a fim de traduzir a real necessidade de justiça. Percebe-se então tamanha importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo.

## 2.2. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Logo, o processo no Estado Constitucional não poderia ficar alheio à esta nova leitura, pois, como dito, o processo representa o instrumento de efetivação dos direitos materiais, de modo que seria ilógico um processo que pretendesse garantir a aplicação dos direitos fundamentais, mas que não fosse ele próprio permeado por estes direitos. Como defende Marinoni, “Deixar de relacionar o processo com os fins da jurisdição somente teria cabimento caso fosse ele visto em uma dimensão interna e não externa, ou melhor, caso o processo fosse compreendido isento dos seus fins e independentemente dos objetivos da jurisdição”.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiências históricas*. p.188.

<sup>115</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.113-146, 2009.

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: RT, 2015. p.486.

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. (...) O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. (...) O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.<sup>117</sup>

Seguindo-se nesta linha, ao se entender o processo como possuidor de uma dimensão externa, “de atuação dos fins do Estado”, é possível observar seu desenvolvimento de modo a permitir e “propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes”, em prol de um processo que se legitime como justo e que por conseguinte legitime de igual maneira o exercício do poder jurisdicional. Como bem nota Maria Carolina Silveira Beraldo, “sob os influxos de uma preocupação axiológica, os sistemas processuais passaram paulatinamente a incorporar posições valorativas que deram ensejo ao instrumentalismo e à publicização do processo”.<sup>118</sup>

Nesse viés, o novo Código de Processo Civil traz a disposição do artigo 6.º, o qual define que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Da mesma forma, o artigo 10 prevê que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ambas disposições se dirigem a garantir um procedimento com a efetiva participação das partes, o que encontra respaldo na ideia do devido processo legal. Se a ideia do legislador era criar mecanismos de legitimação do processo e da decisão que dele decorre, dentro de uma óptica democrática e, especialmente, constitucional, a

---

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil, p. 13, 2005, p.65.

<sup>118</sup> BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no processo civil*. Revista de Processo. Ano 36, vol. 198, ago./2011. São Paulo: RT, 2011, p.457.

garantia da participação das partes no convencimento do juiz se mostra como elemento essencial. Nesta linha se manifesta Cândido Dinamarco, ao afirmar que

a participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões inesperadas.<sup>119</sup>

Da lição de Dinamarco, extrai-se uma proximidade entre a ideia da cooperação como decorrente do princípio do contraditório, que seria interpretado de forma extensiva e que teria uma dimensão mais ampla de contraditoriedade, como defende Leonardo Cunha Carneiro. Para este autor, “Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito”.<sup>120</sup>

O princípio do contraditório, por sua vez, decorre do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal, os quais preveem que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e assegura o exercício do contraditório e da ampla defesa. Este conceito de devido processo legal ou *due process of law*, que tem suas origens na Inglaterra do século XIII do Rei João Sem Terra, engloba a existência de um procedimento legítimo e previamente definido, além da garantia do contraditório e da ampla defesa. Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que a citada disposição constitucional institui o direito fundamental ao processo justo no Direito brasileiro. Em suas palavras,

<sup>119</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p.285.

<sup>120</sup> CARNEIRO, Leonardo Cunha. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em 29/04/2015.

o direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes.<sup>121</sup>

Logo, o Estado constitucional contemporâneo, que se compromete com os direitos fundamentais do cidadão em todas as suas esferas, e que portanto se classifica como um Estado *sub lege*, não mais somente no aspecto da administração pública mas em toda a sua extensão como ente e aparato normativo deve necessariamente contar com um processo justo e que não somente leve em consideração, mas que tenha como bases fundantes, os direitos humanos elevados à categoria de fundamentais pela Constituição Federal.

Como explicita Aharon Barak, ainda que se defenda uma aplicação puramente vertical dos direitos fundamentais,<sup>122</sup> o Poder Judiciário é uma das dimensões do Estado, e, portanto, estaria vinculado a esses direitos, não podendo promover um processo ou proferir uma decisão que fosse contrária a eles.<sup>123</sup>

### 2.3. CARACTERÍSTICAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição Federal no Título II, Capítulo 1.º, entre os artigos 5.º e 17. Contudo, o rol não exclui outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados, além de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, conforme será visto adiante.

Assim, a Constituição de 1988 preocupou-se com a universalização do direito ao acesso à justiça, assegurando sua condição de direito fundamental. Neste sentido, algumas características relevantes acerca dos direitos fundamentais merecem ser explanadas.

---

<sup>121</sup> MARINONI. *Novo curso de processo civil*. p.489.

<sup>122</sup> A aplicação vertical se dirige somente ao Estado nas suas relações com os particulares. Discussão existe no campo do Direito privado, relativamente à possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicação em relações interprivadas). Nesse sentido, ver: FACHIN. *Teoria crítica do Direito Civil*; TEPEDINO e BARAK, *Human Rights in Private Law*.

<sup>123</sup> BARAK, Aharon. *Constitutional human rights and private law*. In: Friedman, D. *Human Rights in Private Law*. Yale Law School Portland: Hart Publishing, 2001, p.25.

Inicialmente cumpre dizer que os direitos fundamentais podem o ser em sentido formal ou material. O aspecto formal liga-se, inicialmente, à posição que determinado direito tem na disposição da Constituição, ou seja, se está incluído no rol de direitos fundamentais. No que tange ao aspecto material, fala-se acerca do conteúdo de determinada norma que não necessariamente se encontra positivado, ganhando importância o seu conteúdo em si.

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.<sup>124</sup>

Entende-se, portanto que o critério material dos direitos fundamentais está estritamente relacionado à caracterização que recebe determinado direito humano de ser reconhecido ou assegurado – esteja ele expresso ou não – na Constituição, consistindo em bens ou valores dotados de tamanha relevância e essencialidade a ponto de ter a proteção jurídica e normatividade reforçadas, especialmente no que diz respeito à exclusão do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos.

No que se refere à fundamentalidade formal dos direitos, Canotilho<sup>125</sup> entende que está ligada à superioridade das normas consagradoras de direitos fundamentais frente às demais normas.

Esta primeira categoria está ligada ao direito constitucional positivo e ocupa lugar de destaque na ordem jurídica. São normas constitucionais submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional. (...) Os direitos formais estão sujeitos ainda aos limites materiais de reforma que seriam as cláusulas pétreas, instrumentos de maior proteção no que concerne a possibilidade de mudança do seu conteúdo pelo poder reformador. Como tais normas contam com a supremacia no ordenamento jurídico e devido à sua importância para o indivíduo e a coletividade, recebem do poder constituinte um tratamento diferenciado. (...) já direito materialmente fundamental vem a ser aquele que é parte integrante da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura

---

<sup>124</sup> SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.93.

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de Direito Constitucional e teoria da constituição*. p.505

básica do Estado e da sociedade e que podem ou não estar na Constituição sob a designação de direitos fundamentais.<sup>126</sup>

De acordo com Jorge Miranda, qualquer direito fundamental em sentido formal necessariamente o é no sentido material, mas, existem direitos materiais para além dos formais.<sup>127</sup>

Partindo do exposto acerca do aspecto material dos direitos fundamentais, é possível entender os direitos fundamentais “fora do catálogo” constitucional – justamente por dar enfoque no conteúdo que determinado direito possui, sendo pouco relevante posição em que se encontra na Constituição Federal mas ressaltando o teor que abarcam. Sob esta ótica é preciso trazer ao presente estudo considerações acerca da fundamentalidade dos direitos a partir da cláusula de abertura constitucional, que prevê a possibilidade de assegurar fundamentais direitos não expressamente<sup>128</sup> assegurados pelo texto da Constituição.

A doutrina nacional e estrangeira estabelece os direitos fundamentais como direitos juridico-positivamente vigentes em uma ordem constitucional. Tal entendimento, contudo, deve ser objeto de uma análise ampliada, sob pena de não retratar corretamente o sentido e o alcance conferido pela Constituição a esses direitos. Apesar de haver um entendimento que os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma ordem constitucional, a Constituição não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, é o que se verifica na norma contida no art 5.º, § 2.º, da Constituição.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, 2006. p.131-132.

<sup>127</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p.9.

<sup>128</sup> Schier, sobre os direitos fundamentais fora do catálogo, explica que também podem ser decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário e que portanto foram recepcionados pela Constituição Federal. “Logo da leitura do art. 5.º, § 2.º, da Constituição da República, é certo que passamos a ter direitos fundamentais no catálogo (tanto expressos quanto implícitos) e direitos fundamentais fora do catálogo (também expressos e implícitos). Dentre esses, ou seja, dentre os fora do catálogo, ainda seria possível subdividir duas categorias de direitos fundamentais: os decorrentes do regime jurídico adotado pela Constituição, mas plasmados na própria constituição formal, e os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e, assim, não integrantes, ao menos diretamente, do documento constitucional formal (embora por ele recepcionados)”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, v. 4, 2005, p.15.

<sup>129</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. p.127-128.

Sobre a cláusula aberta Schier entende que “mais que qualquer aspecto formal, a Lei Fundamental possibilita a substancialização do conceito de direitos fundamentais, passando a aderir, claramente, a um conjunto de valores materiais plasmados, certamente, em princípios democraticamente positivados pelo constituinte”.<sup>130</sup> Assim, o entendimento acerca da classificação dos direitos fundamentais deve ser interpretado de maneira ampla para que não sejam reduzidos somente no que diz respeito aos elencados no rol trazido pela Constituição.

A cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais figura nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1891 que em seu artigo 78 previa que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Este artigo é o que se pode avaliar como o embrião da cláusula aberta dos direitos fundamentais no direito pátrio, mas era uma consideração dos direitos civis da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 como garantias mínimas. (...) Apenas a Constituição de 1988 traz em sua cláusula de abertura decorrentes de tratados internacionais, nenhuma outra Constituição brasileira previu a abertura a direitos decorrentes de normas de Direito Internacional, sendo esta uma particularidade do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição.<sup>131</sup>

Ao falar sobre direitos fundamentais é preciso ter em mente as peculiaridades perante o ordenamento como um todo. Ressalta-se que estes não só possuem supremacia constitucional e aplicabilidade imediata, mas também possuem natureza para impedir ou dificultar qualquer alteração que porventura possa sofrer. A existência de direitos fundamentais tem uma razão de ser, principalmente no que se refere à segurança jurídica contra qualquer arbitrariedade. Como todos os outros direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça é elevado à condição de cláusula pétrea, como meio de impedir qualquer prejuízo aos elementos essenciais da Constituição - protegendo os direitos fundamentais das reformas levadas a efeito pelo Poder Constituinte derivado

Outro fato que importa destacar acerca dos direitos fundamentais refere-se às perspectivas objetivas e subjetivas que possuem, em que de um lado “identifica-se direito subjetivo próprio que pode ser utilizado por seu titular, e por outro, em seu

---

<sup>130</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. p.15

<sup>131</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. p.129.

aspecto objetivo, ressaltam-se múltiplas funções que os direitos fundamentais exercem na ordem jurídica”.<sup>132</sup> Segundo Ingo Sarlet, esta constitui “sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo”.<sup>133</sup>

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.<sup>134</sup>

Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Jorge Reis Novais entende que os direitos fundamentais “constituem um sistema de ordem objetiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a atuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito”.<sup>135</sup>

Ingo Sarlet demonstra a relação que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Segundo o autor “neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de direitos fundamentais”.<sup>136</sup>

Outra implicação da dimensão objetiva reside no fato de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não apenas sob um espectro individualista, ou seja, com base no ponto de vista pessoal e sua posição diante o Estado, mas também sob a visão da própria sociedade, já que diz respeito a valores que, de fato, ela deve concretizar. A partir daí chegou-se à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente

---

<sup>132</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. p. 217.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva, rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.141.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreria. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, p.131-142, 2004, p.132.

<sup>135</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*.p.57-58.

<sup>136</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*, p.146.

vinculada aos direitos subjetivos individuais, visto estar condicionado ao seu reconhecimento pela comunidade como um todo.

Não é possível, portanto, dissociar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, da perspectiva subjetiva.<sup>137</sup> Assim, a partir deste ponto – qual seja, do interesse individual e coletivo dos direitos fundamentais - é se que torna possível discorrer acerca de suas restrições, tendo em vista a compreensão do caráter não absoluto dos princípios e na impossibilidade de prever antecipadamente sua aplicação em situações concretas.<sup>138</sup>

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também, que de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais (...) de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual e transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva) no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.<sup>139</sup>

Sobre a perspectiva subjetiva, esta envolve “a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)”.<sup>140</sup> Sarlet aponta que está atrelado ao direito de cada um, individualmente, em face da parte contrária.

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário. Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de

---

<sup>137</sup> SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*, p.145-146.

<sup>138</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. p.219.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*. p.146.

<sup>140</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista Crítica Jurídica, n. 22, 2003. p.2

Vieira de Andrade, está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de decisão individual” (...).<sup>141</sup>

Contudo, embora os direitos fundamentais requeiram a maior carga de eficácia possível, o ordenamento jurídico não prevê, e nem seria possível, o caráter absoluto dos direitos fundamentais, sendo não raras as vezes em que – por se depararem com outros direitos fundamentais, por exemplo – irão sofrer certa relativização. O direito de acesso à justiça, assim como qualquer outro direito fundamental, não é irrestrito, garantido de forma ilimitada, podendo assim, sofrer restrições. Pode sofrer limitações por exemplo, em razão de outro direito ou liberdade constitucionalmente protegido, ou quando exercido em desacordo com os fins do processo civil ou quando conflitante com o direito da parte que lhe é adversa.

(...) deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.<sup>142</sup>

As restrições aos direitos fundamentais, e neste caso ao acesso à justiça, ocorrem, pois “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.<sup>143</sup> Nesse sentido Ana Lucia Pretto Pereira explica:

Os direitos fundamentais, na Constituição brasileira de 1988, condensam valores de especial relevância para a sociedade brasileira. Trata-se de valores diversos que, densificados juridicamente, possuem idêntica importância em abstrato, razão pela qual não se fala em hierarquia entre normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Todas possuem igual valor normativo perante o ordenamento jurídico pátrio.<sup>144</sup>

Conforme mencionado anteriormente, não se fala em direitos ou princípios absolutos no ordenamento jurídico como um todo e, justamente por não serem

---

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*. p.152.

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004. p.42

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.329.

<sup>144</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política de jurisdição constitucional brasileira*. Tese – Universidade Federal do Paraná. p.103.

absolutos, é que ocorrem colisões acarretando em eventuais restrições ou limitações.

A colisão de direitos fundamentais pode ser observada tanto do ponto de vista objetivo dos direitos fundamentais tanto quanto do ponto de vista subjetivo, qual seja o de cada um invocar para si, determinada proteção (e no caso concreto, abstenção) por parte de outrem. Assim, esta colisão advém da complexidade e do pluralismo das sociedades modernas onde coexistem valores e interesse diversos e que, não raro, entrem em choque. Dessa forma, os direitos fundamentais por serem expressos sob a forma de princípios, sujeitam-se à concorrência com outros princípios de mesma carga valorativa – sendo aplicáveis na medida do possível tendo em vista circunstâncias fáticas e jurídicas que os cercam.<sup>145</sup>

O que acontece na prática é justamente uma realização relativa do que é garantido *prima facie* e definitivamente<sup>146</sup> já que o dever de otimização dos princípios, no que tange aos direitos fundamentais, consiste na sua realização na maior medida possível<sup>147</sup>. Se se está a falar de princípios que são de certa forma limitados pela existência de outros princípios, necessariamente está-se a falar acerca de uma restrição de direitos fundamentais.

Junto à restrição de direitos é necessária a compreensão do conceito de suporte fático no âmbito dos dispositivos constitucionais. Ao contrario do que é estudado em outros ramos do direito, o suporte fático aqui não é completo apenas com o preenchimento da norma para então alcançar sua efetivação. O suporte fático restrito, que à teoria interna de restrição dos direitos, entende que o “processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”.<sup>148</sup> Já o suporte fático amplo, este sim, define a existência de um direito, e separadamente, restrições a ele. Importa ressaltar que o primeiro (suporte fático restrito) tem como enfoque principal o direito estruturado por meio de regras, e o segundo por meio de princípios. Assim, diante a discussão que pretende levantar ao invocar o direito ao esquecimento, importa dar atenção ao suporte fático amplo.

---

<sup>145</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* p.352-353.

<sup>146</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, 2006, p.26.

<sup>147</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política de jurisdição constitucional brasileira*. Tese – Universidade Federal do Paraná. p.104

<sup>148</sup> DA SILVA. Virgilio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p.37.

Necessário discorrer também acerca do chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais – o qual pode ser abordado por meio da teoria relativa ou absoluta. A teoria absoluta entende que há um limite rígido dos direitos fundamentais, que independente da situação, deve o núcleo essencial ser protegido.

Na teoria absoluta, o panorama não é muito diferente, na medida em que verificasse que a construção dogmática da garantia do conteúdo essencial realiza-se com base em uma proteção singularizada. Com efeito, na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro, absolutamente resistente à ação limitadora do legislador, ainda precisando se proteger outro direito ou bem constitucional. A proteção unicamente do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, com o que, ainda que indiretamente, o direito poderia ser lesionado sem a “necessidade” de ter sido diretamente afetado o seu núcleo.<sup>149</sup>

Há entendimento de que o núcleo inatingível do conteúdo essencial seria a dignidade da pessoa humana, conforme José Carlos Vieira de Andrade explica.

A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa Constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) exige que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia de homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias (a que se refere o art. 18), tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.<sup>150</sup>

Contrariamente, Sarlet entende que “não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”.<sup>151</sup> Para o autor, não é possível discorrer acerca de um conteúdo essencial específico de cada direito. Neste ponto reside a diferença principal em face da teoria relativa do conteúdo essencial, a qual entende que este pode e deve variar dependendo da situação fática em que se encontra, como, por exemplo determinada colisão que possa vir a sofrer.

---

<sup>149</sup> LOPES, Ana Maria d’Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa, v. 164, p.7-15, 2004, p.14.

<sup>150</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.236.

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.185.

Assim, a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais afasta-se da ideia de um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis *a priori*. Aquilo que é essencial dependerá necessariamente das condições fáticas a que o direito será exposto.<sup>152</sup> É possível dizer que a “garantia do conteúdo essencial não alude, na verdade, ao conteúdo, mas a um juízo de razoabilidade”.<sup>153</sup>

Adentrando no conceito da teoria relativa, observa-se estreita ligação com as restrições aos direitos fundamentais, já que “a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra de proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos”.<sup>154</sup> Para Virgílio Afonso da Silva, conteúdo essencial e proporcionalidade se relacionam à medida que restrições a direitos fundamentais que enfrentam a proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Alexy define a restrição dos direitos fundamentais ao dizer:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. (...). Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental.<sup>155</sup>

Novais afirma que na restrição de direitos fundamentais reside a dificuldade em perceber como podem posições jurídicas de nível constitucional serem de certa forma lesadas ou diminuídas por poderes subordinados à constituição, e como pode ocorrer quando a própria constituição veda essa possibilidade.<sup>156</sup> O autor conclui que as restrições aos direitos fundamentais sempre serão fundamentadas em princípios.

Materialmente falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. (...) as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam. A

---

<sup>152</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p.42.

<sup>153</sup> LOPES, Ana Maria d'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. p.14.

<sup>154</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p.43.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.281.

<sup>156</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Consituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.49.

solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos.<sup>157</sup>

No que tange à restringibilidade dos direitos fundamentais, Alexy entende que quanto mais restrições sofre um direito, mais ele fica resistente perante o ordenamento. Sobre seu caráter relativo e restrição, o autor assim explica:

Se os interesses da coletividade têm, a partir da perspectiva do direito constitucional, um peso maior que o da proteção da configuração privada, então esses interesses suplantam necessariamente essa proteção. Se eles tiverem um peso maior a partir de alguma outra perspectiva, não podem suplantar a proteção, que, em virtude da Constituição, é obrigatória, e não importa, aqui, se se pressupõe uma teoria absoluta ou teoria relativa. Disso decorre que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que não existem razões mais importantes. Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida correta. No entanto, ela está correta justamente na medida em que se apoia na teoria relativa. (...) quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente. (...) Há condições sobre as quais é possível afirmar que nenhum princípio colidente prevalecerá.<sup>158</sup>

Dessa forma, a partir de um viés constitucional, não parece possível defender que determinado direito fundamental não seja passível de relativização.<sup>159</sup> Nesse mesmo sentido Magdalena Armas entende que a ponderação permite reconhecer justamente um equilíbrio de interesses bem como uma conexão existente entre eles dentro do sistema constitucional como um todo – em que não se pode definir a supremacia de um em detrimento dos demais.

Los contenidos esenciales de los bienes jurídicos particulares no son inconexos. Estos se determinan reciprocamente. En el contencional de los DF se refleja la totalidad del sistema de valores jurídico-constitucional. Esta interpretación que permite reconocer que el equilibrio de intereses, opera a través de la ponderación de bienes jurídicos, no se verifica de manera que reconozcan a bienes jurídico heterogéneos una primacia (...). La constelación de valores aclara, a su vez, ese equilibrio de intereses ya que los bienes jurídico-constitucionales se interrelacionan.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.142.

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*. p.300 -301.

<sup>159</sup> ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*. p.301.

<sup>160</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*. Comares: Granada, 1996, p. 130

Assim, a interpretação constitucional se viu na obrigação de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução pautada pela racionalidade e controlabilidade. A técnica a ser desenvolvida deverá ter uma estrutura diversa, com capacidade de operar em todas as direções considerando os múltiplos elementos em jogo na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, qual seja a ponderação<sup>161</sup>. A ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.<sup>162</sup>

Sanchís chama de ponderação aquilo que Alexy define como sopesamento ao afirmar “ponderar és pues, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”;<sup>163</sup> trata-se, portanto, da melhor escolha quando no caso concreto em que há possibilidades diferentes de solução mediante argumentações para o mesmo problema.

Susanna Pozzolo, ao falar sobre ponderação, explica que o Estado Constitucional formado predominantemente por princípios, não poderia ser submetida à metodologia da subsunção do fato à norma, típica do modelo juspositivista. Segundo a autora a técnica da ponderação traz o equilíbrio entre princípios e demais valores que devem ser analisados em cada caso concreto dando ao intérprete a responsabilidade de escolher a aplicação da norma no caso concreto, adotando a solução mais compatível com a realidade ao optar por um ou outro valor de igual relevância.<sup>164</sup>

A verdadeira ponderação, segundo Jorge Reis Novais, é aquela que se revela determinante, que seja intersubjetivamente reconhecível como sendo sustentada na Constituição, observando os princípios da igualdade, da proteção da confiança e, sobretudo, da proibição do excesso por parte do legislador e/ou do juiz.<sup>165</sup> Apesar de crítico da ponderação alexyana, Novais delimita muito bem o que seria a ponderação, recorrendo à imagem de uma balança, que teria o objetivo de pesar os bens, os princípios, valores ou direitos que se colocam num ou no outro

---

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p.358.

<sup>162</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.34.

<sup>163</sup> SANCHIS. Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. p.137.

<sup>164</sup> POZZOLO, Suzanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. p.193.

<sup>165</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*. p.85.

prato, e dar prevalência a um ou a outro consoante o maior e menor peso revelados.<sup>166</sup>

É íntima, portanto, a relação que possui o princípio do devido processo legal com o caráter substantivo do Direito. O processo<sup>167</sup> passou a ter conteúdo garantista, com intuito de limitar a ação estatal garantindo um processo não só legal, mas também justo e adequado.<sup>168</sup> Dessa forma, “não se compreende o Direito Processual como um simples compêndio de regras acessórias para a aplicação do direito material, mas como um instrumento público e indispensável para a realização da justiça”.<sup>169</sup>

Assim, através dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais do processo consolidam, ao mesmo tempo, a garantia da via judicial e a imposição jurídico-constitucional ao legislador para regular o procedimento judicial<sup>170</sup>. Essa forma de proteção jurídica tem implicação direta e imediata na atividade de interpretação e aplicação das regras processuais, substanciando a função do processo e, por consequência, dando maior garantia jurídica de efetividade do acesso à Justiça.

Para Canotilho, “o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça”,<sup>171</sup> no campo jurídico-processual como no campo normativo-legislativo, de modo que a legislação deve ser produzida de maneira justa visando atingir um processo justo de acordo com a ordem constitucional vigente, cabendo às Cortes Constitucionais o dever de rever aquelas leis que não estiverem de acordo com a Constituição e seus princípios, dentre eles o devido processo legal, que, dentre outras coisas, impede o Legislativo de criar leis que disponham

---

<sup>166</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*. p.126.

<sup>167</sup> O artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos elenca o direito processual como requisito essencial a fim de garantir a concretização dos direitos fundamentais. Assim, trazer expressamente o devido processo legal ao texto constitucional, com todas as características que o consagram como direito fundamental, faz com que o processo seja relevante ao tema de efetividade à prestação jurisdicional.

<sup>168</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>169</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINNOVER, Ada Peregrinni. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

<sup>170</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ed., Coimbra: Almedina, 2003, p.275.

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.494.

arbitrariamente dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade ou de qualquer outro Direito Fundamental.

#### 2.4. A INSUFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Morosidade, funcionarização, confusão jurisprudencial,<sup>172</sup> tribunais sobrecarregados e inefetividade dos provimentos jurisdicionais são características que sempre estão relacionadas à estrutura judiciária no Brasil, e que confirmam sinais da condição crítica em que se vive hoje. “O Poder Judiciário, na verdade, há muito perdeu a credibilidade perante a sociedade – se é que um dia já a deteve. Em tempos de enaltecimento do acesso à justiça, boa parte das pessoas – ao menos a grande maioria dos não juristas – tem os tribunais como motivo de chacota”.<sup>173</sup>

Segundo Clèmerson Clève, “o acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional”.<sup>174</sup> Para Rodolfo Mancuso “sair da justiça” é mais problemático do que acioná-la como porta de entrada para se garantir a tutela adequada.

(...) o problema do acesso à Justiça não é uma questão de "entrada", pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de "saída", pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas "portas de emergência", representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida. Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem

---

<sup>172</sup> Sobre a “confusão jurisprudencial” Juliana Pondé explica: “O enorme fluxo de processos nos tribunais superiores também tem o perverso efeito de confundir e promover jurisprudência contraditória, o que leva à retroalimentação, pois a existência de pronunciamentos divergentes gera a possibilidade de novos recursos a esses tribunais. São comuns decisões diametralmente opostas numa mesma corte, o que faz com que os advogados possam selecionar os precedentes mais favoráveis às partes a seu bel-prazer.”

<sup>173</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. 2011. 170f. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p.5.

<sup>174</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. p.305.

copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de "descesso" (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na *entrada*, mas, também, mais racional e *humano* na *saída*.<sup>175</sup>

Qual é, então, a crise que paira sobre o judiciário? Para Juliana Pondé Fonseca, a crise do Judiciário não pode ser definida. "A doutrina não sabe apontar exatamente o que leva ao problema, e a relação de causalidade resta prejudicada. Causa e efeito se confundem, em questões circulares: o Judiciário é moroso porque está em crise ou está em crise porque é moroso? Cappelletti e Garth apontam a morosidade da justiça como um dos obstáculos a serem transpostos:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 69, parágrafo 19 que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável.<sup>176</sup>

Contudo, apontou-se para um possível diagnóstico justificando a crise do judiciário a partir do momento em que o Estado liberal do século XIX, não interventivo, teria sido substituído<sup>177</sup> pelo Estado Social, com muitas tarefas a cumprir.<sup>178</sup> Assim, com o significativo aumento dos deveres do Estado perante a população teria resultado num colapso do Judiciário, incapaz de prover tantas

---

<sup>175</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.36.

<sup>176</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.6.

<sup>177</sup> O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

BARROSO, Luís Roberto et al. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Teresina, v. 6, 2001, p.8. Ainda como expõe Bobbio, "a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da onipotência do legislador". BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.38.

<sup>178</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.7.

prestações esperadas.

(...) a grande causa do fenômeno seria o advento do Estado Social, que proporcionou o aumento das funções estatais e conseqüentemente, das demandas da população. O problema mereceu a tomada de diversas medidas voltadas à sua solução, as quais serão examinadas a seguir. Adianta-se que elas não obtiveram sucesso, pois os sinais mencionados não cessaram de existir. Examinados dentro da visão “crítica”, os métodos utilizados para a resolução foram ineficazes, sem esquecer que a própria visão pode ser questionada. (...) Se a origem da crise está no advento do Estado Social, ela está presente já há algum tempo, no mundo todo e no Brasil. O próprio Poder Judiciário brasileiro classifica sua situação como crítica desde a década de 1970.<sup>179</sup>

Assim, segundo este entendimento, poderíamos compreender que a “constitucionalização do direito” conforme trazido, multiplicou as possibilidades de ação e de intervenção do Judiciário na sociedade<sup>180</sup>. Com essa mudança de estrutura, o sistema judiciário não foi capaz de atender às necessidades do novo modelo estatal.

O Judiciário não foi fisicamente ou filosoficamente capaz de atender às necessidades desse novo modelo estatal, muito mais atuante. O número de juizes não era suficiente, os procedimentos eram muito apegados ao formalismo e demasiadamente inflexíveis para se adaptarem à nova realidade e para lidar rapidamente e eficientemente com as novas demandas da sociedade. Essa explicação, que pode ser questionada (e será), ao menos não confunde os efeitos ou sintomas da crise e as suas causas.<sup>181</sup>

Ocorre que atribuir a causa para a “crise” do judiciário – que existe muito antes do advento da Constituição de 1988 – ao Estado Social não parece ser acertado. “Se fosse assim, o colapso do terceiro poder poderia ser verificado em

---

<sup>179</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.8.

<sup>180</sup> Para Fonseca, além da perspectiva econômica, que ressalta o início da intervenção estatal na economia, aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades) se uniram os direitos sociais, ou de segunda geração. Essa segunda espécie de direitos foi plasmada nos textos de constituições de vários países e o Estado passou a ter a tarefa de promovê-los. De simples protetor das liberdades passou a ser responsável pela concretização desses direitos sociais, o que exigia uma postura mais ativa. FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.8.

<sup>181</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.8.

todos os países que adotam políticas típicas do Estado Social. Isso não ocorreu”.<sup>182</sup>

Primeiro, porque seria impossível detectar um único fator para a crise. “Basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária em função do contexto institucional, econômico, social, cultural em que ela é chamada a trabalhar para perceber quão ilusória é a esperança de quem aposta em todas as fichas num só número”.<sup>183</sup>

Segundo, porque ao estudar sobre o acesso à efetividade da justiça não se pode cair no risco de entender que a constitucionalização do direito é causa para se ter um judiciário supersaturado (quanto mais direitos são garantidos, mais ineficaz seria o Judiciário?). A ideia é buscar por um sistema judiciário que traga resultado efetivo aos cidadãos, e não que seja reduzido à busca incessante de desafogar a estrutura judiciária. Pensar que um “excesso de direitos” que atualmente são devidos aos indivíduos é o que faz o Judiciário ineficaz definitivamente não é o caminho que se pretende percorrer. Muito pelo contrário, a preocupação reside justamente em como se pode garantir a todos uma prestação jurisdicional efetiva e eficiente.

O diagnóstico da crise é apontado, portanto, sem causa e sem culpados. Não é possível explicar uma única e real tentativa de solução tendo em vista ser desconhecida a própria origem do problema. No entanto, diante desse cenário, é possível ao menos observar que são inúmeros os obstáculos e limitações ao acesso à justiça resultando na sua não concretização, sem esgotar a pretensão de identificar ou solucionar exaustivamente o que realmente faz do judiciário ineficaz.

O problema do acesso à justiça tem sido muito discutido. Ninguém desconhece a existência de sérios obstáculos impeditivos do referido acesso. Ninguém desconhece também que muitas medidas tem sido sugeridas para a ultrapassagem desses obstáculos. De certo modo a Constituição se preocupou com essa questão. Trata-se agora de tornar

---

<sup>182</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.8.

<sup>183</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Revista de Processo. 2004, p.141-150, p. 157. Ainda sobre a impossibilidade de apontar ao Judiciário uma única solução para a “crise”: Como é natural, varia a fórmula de acordo com as preferências do propagandista. Um se mostra convicto de que o caminho único é o reforço da oralidade no processo; causa-lhe arrepios a ideia de que algo, seja o que for, se faça por escrito. Outro enxerga o inimigo capital no emprego do procedimento originário, a ser expulso da posição de eminência que se lhe atribui. Um terceiro preconiza a universalização do regime dos Juizados Especiais. Não falta quem veja a saída do impasse na opção radical pelos meios alternativos de composição de litígios que teriam a virtude quase milagrosa de desafogar o aparelho judicial. Já aludi aos militantes da campanha pela redução de prazos e recursos. Abstenho-me, por desnecessário, de prosseguir na exemplificação.

efetivas as normas constitucionais que dispõe a respeito.<sup>184</sup>

Muito se estuda sobre fatores que de alguma forma impedem o acesso à justiça no Brasil: a morosidade da decisão judicial; alto custo da prestação jurisdicional; infundáveis números de processos, a falta de estrutura, a escassez de funcionários, de defensores públicos, de promotores, de juizes, etc. corroborados pela desinformação e pelo desconhecimento dos próprios direitos por parte dos cidadãos. Sobre esses obstáculos, “não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro”.<sup>185</sup> Sem a pretensão de esgotar todos os obstáculos sobre o porquê o acesso à justiça não se concretiza, busca-se, neste tópico, demonstrar de maneira geral que o judiciário, hoje, é ineficiente para a necessidade da sociedade.

Inumeras foram as tentativas para resolver a crise do judiciário: reformas legislativas, alterações nos regimentos dos tribunais, reformas na organização do poder (como a criação do Superior Tribunal de Justiça, numa tentativa de desafogar o Supremo Tribunal Federal). Mesmo assim, os processos continuam demorando e muitas prestações jurisdicionais permanecem ineficazes.<sup>186</sup>

Trazendo a crise com dados reais, desde a criação do Conselho Nacional de Justiça, este, todos os anos, publica o relatório chamado “Justiça em Números”, fonte de dados estatísticos comparando abrangendo o território nacional. Contudo, os dados por ele apresentados são bastante limitados. São abordadas e computadas somente as informações que podem ser obtidas automaticamente, como por exemplo o número de magistrados, o número de processos baixados, quantidade de servidores, novos processos, de computadores, despesas dos tribunais e etc.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. p.305.

<sup>185</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.11.

<sup>186</sup> Conforme Juliana Pondé Fonseca explica, as tentativas de solução estão separadas em quatro grupos: a) restrições ao cabimento de recursos; b) modificações no procedimento; c) alterações dos órgãos do Judiciário e de sua competência; e d) valorização da jurisprudência como fonte do Direito. FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.8.

<sup>187</sup> Sobre o “tempo médio de tramitação dos processos” o próprio CNJ afirma no relatório: Antes de iniciarmos as análises que seguem, é importante ter em mente as limitações metodológicas ainda existentes. Neste relatório trataremos da média como medida estatística para representar o tempo. Apesar de extremamente útil, ela é limitada, pois resume em uma única métrica os resultados de informações que sabemos ser extremamente heterogêneas. Para adequada análise de tempo, seria necessário estudar curvas de sobrevivência, agrupando os processos semelhantes, segundo as

Segundo dados do CNJ, o volume de processos na Justiça brasileira é gigante. Em 2015 foram cerca de 74 milhões de processos em trâmite. O “estoque de processos” aumentou em 1,9 milhão em relação ao ano anterior, o que traz conclusões prévias sobre a urgência de se priorizar o julgamento dos processos antigos. Segundo o próprio relatório, “o tema é sensível, pois revela estatísticas assombrosas, como a espera do jurisdicionado por um desfecho processual por quase nove anos, em média”.<sup>188</sup>

Apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário é crescente desde o ano de 2009. O crescimento acumulado desde então foi de 19,4%, o que significa 9,6 milhões de processos a mais em relação à 2009. Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.<sup>189</sup>

Sequer a proporção de magistrados condiz com a constante defesa doutrinária de um maior acesso aos Tribunais, tampouco com o propagado “combate” à morosidade judicial. Isso faz com que esses discursos sejam desatentos à realidade e infactíveis, evidenciando que um olhar para a gestão administrativa da instituição judiciária é imprescindível para que as releituras e reformas do processo conjuguem corretamente a equação entre finalidades e limitações.<sup>190</sup>

Mais que isso, falar em gestão do Poder Judiciário é se colocar em frente a uma realidade multifacetária. Por um lado, suscita-se a gestão institucional do Poder Judiciário, passando por dados como o critério de seleção e a preparação de seus agentes. Por outro, refere-se às possibilidades de gestão da atividade fim; do próprio exercício da jurisdição.<sup>191</sup>

Para os fins aqui objetivados, não serão abordados os métodos alternativos

---

classes e os assuntos. Tais dados ainda não estão disponíveis, e são complexos para serem obtidos, mas o CNJ, por meio do Selo Justiça em Números, está trabalhando no aperfeiçoamento do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, e planeja obter as informações necessárias para produção de estudos mais aprofundados sobre o tempo de tramitação processual. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016, p.42.

<sup>188</sup> Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016, p.383.

<sup>189</sup> Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016, p.42.

<sup>190</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*, Dissertação Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2013, p.31.

<sup>191</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*, p.32.

de resolução de conflito. É fundamental o papel que possuem hoje. A via judicial, sem sombra de dúvidas não é (e nem deve ser) a única solução para qualquer interesse resistido. Cappelletti e Garth ressaltam a relevância dos métodos alternativos<sup>192</sup> ao assinalar que “existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento”. E indica o uso de técnicas como o juízo arbitral e a conciliação como formas “mais simples” ou com “juízes mais informais”.<sup>193</sup>

Vive-se hoje um judiciário lento, oneroso, imprevisível. A falha do programa no combate à crise judiciária é nítida, pois sua estrutura não tem qualquer preocupação com o aspecto qualitativo da decisão e com o cumprimento de suas finalidades. Desta forma, deixa-se de lado um elemento indispensável à real “efetividade”, além de se impor ao magistrado a obrigatoriedade de decidir um número incerto de processos em um lapso temporal curto, impedindo-o de atuar reflexiva e interpretativamente na construção da sentença.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> É papel do Estado auxiliar na resolução de conflitos da sociedade. Não sendo possível para ele garantir o acesso à justiça jurisdicionalizada, poderá então promover através de formas alternativas. Assim, são indispensáveis os equivalentes jurisdicionais na busca por solução rápida e menos conflituosa de grande parte dos problemas que tradicionalmente seriam buscados por meio do conflito jurídico. Assim, não sendo apenas o Estado a única fonte de solução de conflitos, há possibilidade de se fazer uso, para dar solução às divergências, de métodos alternativos de resolução.

<sup>193</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.4.

<sup>194</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*. p.31.

## PARTE II – ACESSO À JUSTIÇA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3. ACESSO À JUSTIÇA CONTEXTUALIZADO E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: DA PRÁTICA BIPOLAR AO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

#### 3.1. COLETIVIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA. DA LÓGICA BIPOLAR AO PROCESSO COLETIVO

A partir de Cappelletti e Garth, o “acesso à justiça” ganha novo enfoque e relevância com o passar do tempo e junto com as mudanças na sociedade evolui e se torna cada vez mais complexo. Os autores, ao analisarem a experiência em diferentes países com culturas, sistemas e perspectivas distintas perceberam que o conteúdo normativo do acesso à justiça, hoje, não se confunde com o que foi vigente no contexto liberal-burguês – o qual se limitava à prerrogativa do indivíduo de levar seu direito ao Judiciário que versavam sobre direitos individuais perante o Estado. A ideia era traçar espaços individuais em cujo âmbito seria, a princípio, proibido à autoridade pública atuar. O foco era sem dúvida a proteção de direitos patrimoniais em que aparentemente não prescrevia como necessária a atuação do Estado, mas pautava-se justamente no seu dever de “não agir”.

Mesmo recentemente, com raras exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário: “Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso à disponibilidade de recursos para litigar, não eram sequer percebidos como problemas”: O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era freqüentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.<sup>195</sup>

Ocorre que, com toda a mudança que se observou até aqui, o processo que emerge com base no formalismo e individualismo inerente do estado burguês passa

---

<sup>195</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. p.4.

a não condizer com os problemas que desencadeiam ao longo do tempo. Assim, o modelo processual bipolarizado, se mostra, inúmeras vezes, insuficiente inclusive no âmbito individual. Sobre a estrutura bipolar dos processos, Mariela Puga explica da seguinte forma:

El caso bipolar se presenta como la típica disputa entre dos partes o polos enfrentados, que compiten frente al juez. Este último actúa como un árbitro que solucionará la desavenencia entre intereses particulares por medio de la aplicación de reglas de derecho sustantivo, y sin que esa solución pretenda regular o imponerse sobre otros que no participan en la disputa así definida. Las desavenencias remiten a hechos judicialmente reconocidos como discretos (en el sentido temporal, espacial y personal) de los cuales las partes reclaman diferentes títulos o posiciones jurídicas, desde posiciones adversariales.<sup>196</sup>

Segundo a autora ainda, o processo com tal estrutura sofre muita influência das próprias partes que estão litigando tendo em vista serem elas responsáveis e únicas interessadas pelo desdobramento e continuidade do processo como um todo. Observa-se assim, uma “tradición judicial civilista y continental, que inspiran un modelo ideal de la función judicial: el modelo del juez-árbitro que pone fin a los conflictos aplicando las normas substantivas”.<sup>197</sup>

(...) son las partes quienes definen el conflicto o la litis judicial a partir de la representación de sus intereses particulares en cada una de sus demandas. Son también las partes quienes conservan el poder de avanzar el proceso – y así desarrollar los extremos de la litis bajo las reglas de la prueba y el debate. Y, finalmente, son las partes las destinatarias de las prescripciones regulativas que surjan de la sentencia. Lo que resta para la función jurisdiccional es sentar el escenario y las reglas que permitan ejercer esos roles, para finalmente cerrar la litis dando una respuesta final y pública al conflicto, bajo la forma de una respuesta que arbitra entre los relatos enfrentados.<sup>198</sup>

Ocorre que a configuração de que os litígios são formados de maneira triangular, onde em cada vértice temos autor, réu e objeto a ser disputado, apesar

---

<sup>196</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. Tese Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p.19.

<sup>197</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. p.20.

<sup>198</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. p.19-20.

de muito utilizada pela doutrina processual clássica, conforme exposto, não engloba problemas policêntricos e complexos atualmente existentes, e que merecem atenção.

Todavia, para quem ainda tenha dúvida em admitir que essa seja a ratio da estrutura processual clássica, basta lembrar a noção de lide carneluttiana, ou de relação jurídica processual, ou mesmo de ação. Em todos esses conceitos –que serviram de base à criação de muitos dos institutos processuais hoje utilizados – vê-se nítida a influência da ideia de que o processo deve flutuar entre dois extremos, cabendo normalmente ao juiz escolher um desses dois como o vitorioso e o outro como o perdedor.<sup>199</sup>

Arenhart explica que o direito processual no Brasil “foi, todo ele, concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da ‘lide’, em que se vê uma pretensão de um sujeito objeto de resistência ou de insatisfação por outro sujeito (ou grupo de sujeitos)”<sup>200</sup>

Com efeito, discussões a respeito de créditos ou sobre a propriedade, ainda que, no plano social, possam envolver uma concorrência de vários interesses, diversas posições e incontáveis nuances, são transformadas pelo processo civil em uma relação bilateral, em que um autor (ou conjunto de autores) formula um pedido e um réu (ou conjunto de réus) se recusa a atendê-lo. Mesmo as diversas intervenções de terceiros admitidas acabam por converter esses “terceiros” em integrantes de um desses polos ou, quando menos, simplificada e implicitamente, são eles assimilados a um desses extremos.<sup>201</sup>

Diversos aspectos processuais se fundamentam na lógica processual bipolar. A noção da “causa de pedir”, bem como o conceito de “coisa julgada material” têm na sua essência a marca dessa visão dualizada do processo civil. Assim, o processo civil ganha aos poucos, necessária releitura dos direitos substanciais e da atuação estatal, já que a própria ação jurisdicional passou a ser concebida de maneira mais ampla, não se limitando à mera declaração judicial.

Vale dizer que, no processo tradicional, o juiz realmente está adstrito a “acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, na exata dimensão do que afirma o art. 459, do CPC brasileiro. A tarefa judicial, portanto, se limita a uma escolha entre duas posições jurídicas: aquela representada pelo autor e aquela outra, dada pelo réu. Ainda que o

---

<sup>199</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In: Revista de Processo, 2013, p.389-410, p.2.

<sup>200</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.2.

<sup>201</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.4

magistrado perceba que nenhuma dessas duas posições oferece a melhor solução para o problema examinado, não pode ele desviar de uma das “propostas” oferecidas pelas partes, nem impor condições ao acolhimento de uma das posições antagônicas postas no processo (art. 460, parágrafo único, do CPC brasileiro).<sup>202</sup>

Nesta esteira, inclusive a visão do operador do direito se amplia, compreendendo que há interesses cuja titularidade não pode ser individualmente expressa, interesses esses pertencentes a grupos ou a uma coletividade, e a sua salvaguarda não seria possível através de meios de proteção de um único sujeito, mas de satisfação de anseios metaindividuais. Owen Fiss, sobre o papel que ganha a atuação do juiz neste novo paradigma explica:

The dispute resolution model envisions a passive role for the judge. He or she is to stand as umpire or observer between the two disputants, relying on their initiatives for the presentation of the facts and the law, and the articulation of the possible remedies. The judge's task is simply to declare which one is right. The appropriateness of such a passive pose is called into question by many factors, not the least of which is inequalities in the distribution of resources, both wealth and talent. These inequalities give the judge every reason to assume a more active role in the litigation, to make certain that he or she is fully informed and that a just result will be reached, not one determined by the distribution of resources in the natural lottery or in the market. These concerns are present in structural litigation and indeed may intensify when the organization has a clientele that predominantly comes from the lower economic classes, such as a prison or a welfare agency. But structure litigation introduces other, quite distinct reasons for abandoning a purely passive judicial posture. They stem from the special character of the parties, which makes exclusive reliance on their initiatives ever more untenable.<sup>203</sup>

Assim, por diversos motivos, observa-se que, conforme posição de Hesse e Ingo Wolfgang Sarlet, seria possível concluir que o direito fundamental de acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito assegura status jurídico constitucional tanto para o indivíduo quanto para a coletividade<sup>204</sup>. O processo bem como a prestação de tutela jurisdicional também precisam ser aprimorados. Em contrapartida ao processo individual e bipolarizado, o processo coletivo demanda novo *paradigma* para compreender e enfrentar os problemas com os quais se depara o sistema judiciário, conforme será abordado a seguir.

---

<sup>202</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.*, p.3.

<sup>203</sup> FISS, Owen. *The Law as it could be.* New York: New York University Press, 2003, p.20-21.

<sup>204</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p.230.

Neste sentido Rodolfo Mancuso destaca aspectos referentes à coletivização do direito, no qual o autor dá ênfase às ações coletivas. Aqui, a preocupação com o “coletivo” relaciona-se com um dos três<sup>205</sup> marcos na transformação do acesso à justiça definidos por Capelletti e Garth, na medida em que se observa a incapacidade de o processo civil tradicional, de caráter individualista, servir para proteger estes interesses difusos. O processo, que até então era visto como campo de disputa entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles ligada exclusivamente aos seus direitos individuais.

A expressão acesso à justiça não se manteve unívoca ao longo do tempo, mas foi sofrendo alterações semânticas, mormente desde o último quarto do século passado até essa parte, o que bem se compreende, já que tal vernáculo é aderente a uma certa realidade sociopolítico-econômico-cultural (e não apenas a um dado contexto judiciário) por modo que o sentido de tal acesso foi sofrendo alterações em sua extensão-compreensão, em função de múltiplos fatores, inclusive no crescimento populacional, as novas tendências socioculturais, as alterações nos valores e nos interesses predominantes ao interior da coletividade, num certo espaço tempo. Dito de outro modo, a questão hoje transcende o tradicional discurso do acesso ao judiciário, para alcançar um patamar mais alto e mais amplo, qual seja o direito fundamental de todos, num Estado de Direito, a que lhes sejam disponibilizados canais adequados e eficientes de recepção e resolução dos conflitos (...).<sup>206</sup>

É possível entender que os conflitos individuais passaram a dar espaço também aos conflitos coletivos, já que a questão judiciária no Brasil é multifacetada e polimórfica, e não mais se resumem, como para Giuseppe Chiovenda, “em uma simples demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu)”.<sup>207</sup> A noção bipolarizada que se costuma ter do processo já não é suficiente para todos os conflitos presentes na sociedade.

---

<sup>205</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra *Acesso à justiça*, indispensável para estudos acerca do tema, apresentaram possíveis soluções ao óbice do acesso à justiça, as quais denominam de “ondas renovatórias”, que podem ser assim elencadas: a) assistência judiciária para os pobres; b) representação dos interesses coletivos e difusos; e c) um novo enfoque de acesso à justiça amplo, efetivo, justo e adequado. No que se refere ao “segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema de representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”. Por fim, a terceira onda renovatória engloba aquilo que Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominaram de um novo enfoque de acesso à justiça, centrado no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, reconhecendo a necessidade de adequar o processo à nova conflituosidade.

<sup>206</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.*, p.37.

<sup>207</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p.5.

Importa ressaltar que o estudo das demandas coletivas traz alguns pontos relevantes para a solução dos problemas do Judiciário, e um dos benefícios que se destacam o que o tornam essencial é a tentativa de solucionar o acúmulo de demandas, sendo este um ponto que desde sempre preocupa o Poder Judiciário (muito se fala em “desafogar” o judiciário). Não se busca aqui justificar a coletivização como “evolução” do processo com a ideia de que os processos bipolarizados seriam ineficientes e que a coletivização seria um próximo passo para entender o sistema judiciário. Mas de fato, tal fenômeno ganha destaque justamente por trazer uma nova perspectiva aos problemas que pairam no sistema como um todo, além de, claro, novas formas de solucionar diversos impasses com que há muito tempo se deparam os cidadãos diante da ineficácia da justiça.

A sociedade técnica e de massa altera o perfil dos conflitos de interesses. Os conflitos individuais cedem, cada vez mais, espaço para os conflitos coletivos. A Constituição, atenta a esse problema, instituiu entre os direitos fundamentais, o mandado de segurança coletivo (art 5º, LXX). Admitiu ainda, que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Determinou também, que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Ampliou, depois, a legitimação ativa do Ministério Público para propositura da ação civil pública que, agora se presta a proteger além do patrimônio público, do social e o meio ambiental, igualmente outros interesses difusos e coletivos. Previu, ademais, a defesa do consumidor. Por outro lado, textos legislativos esparsos igualmente dispõem sobre mecanismos processuais que ultrapassam os limites da concepção liberal.<sup>208</sup>

Como se vê, o direito brasileiro prevê meios para adequar a tutela coletiva de interesses, mecanismos estes de grande importância não apenas pelo fato de contribuírem para o amplo acesso ao Judiciário, bem como por permitirem decisões judiciais únicas sobre todo um universo coletivo, podendo trazer vantagens como celeridade e economia processual.<sup>209</sup> Não há dúvida, portanto, de que as demandas coletivas têm destaque no âmbito do judiciário nacional. Ainda que possam ser apontados alguns pontos que buscam diminuir a eficácia, o cabimento ou a utilização das ações coletivas, são bastante utilizadas, na atualidade, as ações que questionam interesses que afetam toda a coletividade.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. p.307.

<sup>209</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. p.306.

<sup>210</sup> Ainda, para Sergio Arenhart, as demandas coletivas assumem o papel de instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos

Adotar uma coletivização de demandas traz melhoria ao sistema jurídico: tanto pela proteção dos sujeitos que eventualmente não teriam condições de ingressar isoladamente no Judiciário ou seriam desencorajados a fazê-lo a partir da ponderação entre benefícios e custos potenciais do processo; quanto pelo reconhecimento de que o acesso à justiça é uma via de mão-dupla, devendo servir também ao réu e lhe assegurar a estabilidade e a proteção inerentes a um sistema.<sup>211</sup>

Ocorre que, conforme demonstra Arenhart, a tutela coletiva no Brasil em muito se assemelha ao processo bipolar, individual – em que o autor demanda uma proteção de interesse de terceiros. Assim, tratar de processos coletivos não traz nenhuma novidade à coletividade, permitindo que esta expresse seu interesse. Seguindo os moldes do processo individual, autoriza-se um representante da coletividade com intuito de exercer o direito de defesa. O autor demonstra que, os instrumentos processuais, as técnicas e o procedimento são idênticos para tutela de interesses coletivos e individuais. Neste ponto, destaca-se, inclusive, que a representação daquele que é legitimado a tomar a frente da coletividade é fictícia. Por exemplo, no que tange ao agente do Ministério Público legitimado a representar tutela de quaisquer interesse difuso ou coletivo e que, sequer é obrigado a consultar membros da coletividade (e nem estes tem oportunidade de se manifestar previamente).<sup>212</sup>

Owen Fiss também critica a da representatividade do coletivo ao questionar o porta-voz daquele que está legitimado para representar o grupo em determinado processo.

Once we acknowledge that the victim can be a group, it also becomes clear that, in this case, the spokesperson need not – indeed cannot – be the victim. A group needs people to speak on its behalf. An individual member of the victim group can be a spokesperson but there is no reason why individual membership should be required or for that matter even preferred. An individual must be a minor hero to stand up and challenge the status quo. Imagine the courage and fortitude required to be the spokesperson in a school desegregation suit or, even worse, the spokesperson challenging the administration of a total institution such as a prison. Individuals are in such a

---

a serem adotados pelo governo nacional e ainda esta classe de ação apresenta-se como elemento de realização de direitos fundamentais (convertendo-se em si em direito fundamental). ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. p.1

<sup>211</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*. p.183

<sup>212</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Revista de Processo Comparado, v. 2, p.211-232, 2015. p.213

vulnerable position and have so much at risk that it is cruel to insist, as some have done on occasion, that the spokesperson be a member of the victim group, for example, someone personally brutalized by the prison guards. Spokespersons such as these may even be preferred. They may introduce their own biases, but, on the whole, they are likely to present a fuller Picture of the law or of the facts than the individual victim could.<sup>213</sup>

Assim, o processo coletivo assemelha-se muito ao “formato” da lógica da tutela individual já que, pela deficiência na representatividade, afasta-se do próprio grupo que protege, por não permitir uma participação direta destes e legitimando apenas alguns representantes para tanto. Identificam-se posições antagônicas das partes da mesma forma que se tem nos processos bipolarizados, em que necessariamente deve haver uma posição que prevaleça sobre a outra. Ocorre que o caráter eminentemente individualista do processo coletivo é tão presente, que muitas vezes sequer é possível perceber a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.<sup>214</sup>

Nessa toada, considera-se que os processos coletivos são regidos pelo princípio da demanda, no sentido de que o Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido. Ora, isso supõe que o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é aquele que melhor atende às exigências do direito material. Ocorre que, em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo que é tão-somente “representado” pelo autor da ação coletiva, fica evidente o disparate dessa conclusão. Como é possível que alguém que não é o titular do direito possa dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência? Não obstante a obviedade dessa indagação, parece que ela é irrelevante na lógica do processo coletivo brasileiro, que trabalha tranquilamente com essa possibilidade. Nesses exemplos, tem-se nítida a percepção de que a tutela coletiva, no Brasil, é submetida à mesma lógica do processo individual. Se o autor se desincumbe mal da condução do processo, deve-se-lhe imputar o prejuízo correspondente. Ocorre, porém, que aqui se está diante de valores coletivos, que interessam à toda coletividade ou a um grupo significativo de pessoas e que, em regra, possui natureza indisponível. Como é possível tratar esses interesses sob a mesma ratio aplicada a direitos individuais disponíveis, para os quais o processo civil clássico foi moldado?<sup>215</sup>

Embora o processo coletivo possa ser “adaptado” para atender certas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de forma

---

<sup>213</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.17.

<sup>214</sup> ARENHART, Sergio Cruz.. *Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p.214

<sup>215</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p.215.

adequada à tutela de interesses sociais no Brasil. Isso porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas. Em outras palavras, conforme explica Arenhart, justamente porque o processo coletivo brasileiro mantém-se vinculado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e a todas as consequências dessa lógica, os mesmos defeitos que se veem um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo.<sup>216</sup>

Traçadas considerações acerca dos processos individuais e coletivos, é possível apontar que nem sempre, por meio dessa estrutura, será possível solucionar problemas que se depara o Judiciário. É nesse sentido que se repensa o modelo processual clássico, indo além da lógica bipolar para os casos estruturais ganharem destaque – já que não são meramente litígios individuais.

Quando um indivíduo propõe demanda contra a União, um estado ou um município, com intuito de obter o fornecimento de certo medicamento, é possível afirmar que há, de um lado direito ou a pretensão do cidadão de obter a prestação de cuidado à saúde e, de outro, o correlato dever ou obrigação do Estado? Ainda, e se um empregado ajuíza uma reclamatória trabalhista em razão de generalizadas conduta discriminatória do empregador ou jornada de trabalho alongada para além das horas extras? O que dizer, também, em um caso em que diversos entes ou órgãos públicos e empresas são demandados em decorrência de uma degradação ambiental prolongada?

Outro exemplo que Arenhart sugere acerca do problema que tem a lógica bipolarizante de entender os processos seriam as reintegrações de posse, em que a pretensão do autor será a garantia do imóvel, ao passo que os réus buscam a manutenção da área, mas que, a mera sentença declarativa de devolver ou não as terras certamente não seria a melhor solução, justamente por ser um caso que envolve diversos outros interesses sociais (bastante complexos).

Imagine-se uma demanda de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será, obviamente, a retomada imediata do imóvel; já a resistência dos réus simboliza a tentativa de

---

<sup>216</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p. 216.

manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o governo para os problemas sociais ligados à terra. Uma solução judicial que esteja condicionada, apenas, a acolher ou a rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optando pelo deferimento da medida reintegratória, pode-se agravar um problema social, com a remoção de famílias inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos para fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências também nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários.<sup>217</sup>

Nos exemplos acima elencados poderia até ser pensado que, havendo de um lado o cidadão e de outro o Estado, ainda estaríamos diante de uma disputa que se encaixaria perfeitamente na estrutura bipolar, na qual os efeitos da decisão judicial importam basicamente aos litigantes e não vão além dessa estrutura. Porém, observando por outra perspectiva, entendendo os casos além da simples demanda do autor, é claramente possível perceber que não se trata apenas de condutas isoladas, mas de típicos problemas estruturais – justamente por envolverem interesse além das partes que naquele determinado momento estão litigando. Ao observar que há por trás de cada um dos casos descritos uma falha de maior dimensão, havendo padrões institucionais que levam ao mesmo tipo de violação de direitos, ou que o litígio envolve interesses imbricados de diferentes pessoas e grupos (e, às vezes, com a dificuldade de saber-se qual é o interesse de cada grupo), o cenário é mais complexo do que pode ser numa primeira impressão.<sup>218</sup>

Assim, visualizar esse tipo de situação interpretando-a de forma individual e bipolar parece ser um tanto quanto equivocado, seja porque se acaba não percebendo que não basta somente a adoção de uma medida específica para resolução de determinado caso (sendo necessário eliminar as próprias causas), seja porque a resposta que se dá no nível individual – ou mesmo coletivo – pode afetar outros interesses em questão, e não considerá-los poderia desencadear consequências ainda mais relevantes. Em outros termos, a tutela jurisdicional realmente efetiva não será alcançada se essas situações forem conformadas judicialmente como casos bipolares.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.4.

<sup>218</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 7.

<sup>219</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. p.8.

É nesse sentido que se observa razão principal para ir além do modelo processual clássico quando se tem como objetivo a concretização de direitos fundamentais e o acesso à justiça.

### 3.2. PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO DIREITO

Até aqui foi possível perceber como uma “simples” demanda privada assume, hoje, contornos altamente complexos além de como a estrutura processual clássica é, muitas vezes, ineficaz e pouco preparada quando se depara com esses tipos de conflito. Para Owen Fiss, a atuação jurisdicional ganha novos contornos com a alteração da realidade social, marcada pela existência de organizações burocráticas.

To my mind, the form of adjudication has evolved but not the function. The function of adjudication has never been to resolve disputes between individuals, but rather, to give meaning to our public values. What has changed is social structure, the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations, and it is these changes in social structure that account for the changes over time in adjudicatory forms.<sup>220</sup>

Assim, Fiss traça uma distinção bastante clara de como um litígio era interpretado e estudado e propõe uma nova forma de perspectiva e visão para entender a sociedade moderna bem como o papel desempenhado pelo próprio litígio judicial. O autor chama de *dispute resolution* o que seria a simples disputa judicial de um determinado bem, conforme concepção clássica e binária do sistema jurisdicional que foi trazido há pouco, formado por autor, réu e objeto a ser disputado. O novo modo de entender a formação de relações jurídicas seria aquele cujo autor chama de “structural reform” podendo ser traduzida como reforma estrutural, a qual seria a nova perspectiva a ser utilizada – menos individualista, mais voltada para as necessidades que a sociedade moderna necessita.

The usual standard of comparison, the dispute resolution model, is triadic and highly individualistic. In this model, the lawsuit is visualized – with the help of the icon of justice holding the scales of justice – as a conflict

---

<sup>220</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.30.

between two individuals, one called plaintiff and the other defendant, with a third individual standing between the two parties as a passive umpire, to observe and decide who is right, who is wrong and to declare that the right be done.<sup>221</sup>

Desta forma, adentra-se num ponto crucial para o presente estudo, qual seja, acerca das chamadas violações de direitos (especialmente direitos constitucionais), que, por sua vez, não são advindos unicamente de atos isolados, mas podem ser resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais (caráter estrutural ou sistêmico), hipótese esta que é de especial relevância para o processo coletivo-estrutural, dentro do universo dos problemas complexos e policêntricos. São violações de direitos ligadas a problemas estruturais, aqui especificamente compreendidas como violações estruturais de direitos, que, para cessarem, exigem reformas institucionais na estrutura, não medidas pontuais ou que só trabalhem com fatos isolados, que são antes consequência do que causa.

Segundo Juliana Pondé Fonseca, o que se tem hoje como principal fator responsável pela ineficiência jurisdicional não é, como muitos sugerem, uma crise pontual e passageira. A real situação de “crise” é decorrente, sim, de problemas estruturais, problemas estes enraizados no sistema na sua base e são, portanto, seus fundantes. “Se o que se busca é um Judiciário mais eficiente, mais célere e que corresponda às expectativas da população, as questões relevantes estão na estrutura.”<sup>222</sup>

Segundo a autora, ainda, o mero recorte e cola do Código de Processo Civil não trarão os resultados esperados, e as medidas até hoje utilizadas, além de serem falhas por razões internas à sua racionalidade que somente postergam o problema para instâncias inferiores, fracassam por tratarem de forma meramente funcional questões que exigem outro tratamento.<sup>223</sup>

Ressalte-se, mais uma vez, nas palavras de Ovídio Batista da Silva, que “o Poder Judiciário funciona satisfatoriamente bem, em nosso país. Os problemas da justiça são *estruturais*. Não *funcionais*. Ele atende rigorosamente bem o modelo que o concebeu.” As tentativas de melhorar o

---

<sup>221</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.15.

<sup>222</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.77.

<sup>223</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.77.

terceiro poder e solucionar a “crise” concentraram-se em aspectos funcionais, superficiais. A estrutura do processo civil não foi questionada.<sup>224</sup>

Esses problemas estruturais são inerentes à própria sociedade. Ao invés de combatê-los, todas as atenções são voltadas para uma crise que, conforme exposto anteriormente, se produz por diferentes fatores. Dessa forma, as questões que mais merecem destaque são ignoradas, em nome de um falso diagnóstico tido como verdade irrefutável. Mas se a situação atual do Judiciário não se encaixa no diagnóstico de crise, torna-se possível abandonar o senso comum teórico e rejeitar não só a ideia falaciosa de que vivemos um Judiciário em crise, como também as tentativas fracassadas de solucioná-la.

É partindo de uma nova perspectiva de análise da situação, e não somente do problema em si, que novas respostas podem ser concebidas.<sup>225</sup>

In the face of wrongful system rights violations, the catchphrase has emerged that "systemic [rights violations] requires systemic remedies". What, however, are systemic remedies? At the very least they must be remedies which aim to reform a system. As discussed, wrongful system conceptions of rights violations are characterized by both ongoing rights violations, and an ongoing, often compulsory, relationship between the wrongful system and the victims of rights violations. This immediately indicates that remedies in the nature of compensation, termination or nullification are inappropriate. A purely compensatory response would not address the underlying and ongoing wrongfulness of the system and would leave victims vulnerable to continuing violations. Remedies of termination and nullification are also inappropriate because the victim will normally be dependent on the continuing functioning on the system. Given that the system must be preserved but its ongoing wrongfulness eliminated, the appropriate path to follow is one of reformation of that system.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.78.

<sup>225</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.78. Sobre a efetividade jurisdicional e a segurança jurídica Pondé explica: “Antes de tudo, é preciso deixar claro que buscar uma forma de conciliar os dois valores – segurança e celeridade – em absoluto é impossível. Para ser rápido e eficaz, o sistema precisa dar primazia ao segundo valor, e fazer concessões no que é considerado como fonte de segurança, como as várias e amplas possibilidades de impugnação das decisões. Por sua vez, a gravidade dessas concessões pode também ser questionada. Muitas das características do sistema que são vistas como garantias de segurança podem, na verdade, propiciar pouca ou nenhuma segurança. Assim, deixar essas características de lado não importará em menos segurança, mas poderá trazer incrementos à efetividade. Em todo o caso, importa destacar que são necessárias novas soluções para que haja uma mudança efetiva.”

<sup>226</sup> SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*, 1999, p.47.

A partir de uma nova perspectiva de análise do problema é possível chegar também a diferentes soluções. É preciso observar que nos casos de violações que “contínuas”, e que provavelmente estão atreladas ao funcionamento do próprio Estado, por exemplo, requer-se soluções paliativas e sistêmicas, que não serão resolvidas pontualmente com aplicação de uma pena determinada.

### 3.2.1. Características inerentes às questões estruturais do Direito

As características dessas violações, configuradas nos casos estruturais podem, de modo geral, ser visualizadas através de algumas particularidades.

Structural reform must be capable of responding the features of wrongful systems identified in the previous Chapter: (i) the wrongdoer is an abstraction; (ii) intent and fault are irrelevant inquiries; (iii) end results and outcomes are *prima facie* evidence of wrongful systems; (iv) the injured parties are usually groups rather than individuals; (v) the rights violations are ongoing; (vi) there is usually an ongoing relationship between the victims and the wrongful system (often characterized by dependence or compulsion on the part of the victims); (vii) the rights violations are pervasive and causation is complex; and (viii) there is no natural stopping point in analyzing the causes of wrongfulness.<sup>227</sup>

Primeiro, as violações de direitos não são identificadas de forma pontual e isolada, muito pelo contrário, são abstratas e dinâmicas. Ainda que possa ser identificado determinado sujeito que tenha praticado conduta e outro que tenha sofrido o resultado, a perspectiva a ser adotada aqui é diferente, justamente porque o acontecimento não se põe, nas violações estruturais, como um fato isolado e único. Através do ponto de vista coletivo os direitos não são desrespeitados por condutas separadas, e, por outro, os direitos violados não são de indivíduos específicos; é diversa a configuração tanto das vítimas como dos violadores.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*. p.51.

<sup>228</sup> Sobre a diferente perspectiva da análise estrutural, referindo-se aos casos de reforma das prisões nos EUA, em que, embora formalmente possam ser indicados como réus aqueles responsáveis por elas e aqueles cujos esforços seriam necessários para mudar o cenário de condições degradantes, afirma que seria uma ficção entendê-los como o infrator; “the ‘defendant’ on trial has become the prison system itself”. V. FISS, Owen M. *Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions*.

Neste sentido, vale ressaltar que sobre o conceito de “coletivo” quando se fala em problemas estruturais não se resume ao simples aglomerado de pessoas com características comuns buscando determinado objetivo, indo além dessa concepção:

The victim of a structural suit is not an individual but a group. In some instances the group is defined in terms of an institution, such as the inmates of the prison or welfare recipients. Or the victim may be a group that has an identity beyond the institution: In a school desegregation case, for example, the victims are not the pupils but are probably a larger social group, for example, blacks. In either instance, it is important to stress two features of the group. First, it exists independently of the lawsuit, it is not simply a legal construct. Wholly apart from the lawsuit, individuals can define themselves in terms of their membership in the group, and that group can have its own internal politics, struggles for power, and conflict. Second, the group is not simply an aggregation or collection of identifiable individuals. We understand the plight of the inmates of an institution subjected to inhuman conditions without knowing, or, in the case of future inmates, without even being able to know, who they are in a particularized sense. The group exists, has an identity, and can be harmed, even though all the individuals are not yet in existence and not every single member is threatened by the organization.<sup>229</sup>

Além disso, observa-se uma mudança de estrutura das partes, de modo que o infrator se põe como uma certa abstração, e as partes afetadas são grupos (conforme mencionado acima). A própria ideia de violação adquire novo significado. Não se trata aqui de violação meramente retrospectiva e pontual (nem atribuível propriamente a um infrator específico, como indicado). É dinâmica e também sistêmica. Desse modo, a atenção principal não se resume aos eventos passados, daquilo que já aconteceu, o que seria até mesmo inviável, uma vez que estão em curso. Este foco não traz elementos necessários e suficientes para empreender uma reforma da instituição que está em desacordo, por exemplo, com a Constituição. A visão aqui é voltada muito mais para o futuro do que poderá ser reparado do que com o dano ocorrido em si.

From the perspective of certain remedies, such as damage judgments and criminal sanctions, this conclusion may seem startling. Those remedies are retrospective in the sense that a necessary condition for each is a past wrong; they require some evaluative judgment as to the wrongfulness of the defendant's conduct in terms of preexisting norms. But the remedy at issue

---

Harvard Law Review, v. 94, p.626-646, 1981, p.641, nota de rodapé. Já sobre as características das partes nos litígios estruturais, v. FISS, O. M. *The forms of justice*.

<sup>229</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.17.

in a structural case is the injunction, and it does not require a judgment about wrongdoing, future or past. The structural suit seeks to eradicate an ongoing threat to our constitutional values and the injunction can serve as the formal mechanism by which the court issues directives as to how that is to be accomplished. The injunction speaks to the future.<sup>230</sup>

Outro ponto que merece destaque é que o cerne da preocupação quando se está pensando nesse tipo de violação (estrutural) não são as condutas específicas que ignoram direitos, mas o próprio contexto e ambiente em que tais violações ocorrem: “rights can be violated not only where the state acts impermissibly, but also where it fails to act”.<sup>231</sup> Nesse mesmo sentido, Fiss explica:

And *this* type of rights violation is not a discrete and one-off event, but an amorphous and ongoing condition. A range of acts, omissions, practices or policies, while they may not in themselves be rights violations, combine to produce an ongoing violative condition. In short, this is a notion of a wrongful system causing rights violations. Wrongfulness arises out of the system itself rather than individual decisions.<sup>232</sup>

Ainda no que tange às “características” que podem ser atribuídas aos problemas estruturais, importa dizer que não é relevante o papel de culpa para configurar a violação de direitos. A identificação desse gênero de violação de direitos, assim, não se faz com base na procura de intenções, motivações ou condutas individualizadas, mas no resultado de um conjunto de fatores. Diferentes atos, práticas, políticas e omissões, que em si mesmos podem não configurar um ilícito ou ter consequências específicas previstas no ordenamento jurídico, combinam-se e conformam a violação estrutural.

A causalidade nos litígios estruturais tem uma abordagem mais ampla e conjunta do problema, de modo que, por um lado, não há, em tal dimensão, muito sentido em falar em vontade, intenção ou culpa, senão como metáforas, e, por outro, muito menos parece ser o caso de procurar “os culpados”.<sup>233</sup> Ao analisar a

---

<sup>230</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.20.

<sup>231</sup> SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*. p.9.

<sup>232</sup> SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*. p.26.

<sup>233</sup> Novamente fala-se sobre a menor importância que as violações estruturais de direitos contam com uma abstrativização da figura do agente da prática ilícita (globalmente considerada), e, mais do que

causalidade estrutural existem situações em que sequer é possível identificar um sujeito responsável por determinada violação do direito, ou também a relação é irrelevante.<sup>234</sup> Ou seja, não é preponderante aqui o sancionatório-punitivo ainda que se acabe trabalhando com agentes identificados (como no exemplo relacionado ao meio ambiente, em que há empresas bem definidas, embora não se possa dizer a contribuição exata em relação ao “resultado global”, exceto quanto a uma área específica, eventualmente).<sup>235</sup>

O que se busca, portanto, é uma análise observando o todo, e não uma microanálise no sentido de exame de uma situação específica isolada. Nessa outra perspectiva, então, o foco, segundo Fiss, está na condição social afetada pelas organizações de alta escala, já que não se trata de uma ocorrência ou acontecimento pontual, apesar de os episódios individuais poderem servir de indícios da existência de um padrão de prática ilícita. Como exemplo, imagina-se a seguinte situação: um cidadão foi vítima de abuso por um policial. Havendo um conjunto de práticas e dinâmicas da instituição policial como um todo que levam a essa situação, faz com que haja um certo distanciamento do evento particular daquele caso específico, olhando para além do caso particular, ainda que o foco tenha sido a partir dele, conforme explica Fiss:

The concept of wrongdoer is highly individualistic. It presupposes personal qualities: the capacity to have an intention and to choose. Paradigmatically, a wrongdoer is one who intentionally inflicts harm in violation of an established norm. In the structural context, there may be individual wrongdoers, the police officer who hits the citizen, the principal who turns away the black child at the schoolhouse door, the prison guard who abuses the inmate; they are not, however, the target of the suit. The focus is on a

---

isso, considerando que não se trata de algo pontual e marcado no tempo, mas de uma condição que acaba por perdurar, torna-se difícil ponderar a contribuição de cada sujeito envolvido. O importante passa a ser não tanto o sujeito A ou B que praticou a conduta, mas o ilícito ou o dano em si (foco no resultado).

<sup>234</sup> Sobre o critério secundário e não principal acerca da necessidade de se identificar o sujeito causador do dano. “Según puede observarse en varios de los casos de nuestra jurisprudencia, el juicio causal estructural privilegia la consideración en torno a la manera en que ciertos hechos complejos (imbricados) resultan la fuente de la vulneración de derechos o constituyen ellos mismos una violación de derechos, relegándose a un segundo plano consideraciones relativas a cómo las conductas humanas distinguibles causan, producen, o contribuyen de forma particularizada a la configuración de esos hechos. De esa manera la causalidad estructural se vuelve, a veces, un incidente sin sujeto causante, o cuya relación con su sujeto o autor tiene una relevancia secundaria en la determinación del vínculo causal.” PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. p.29.

<sup>235</sup> Não se trata de deixar impune os envolvidos identificados, por exemplo, por possível prática de crimes (se for o caso). Trata-se de dimensões diversas.

social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the bureaucratic dynamics that produce that condition.<sup>236</sup>

No sentido da análise do “todo”, portanto, não é feito o exame de atos ou ocorrências individuais, mas das condições em si, isto é, do próprio contexto em que estamos considerando – o que pode ser entendido como um *background*.<sup>237</sup>

Assim, para saber se a violação de direitos é real, seria insuficiente analisar um ato ou decisão isolado e ver se ele tem fundamento considerando a estrutura em que se insere. É inerente ao próprio sistema, que tem sua conformidade com o direito verificada, e, se a verificação for negativa, devem ser feitas as alterações estruturais necessárias. É neste sentido que foi apontado anteriormente que tratar problemas estruturais como casos bipolares seria inefetivo do ponto de vista global. Tudo isso afeta a causalidade da violação, então complexa, envolvendo diversas causas e, mais ainda, podendo a averiguação de uma levar ao conhecimento de outra. A causalidade é sempre complexa, não havendo um “*natural stopping point*” na análise de suas causas.<sup>238</sup>

As violações estruturais do direito, de maneira geral, apontam para uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições podendo ser caracterizada por dependência ou compulsoriedade. Nestes casos, portanto, não há opção para um juiz, por exemplo, simplesmente romper a relação entre indivíduos e a instituição. Ainda, não sendo as fontes das violações acontecimentos episódicos, mas estruturais, são ainda mais sérias se existe uma relação de dependência ou compulsoriedade do titular do direito em relação às instituições (como no caso da saúde ou de um sistema prisional, por exemplo). Em tais hipótese, sequer há a possibilidade de escolher não utilizar o serviço para não mais ter seus direitos violados.<sup>239</sup>

Não restam dúvidas que as violações estruturais bem como outros problemas policêntricos não podem ser harmonizados com a lógica bilateral. Elas devem não

---

<sup>236</sup> V. FISS, O. M. *The Law as it Could be*. p.19.

<sup>237</sup> FISS, O. M. *Complex enforcement: Unconstitutional Prison Condition*. p.640.

<sup>238</sup> Para Fiss, “as obvious causes reveal deeper deficiencies, the area subject to judicial inquiry steadily widens. Yet there is no natural ‘stopping point’ if prevention is to be complete”. FISS, O. M. *Complex enforcement: Unconstitutional Prison Condition*. p.636.

<sup>239</sup> SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*. p.2.

apenas ter lugar como casos estruturais, mas também, como tais, precisam ser compreendidas a partir de uma outra racionalidade.

### 3.2.2. Policentria e a imbricação de interesses

Ao buscar meios para efetivação da tutela jurisdicional neste novo paradigma, através do entendimento de violações estruturais do direito e processo coletivo estrutural, merece destaque a noção de que grande parte dos problemas enfrentados hoje pelo sistema judiciário é policêntrico, ou seja, há uma imbricação de interesses os quais não podem ser entendidos de maneira separadas, mas fazendo parte de um sistema com questões que se interligam.

As diversas menções à policentria no campo do processo judicial referem-se aos estudos de Lon Fuller, que muito escreveu sobre essa noção sem, contudo, trazer uma definição sobre eles. O autor trabalhou com exemplos práticos para entender sobre os problemas policêntricos.

Um dos exemplos que Fuller traz é acerca de uma escalação de um time de futebol americano: determinar a posição de cada um dos onze jogadores em campo é uma decisão que repercute necessariamente para todos os outros jogadores e para as jogadas que irão ser feitas durante a partida.

Suppose, again, it were decided to assign players on a football team to their positions by a process of adjudication. I assume that we would agree that this is also an unwise application of adjudication. It is not merely a matter of eleven different men being possibly affected; each shift of any one player might have a different set of repercussions on the remaining players: putting Jones in as quarterback would have one set of carry over effects, putting him in as left end, another. Here, again, we are dealing with a situation of interacting points of influence and therefore with a polycentric problem beyond the proper limits of adjudication.<sup>240</sup>

Outro exemplo apontado pelo autor para ilustrar casos policêntricos é a eventual alteração do preço de um produto, que acaba repercutindo em todo cenário econômico, inclusive em relação à demanda do próprio item em questão, além de

---

<sup>240</sup> FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p.353-409, 1978, p. 395.

outros a ele relacionados. Neste caso, imagina-se uma mudança no preço do alumínio, que repercute também no preço do aço ou do plástico.

As a second illustration suppose in a socialist regime it were decided to have all wages and prices set by courts which would proceed after the usual forms of adjudication. It is, I assume, obvious that here is a task that could not successfully be undertaken by the adjudicative method. The point that comes first to mind is that courts move too slowly to keep up with a rapidly changing economic scene. The more fundamental point is that the forms of adjudication cannot encompass and take into account the complex repercussions that may result from any change in prices or wages. A rise in the price of aluminum may affect in varying degrees the demand for, and therefore the proper price of, thirty kinds of steel, twenty kinds of plastics, an infinitude of woods, other metals, etc. Each of these separate effects may have its own complex repercussions in the economy. In such a case it is simply impossible to afford each affected party a meaningful participation through proofs and arguments. It is a matter of capital importance to note that it is not merely a question of the huge number of possibly affected parties, significant as that aspect of the thing may be. A more fundamental point is that each of the various forms that award might take (say, a three-cent increase per pound, a four-cent increase, a five-cent increase, etc.) would have a different set of repercussions and might require in each instance a redefinition of the parties affected.<sup>241</sup>

Os problemas policêntricos não estariam invariável ou simplesmente ligados à complexidade do assunto que está sendo tratado e ainda, definir um problema como policêntrico não significa dizer que se está se falando de uma multiplicidade de pessoas afetadas, podendo ser até mesmo em determinado caso entre duas partes apenas.<sup>242</sup> O inverso também não é verdadeiro, ou seja, não é porque uma situação envolve muitas pessoas que estamos necessariamente diante de um caso policêntrico.

---

<sup>241</sup> FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p.395.

<sup>242</sup> Sobre a possibilidade de identificar um problema policêntrico em casos envolvendo apenas duas partes, Fuller traz a seguinte hipótese: "Some months ago a wealthy lady by the name of Timken died in New York leaving a valuable, but somewhat miscellaneous, collection of paintings to the Metropolitan Museum and the National Gallery 'in equal shares', her will indicating no particular apportionment. When the will was probated the judge remarked something to the effect that the parties seemed to be confronted with a real problem. The attorney for one of the museums spoke up and said, 'We are good friends. We will work it out somehow or other'. What makes this problem of effecting an equal division of the paintings a polycentric task? It lies in the fact that the disposition of any single painting has implications for the proper disposition of every other painting. If it gets the Renoir, the Gallery may be less eager for the Cezanne but all the more eager for the Bellows, etc. If the proper apportionment were set for argument, there would be no clear issue to which either side could direct its proofs and contentions. Any judge assigned to hear such an argument would be tempted to assume the role of mediator or to adopt the classical solution: Let the older brother (here the Metropolitan) divide the estate into what he regards as equal shares, let the younger brother (the National Gallery) take his pick." FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p.394.

Nesse sentido, Mariela Puga explica que a multiplicidade de sujeitos processuais envolvidos em determinada situação não é requisito essencial para definir um litígio estrutural. Assim, o fator principal para se “identificar” problemas estruturais, conforme exposto, é justamente a imbricação de interesses numa relação complexa, com diversas causas e faces.

En suma, la multiplicidad de actores procesales -activos y pasivos- como hecho que define al litigio mancomunado no es imprescindible en un proceso colectivo, ni lo será para definir una litis estructural. Esto es así, en principio, porque lo que define a la litis estructural es la imbricación de intereses particulares en una relación compleja, pero única. Ese tipo de relación no existe en el caso de múltiples actores consorciales. Tanto es así, que un sólo actor procesal podría representar a un colectivo de afectados en un litigio estructural con reglas del proceso colectivo, o bien, un solo actor resultar demandado por el representante único de un colectivo de afectados.<sup>243</sup>

Utiliza-se a ideia de policentria para demonstrar situações em que diferentes pontos relevantes interagem entre si, de forma que uma certa mudança tem repercussões complexas e interligadas entre si, que acabam repercutindo para além daquela situação apenas. A metáfora que aqui se utilizada pelos autores que descrevem a policentria é a de uma teia de aranha: se puxamos alguns fios da teia isso repercute na teia como um todo; e, se o puxão tem intensidade maior, não somente as tensões se espalharão igualmente só que com intensidade também maior, mas haverá uma distribuição diferente das tensões.<sup>244</sup>

La fisonomía del caso policéntrico es representada, en general, con la imagen de una telaraña. Una estructura formada por múltiples hebras, cuyos tejidos están tan íntimamente conectadas entre sí, de tal modo que cada tensión aplicada sobre alguna de ellas repercute en la red entera. Nótese que esta primera imagen se distancia sustancialmente de la de un hecho discreto que conecta a dos polos enfrentados, y se acerca significativamente a la idea de intereses imbricados (...)<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*. p.16.

<sup>244</sup> Conforme Fuller explica, “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap.” FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p.395.

<sup>245</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*. p.20.

O fato, e o que merece ser destacado, é que a policentria é identificada quando se observam vários centros que merecem atenção. “Each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions”.<sup>246</sup> Trazendo este conceito ao âmbito do processo judicial, uma decisão judicial, por exemplo, pode figurar como uma dessas tensões que terá repercussão por toda a rede, afetando os pontos em que os fios (os diferentes interesses imbricados) se encontram. Sobre a metáfora da teia, Mariela Puga complementa ao dizer que tal exemplo “permite visualizar dos elementos del caso policéntrico: la potencialidad de la decisión judicial para expandir su impacto fuera de los actores procesales y la consideración de los intereses o pretensiones individuales como parte de un sistema íntimamente interconectado de relaciones múltiples”.<sup>247</sup>

Poderia ser cogitado que a noção de policentria é pouco relevante. Primeiro, porque a atividade jurisdicional já engloba casos que abrangem aspectos policêntricos, ou mesmo porque a criação de normas públicas, conforme ensina Fiss, é quase sempre policêntrica, e isso aconteceria em vários momentos, como por exemplo, com a formação dos precedentes.<sup>248</sup> Fuller inclusive entende que os precedentes possuem característica policêntrica já que não é possível visualizar de antemão o seu impacto ou as repercussões que alcança.<sup>249</sup>

Ainda, Fuller indica que saber se um problema é policêntrico vai além de uma questão com contornos bem delineados. Em outras palavras, os casos judiciais

---

<sup>246</sup> FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p.395.

<sup>247</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*. p.21.

<sup>248</sup> Sobre as normas públicas com carácter policêntrico, Fiss explica: “Virtually all public norm creation is polycentric. It affects as many people as structural reform, and equally impairs the capacity of each of the affected individuals to participate in the process. More often than not, there is a myriad of possible rules or solutions that could be formulated in each case. Consider the fellow-servant rule, the stop-look-and-listen doctrine, strict liability, the consideration requirement, the rules respecting offer and acceptance, the norms of the Marshall Court regarding the commerce clause, those of the Warren Court regarding free speech, racial equality, civil and criminal procedure. The list could go on and on. It would probably include all judge-made law, and the doctrine of precedent itself. The list surely includes many ‘mistakes’ or ‘wrong decisions’, but that is not the issue: the issue is whether all these acts of norm creation represent a misuse of the judicial power, an incorrect appropriation of the concept of ‘adjudication’. This is a conclusion that most of us - or maybe even all of us - would reject and yet it is a conclusion that would seem to follow from Fuller's axiom.” FISS, Owen M. *The law as it could be*. p.36

<sup>249</sup> Especificamente quanto aos precedentes: “If judicial precedents are liberally interpreted and are subject to reformulation and clarification as problems not originally foreseen arise, the judicial process as a whole is enabled to absorb these covert polycentric elements. By considering the process of decision as a collaborative one projected through time, an accommodation of legal doctrine to the complex aspects of a problem can be made as these aspects reveal themselves in successive cases. On the other hand, if a strict or ‘literal’ interpretation is made of precedents, the limits of adjudication must perforce be more strictly drawn, for its power of accommodation has been reduced”, FULLER, L. L. *The forms and limits of adjudication*. p.398..

envolveriam elementos policêntricos quase sempre embora não seja uma questão objetiva (de “preto no branco”) defini-lo como tal.<sup>250</sup> A relevância estaria justamente em verificar quando os elementos policêntricos tornam-se tão relevantes que os limites apropriados da atuação jurisdicional são alcançados”. Conforme Fuller explica “It is a question of knowing when the polycentric elements have become so significant and predominant that the proper limits of adjudication have been reached”.<sup>251</sup>

A forma de encarar os problemas é que, desse modo, pressupõe relevância e preponderância de elementos policêntricos. Nesse sentido, cabe mencionar mais um dos exemplos trazidos por Fuller, qual seja o da ausência de passagens ao longo de uma ferrovia, ocasionando atropelamentos. Quando a questão é debatida no âmbito de um litígio individual, poderia, por exemplo, o responsável pela manutenção da estrada ser responsabilizado pelo atropelamento de qualquer em um trecho sem a passarela de pedestres. Contudo, quando se pensa na estrada como um todo, pode-se verificar que é inviável a passarela por toda rodovia ou em trechos muito próximos. A perspectiva, quando ampliamos o espectro, é totalmente diferente de quando analisamos cada caso de maneira isolada.<sup>252</sup> É uma visão ampla do problema e que, não raro, leva a conclusões distintas daquela adotada na esfera individual, justamente por acrescentar elementos que poderiam ser considerados impertinentes em um caso singular.

Sólo de esa idea global puede surgir la respuesta a la pertinencia o no del reclamo individual. En definitiva, la extensión de cada ángulo de las vigas del puente dependerá del diseño del puente, o de una particular visión del diseño e implementación de la obra, es decir, de una idea que podemos

---

<sup>250</sup> Sobre problemas policêntricos que estão nos casos judiciais, Fuller explica: “In lesser measure, concealed polycentric elements are probably present in almost all problems resolved by adjudication. It is not, then, a question of distinguish ing black from white. It is a question of knowing when the polycentric elements have become so significant and predominant that the proper limits of adjudication have been reached.” FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p. 398.

<sup>251</sup> FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p. 398.

<sup>252</sup> Sobre o exemplo da construção das passagens para evitar que pedestres fossem atropelados: “Again, suppose a court in a suit between one litigant and a railway holds that it is an act of negligence for the railway not to construct an underpass at a particular crossing. There maybe nothing to distinguish this crossing from other crossings on the line. As a matter of statistical probability it may be clear that constructing under passes along the whole line would cost more lives (through accidents in blasting, for example) than would be lost if the only safety measure were the familiar ‘Stop, Look & Listen’ sign. If so, then what seems to be a decision simply declaring the rights and duties of two parties is in fact an inept solution for a polycentric problem, some elements of which can not be brought before the court in a simple suit by one injured party against a defendant railway. FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. p.398.

empezar a llamar “estructural”. Así las cosas, cualquier pretensión individual en un caso policéntrico depende de la definición previa del interés común, o de la litis como un todo.<sup>253</sup>

Essas duas perspectivas, portanto, trazem diferença na análise de quando se está diante de casos particulares, entre dois entes, por exemplo, e quando analisamos a mesma situação mais numa visão mais ampla e distante. Nos casos individuais quase sempre o que se vê é o litígio é conformado de uma maneira que a partir do momento que passa a ser olhada a em uma escala menor, isto é, a partir de um ponto de vista macro, apresenta outros contornos. A análise de uma política pública como um todo, por exemplo, pode levar à conclusão de que não é devida a entrega de determinado remédio.

Nessa linha, Mariela Puga entende que “la policentría es una forma de explicación o significación de los acontecimientos que asume la complejidad de éstos”. Apesar de ser possível visualizar elementos policêntricos ou “graus de policentria” em praticamente todo caso submetido à apreciação do Judiciário, a ideia vale para, por um lado, demonstrar a complexidade que os problemas estruturais apresentam; e, por outro, indicar a necessidade de que sejam no campo processual conformados como casos estruturais, não simplesmente como individuais ou coletivos bipolarizados. Veja-se que a análise das questões não deve ser feita de maneira fragmentada, pois isso pode acabar gerando, aí sim, irracionalidades. Os casos estruturais contam, então, com aspectos policêntricos que se sobrepõem aos individuais e têm significativa relevância para que possam ser manejados de maneira adequada.<sup>254</sup>

### 3.2.3. Alguns exemplos da prática judiciária na resolução de problemas estruturais

Ao falar sobre uma nova perspectiva do acesso à justiça num cenário de *problemas estruturais* que o judiciário enfrente, merecem destaque alguns casos

---

<sup>253</sup> PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. p.22.

<sup>254</sup> Ainda sobre a policentria, entende “al racionalizar las pretensiones individuales como partes de un todo (el puente), las pretensiones del reclamante pierden su preponderancia o prelación en la definición del conflicto. Así, cuando la controversia judicial se define de esta manera -a partir de un todo que no depende del interés o perspectiva de las partes-, es cuando advertimos que un caso judicial tiene una fisonomía policéntrica y, por tanto, estaremos ante las condiciones que son propias de lo que aquí estipulamos como litigio estructural”. PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*.p.23.

emblemáticos a fim de observar possíveis soluções na busca pela concretização de direitos fundamentais.

Segundo Arenhart, um dos mais importantes instrumentos que merecem destaque quando se fala em decisões estruturais são as *structural injunctions* advindas da doutrina norte-americana.

O fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.<sup>255</sup>

Conforme o autor explica, inúmeras decisões sobre questões coletivas precisam de soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações diretas entre as partes, conforme trazido anteriormente. Pelo contrário, observa-se a necessidade de soluções difusas com imposições ou medidas que se imponham aos poucos. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura buscando a resolução da controvérsia como um todo e não com o intuito de apenas solucionar eventual dano ocorrido. Ainda, vale ressaltar que todas as questões envolvendo litígios estruturais envolvem valores amplos, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.<sup>256</sup>

O caso *Brown v. Board of Education* é um caso paradigmático de litígio estrutural que permite uma reflexão acerca de pressupostos jurídicos que está sendo trazida no presente trabalho. Trata-se de caso ocorrido no ano de 1954 julgado pela Suprema Corte estadunidense e que ganhou enfoque não apenas por se tratar de uma resolução de caráter claramente contramajoritário da época, mas pela forma como que se deu, a longo prazo, o encaminhamento para uma nova política de combate à segregação racial no país inteiro.

---

<sup>255</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.404.

<sup>256</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.394.

O caso teve início com uma ação coletiva ajuizada contra o Município de Topeka (estado do Kansas), em que um grupo de pais reclamava contra a política de segregação racial até então permitida nas escolas de ensino fundamental. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, em decisão unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática por violar a Décima Quarta Emenda à Constituição americana, pondo fim à prática até então autorizada da doutrina dos “separados mas iguais”.<sup>257</sup>

Um ano mais tarde, diante de inúmeras reclamações de várias escolas de outros Estados norte-americanos quanto às dificuldades em implantar a nova política de não-discriminação, a Suprema Corte foi forçada a reanalisar a questão, com o caso *Brown v. Board of Education II*.<sup>258</sup>

Nesta segunda decisão,<sup>259</sup> a Suprema Corte americana decidiu que a implementação da ordem de não-segregação entre negros e branco nas escolas deveria ser feita a partir de medidas progressivas a fim de eliminar os obstáculos<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> O caso paradigmático de *Brown v. Board of Education* teve uma primeira sentença que invalidava todas as leis que permitiam a segregação racial. Segundo Mariela Puga, “La sentencia invalidó, en principio, a todas las leyes estatales y locales que en ese momento permitían (en cuatro estados) e imponían (en diecisiete estados) la existencia de escuelas públicas separadas para niños blancos, por un lado, y para niños negros, por outro. Esta sentencia es el núcleo del caso judicial que nos interesa examinar, el que sin embargo se extiende en el tiempo por varios años más, e inspira el inicio de una serie de litigios diversos que invocan la implementación del principio establecido por la Corte en *Brown*.” PUGA, Mariela G. *Litigio estructural*. p.62.

<sup>258</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.396

<sup>259</sup> Arenhart, sobre o teor político e jurídico da segunda decisão explica: “muitos daqueles que vieram na primeira decisão do caso um significativo avanço em termos de direitos humanos, entenderam essa segunda decisão como um retrocesso. O caráter vago da imposição – o julgamento referia-se à necessidade da eliminação da discriminação “with all deliberate speed”, o que poderia significar qualquer tempo que se entendesse adequado – frustrou, em parte, a rapidez da efetivação do comando judicial, abrindo válvulas de escape para interpretações diferentes. Porém, parece claro que, diante das circunstâncias em que a decisão foi dada, talvez a forma aberta utilizada pela decisão *Brown v. Board of Education II* tenha sido a única maneira de realmente fazer factível a nova política imposta pela Suprema Corte norte-americana. Qualquer imposição a mais poderia, quiçá tornar inviável o cumprimento da decisão judicial. Por isso, é possível ver essa segunda decisão como a única forma de, faticamente, tornar viável o julgamento anterior”. ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.396, nota de rodapé.

<sup>260</sup> Sobre a dificuldade que enfrentavam na tentativa de fazer valer a decisão proferida pela Suprema Corte FISS explica: “*Brown* was said to require nothing less than the transformation of ‘dual school systems’ into ‘unitary, non racial school systems’, and that entailed thoroughgoing organizational reform. It required new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more. In time it was understood that desegregation was a total transformational process in which the judge undertook the reconstruction of an ongoing social institution. Desegregation required a revision of familiar conceptions about party structure, new norms governing judicial behavior, and new ways of looking at the relationship between rights and remedies. FISS, Owen M. *The forms of justice*. The Supreme Court, 1978 Term. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p.1-281, 1979. p.3.

que contribuíam para um cenário de discriminação e desagregação racial (tudo isso sob a supervisão das cortes locais). Tendo em vista as dificuldades com que se deparavam os Estados e também as escolas locais na tentativa de cumprir a decisão da Suprema Corte, autorizou-se a criação de *planos*<sup>261</sup> que tivessem como objetivo eliminar toda forma de discriminação.

This effort required the courts to radically transform the status quo, in effect to reconstruct social reality. The courts had to overcome the most intense resistance, and, even more problematically, they had to penetrate and restructure large-scale organizations, public school systems. The imagery was rural and individualistic - the black child walking into an all-white school - but the reality, especially by the mid- 1960's, as the focus shifted to the urban centers and the nation at large, was decidedly bureaucratic.<sup>262</sup>

Ocorre que esses planos demandariam tempo e precisariam conformar-se às peculiaridades de cada Estado e colégio. Somente dessa forma conseguiu-se, a partir de uma mesma decisão, adequá-la da maneira mais viável à realidade de cada local.<sup>263</sup>

No one had a road map at the outset. No one had a clear vision of all that would be involved in trying to eradicate the caste system embedded in a state bureaucracy, or how the attempt would transform the mode of adjudication. The second *Brown* decision was far from such a vision: it was but a recognition of the magnitude of the task and an attempt to buy time. It delegated the reconstructive task to the lower federal judges. They, in turn, discovered what the task required and adjusted traditional procedural forms to meet the felt necessities. Legitimacy was equated with need, and, in that sense, procedure became dependent upon substance. It was the overriding commitment to racial equality that motivated the procedural innovation and that was seen as the justification for the departures from tradition.<sup>264</sup>

Aos poucos, o que era inicialmente imposto somente às escolas americanas como objetivo de acabar com a segregação racial, foi sendo expandido até que alcançou outros patamares. Houve uma necessidade de adequação de toda a

---

<sup>261</sup> Entre tais diretrizes, estavam, por exemplo, que os órgãos judiciais locais deveriam verificar se as autoridades escolares agiam de boa-fé na implementação da decisão judicial e que, no desenho dos remédios, deveriam ser observados os princípios que tradicionalmente regem o equity power, como a flexibilidade prática.

<sup>262</sup> FISS, Owen M. *The forms of justice*. p.2.

<sup>263</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.395.

<sup>264</sup> FISS, Owen M. *The Forms Of Justice*. p.3.

sociedade, e não somente das escolas para cumprir o que previa a decisão. O caso, portanto, atingiu um contexto muito mais amplo do que inicialmente tinha, qual seja, uma decisão entre indivíduos isolados. Neste sentido Fiss elenca alguns exemplos de mudança que sofreu o sistema no seu conjunto.

At critical junctures the Warren Court stepped in. The Justices emphasized their continuous commitment to *Brown* and acknowledged the comprehensiveness of the reform required: the dual school system would have to be eradicated "root and branch". The process continued and, in time, the lessons of school desegregation were transferred to other contexts: to protect the security of the person and home from police abuses, to realize the ideal of humane treatment in prisons and mental hospitals, to ensure procedural due process in the welfare administration, and to equalize expenditures in state educational systems. In that way school desegregation became a vitally important occasion for procedural innovations that transcended the substantive claim, for the emergence of a whole new conception of adjudication, one that was particularly suited to cope with a new unit of constitutional law - the state bureaucracy.<sup>265</sup>

Para Owen Fiss essa forma paulatina de implementação da decisão judicial é característica dos litígios estruturais. Somente a partir do momento em que a decisão judicial vai sendo implementada é que será possível visualizar eventuais problemas que o caso terá. Dependendo da complexidade de cada caso é que se observará a necessidade de se tentar outras soluções para o problema. Só assim será possível identificar a melhor técnica para cada caso. "It assumes that the remedy fits the violation in the same way that a suit of clothing fits the body, with each nuance of the suit being traced to a twist in the body".<sup>266</sup>

Assim, a atuação jurisdicional estrutural foi além das escolas, abrangendo áreas como prisões, estabelecimentos de cuidado à saúde mental, moradias populares e atividade policial. A expansão, de todo modo, não se deu apenas por inúmeros estados ou por diversas instituições, mas também por diferentes países.<sup>267</sup> Por óbvio, o problema da segregação racial nos Estados Unidos não foi eliminada somente por uma decisão judicial. Porém, a forma utilizada nesse julgamento

---

<sup>265</sup> FISS, Owen M. *The forms of justice*. p.4.

<sup>266</sup> FISS, Owen M. *The forms of justice*. p.50.

<sup>267</sup> FISS, Owen M. Foreword. In: GARGARELLA et. al. (Ed.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate Publishing, Ltd., 2006. p.XIII.

permitiu a construção das bases para a ideia das *structural injunctions* como um instrumento mais maleável, com o objetivo de solucionar controvérsias.

No Brasil, já existem exemplos de decisões estruturais que merecem ser mencionadas. Começando pela esfera ambiental, um caso que merece destaque é a chamada ACP do Carvão.<sup>268</sup> Cumpre dizer que, pela característica dos litígios ambientais, que requerem proteção simultânea de diversos interesses, observa-se que decisões estruturais sejam extremamente necessárias neste contexto. Retomando acerca da ACP, esta versa sobre responsabilidade ambiental em torno de área degradada em Criciúma/SC em que se buscou a recuperação da área por meio do projeto de recuperação. Sergio Arenhart divide a resolução do caso em diferentes etapas. Inicialmente sequer havia a real dimensão do problema na área e, portanto, não era possível saber quais medidas deveriam ser tomadas para recuperá-la. Aos poucos foi possível não apenas o desenvolvimento de estratégia que seria tomada pelos órgãos responsáveis mas também a efetiva implementação do plano estabelecido.

Em sentença proferida nos autos da ação, foi imposta aos réus (mineradoras, seus sócios-gerentes, mandatários ou representantes, sucessores, União e Estado de Santa Catarina) oferecer, em seis meses um projeto de recuperação da região. Paralelamente houve o início da execução provisória da sentença pelo Ministério Público. (...) Na primeira fase, que vai de 2000 a 2004, ainda não se tinha muito bem delineada a dimensão do problema e a extensão da condenação. Isso porque a sentença havia imposto, genericamente, a obrigação de reparar o dano ambiental. Assim, não se tinha a precisa definição daquilo que seria necessário e qual seria o modo exato para o cumprimento dessa imposição, nem o perfeito delineamento da extensão da área a ser reparada. A segunda fase da execução tem como ponto culminante a consolidação pelo Ministério Público Federal de uma estratégia para o enfrentamento do problema. Apenas assim foi possível desenhar com maior determinação que medidas deveriam ser adotadas por cada uma das rés, a curto, a médio e a longo prazo, para a recuperação do ambiente degradado. Na terceira fase – de 2006 a 2009 – os réus foram efetivamente obrigados a apresentar os projetos segundo a padronização indicada pelo Ministério Público Federal, de modo a permitir um controle preciso dos atos que estavam sendo adotados e daqueles que deveriam ser tomados. Neste ponto foi possível elaborar vários acordos com os réus, para a recuperação dos danos ambientais. Por fim, tem-se atualmente a quarta fase do cumprimento da sentença judicial, em que basicamente se busca a efetiva implementação

---

<sup>268</sup> ACP n. 93.80.00533-4/JFSC, 1.ª Vara Federal de Criciúma. A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Santa Catarina, a União, empresas carboníferas da região e diretores ou sócios majoritários destas na qual pretendia impor às rés (mineradoras e a União, perfazendo um total de 24 réus) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração.

daqueles cronogramas e, de modo mais amplo, dos projetos de recuperação ambiental.<sup>269</sup>

Assim, tamanha a complexidade da matéria, que o cumprimento da sentença com o objetivo de recuperar a área degradada somente foi possível através de um desdobramento do caso em inúmeras fases. Percebe-se então a aproximação adotada em relação à violação estrutural de direitos na busca pela solução do passivo ambiental: a adoção de estratégias e ações para reparar a região; a duração do acompanhamento para elaboração e cumprimento dos planos de reparação ambiental, a forma como tal acompanhamento vem sendo feito, além de todo estudo prévio necessário antes da implementação das medidas que seriam realizadas.

Outro caso ambiental que ganhou destaque no âmbito das decisões estruturais foi a ACP<sup>270</sup> sobre o abastecimento do Sistema Cantareira de São Paulo com água do Rio Paraíba do Sul. O sistema é responsável pelo abastecimento público de água da região metropolitana de São Paulo, e um dos maiores do mundo. Para que se chegasse à melhor solução do caso, foi apontado como imprescindível um diálogo para proposição de planos envolvendo os estados envolvidos e demais afetados, especialmente porque todos os entes envolvidos buscam o mesmo objetivo: a melhor maneira de fornecer água para as suas populações.<sup>271</sup>

Além dos problemas ambientais,<sup>272</sup> destacam-se no cenário nacional casos envolvendo o sistema de saúde.<sup>273</sup> O exemplo que merece destaque neste sentido é

---

<sup>269</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p.229 e ss.

<sup>270</sup> ACO 1536 disponível na íntegra no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO2536mediacao.pdf>.

<sup>271</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*, 2015, p.39-40.

<sup>272</sup> Segundo o Professor Sergio Arenhart, “na proteção do meio ambiente, o Judiciário tem-se mostrado bastante sensível às particularidades das situações examinadas, admitindo certa adaptação dos princípios do processo clássico. Muitas decisões em ação coletiva ambiental têm imposto a obrigação de sujeitar qualquer modificação na área afetada à prévia manifestação (ou orientação) do órgão ambiental competente, ou ainda a de condicionar a prática de certos atos com repercussão ambiental à prévia autorização do órgão de fiscalização ambiental”. ARENHART, Sergio Cruz.. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Revista de Processo Comparado, v. 2, 2015.

<sup>273</sup> No que se refere ao sistema de saúde, Arenhart demonstra exemplos de decisões estruturais comuns no que se refere ao fornecimento de medicamentos. “Um primeiro exemplo que pode ser considerado como um protótipo de processo estrutural são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional – nulas, portanto, na ótica do processo clássico – e extrapolem obviamente o pedido da parte autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do

a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em 2002, visando fornecimento, pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro, de medicamentos para as pessoas economicamente hipossuficientes. A solução encontrada foi o acordo para a criação de “central de atendimento para os necessitados de medicamentos”,<sup>274</sup> para possibilitar o fornecimento dos remédios no âmbito administrativo. Neste caso, dois pontos merecem destaque: a percepção da complexidade que o caso trazia, e a solução encontrada para atender às necessidades da população.

(...) desde logo foram percebidas a complexidade do problema e a necessidade de participação da própria Administração Pública para “operacionalizar o fornecimento de remédios de maneira mais eficaz”. O segundo é justamente a solução criativa que se encontrou em tal momento. Conforme relato do próprio juiz: “Chamei todos os componentes para uma decisão factível e operacional [...]. A construção da central foi uma idéia ali do momento, seria um acordo para ser cumprido espontaneamente. Então eu mandei que eles [representantes do Estado e do Município] assinassem uma carta de intenções com prazos determinados e juntamente emiti a liminar.”<sup>275</sup>

No campo do Direito Processual do Trabalho, há também interessante decisão que representa bem o espírito das decisões estruturais. Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho na 1.<sup>a</sup> Vara de Trabalho de Curitiba, em que se buscava a extinção dos contratos de terceirizados no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. A terceirização dos serviços como enfermagem, por exemplo, ofendia princípios trabalhistas (no entendimento da Procuradoria), de modo que tais contratos deveriam ser rescindidos.

Ocorre que a extinção imediata de tais contratos inviabilizariam as atividades do Hospital Universitário tendo em vista que os funcionários terceirizados representavam quase que a metade de toda a área de enfermagem e farmácia. Analisando pelo aspecto meramente formal, o cumprimento da decisão de extinguir

---

medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável. Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Identicamente, seria absurdo supor que competiria à parte ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela” ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*.

<sup>274</sup> ACP n. 0132216-49.2002.8.19.0001, 8.<sup>a</sup> Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, Rio de Janeiro, decisão disponível em consulta ao site do TJ/RJ ([www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)) juntamente com o andamento processual.

<sup>275</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. p.40.

os contratos de trabalho terceirizado poderia ser a maneira “correta” para a resolução do caso. Contudo, inúmeras seriam as consequências negativas que traria para a saúde pública caso o Hospital simplesmente eliminasse todos os funcionários que não atendiam à regra de primarização, já que tais vagas não seriam repostas de um dia para o outro por servidores públicos concursados. Vale dizer que o Hospital de Clínicas da UFPR é o principal responsável pelo atendimento do SUS no Estado do Paraná. De outro lado também, uma sentença, que se negasse a extinguir tais contratos, poderia ser vista como incorreta. Ou seja, a simples regra do ganhador-perdedor claramente não era possível a fim de resolver a questão que estava sendo apresentada. A solução encontrada, e que é claramente uma decisão de caráter estrutural, foi um acordo gradual entre as partes, estipulando metas para substituir aqueles funcionários terceirizados por servidores públicos. Nos termos da conciliação, a Universidade demitiria os terceirizados à medida que conseguisse vagas para concursos públicos. Ainda a cada dois anos, as partes deveriam reunir-se em juízo para avaliar a progressão dessa medida que estava sendo instaurada.<sup>276</sup>

Mais uma vez, aí se vê a essência da lógica das decisões estruturais. Entre uma decisão que levasse à manutenção de contratos de trabalho irregulares, ou a imposição do fechamento do principal hospital público do Paraná, o Poder Judiciário elegeu um meio termo para a solução permitindo a composição paulatina do problema, com relatórios periódicos para que se pudesse aferir a razoabilidade daquilo que se estava fazendo para o cumprimento do Direito.

Em todos os casos mencionados percebe-se que a solução chegou por meio do necessário diálogo entre as partes bem como pela colaboração entre os órgãos estatais e os indivíduos envolvidos na busca de possíveis soluções para os problemas que seriam enfrentados sem emprego da lógica bipolar, tendo em vista que o conflito não é bilateral e que a dinâmica adversarial não seria adequada para solucionar os casos apresentados.

Embora no direito público não se encontre disciplina tão ampla de figuras que possam ser assimiladas às decisões estruturais, é fácil perceber que é neste campo (ou, mais amplamente, no âmbito de causas de interesse público) que se encontra a maior parte das medidas com essa natureza. Isso se deve, como é evidente, ao fato de que é aqui que soluções que não se compadecem com o sistema binário – procedência/improcedência – são necessárias. Aliás, é essa necessidade que fez surgir, mesmo à revelia de normas autorizativas expressas, vários exemplos de decisões estruturais no

---

<sup>276</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.408.

direito nacional. É interessante, de fato, perceber que, em relação a esses interesses públicos, a ausência de previsão legal que autorize essas medidas – e mesmo a incidência das regras processuais comuns, que em princípio limitariam o emprego dessa técnica – não tem sido obstáculo para a outorga desse tipo de proteção.<sup>277</sup>

Conforme visto, para os casos estruturais a racionalidade da culpabilização não é adequada quando a finalidade é de fato resolver a situação, e não somente onerar alguma das partes com obrigações que muitas vezes acabariam trazendo prejuízo maior à sociedade. Há uma necessidade em combinar esforços para encontrar e efetivar possíveis soluções. Por isso, o intuito não se resume apenas ao fato de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade principal se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática,<sup>278</sup> de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, as medidas estruturais são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.

### 3.3. MEDIDAS ESTRUTURANTES E ACESSO À JUSTIÇA. NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A necessidade de materialização do direito impõe a adoção de medidas com o objetivo de aprimorar o significado de “acesso à justiça”. Primeiro, cumpre salientar que, independente da qualquer que seja a concepção de justiça, estipulá-la como meta traz uma série de consequências prejudiciais para de fato estudar a concretização de direitos. O problema, portanto, não é saber “o que é justiça”, mas o fato de ser colocada como uma meta a ser alcançada.

Não é o objetivo aqui definir uma metar utópicas para inspirar o judiciário e traçar formas de um dia cumpri-la. Ainda que o princípio do acesso à justiça tenha sempre o mesmo objetivo, qual seja, o de garantir que todos os cidadãos tenham acesso ao sistema judiciário eficaz e que as medidas tomadas por este sejam

---

<sup>277</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.403.

<sup>278</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. p.402.

efetivas para a sociedade com um todo, o conteúdo acerca de tal princípio sofre mudanças. Falar em acesso à justiça é discutir qual a melhor forma de o Judiciário cumprir com seu dever de prestação jurisdicional, hoje.

A partir desse contexto, e com a necessária ruptura da postura liberal clássica, é que se observa uma reflexão complexa capaz de impulsionar o Poder Judiciário a afiançar a roupagem de suas funções, como firmado por Fiss ao fundamentar a *reforma estrutural*.

I have my doubts as to whether the historical claim is wholly accurate as a purely descriptive matter. To my mind, what has evolved has been the *form* of adjudication, but not the *function*. The function of adjudication, whether in the nineteenth century or twentieth century, torts or criminal law, contract or antitrust, *McCulloch v. Maryland* or *Brown v. Board of Education*, has not been to resolve disputes between individuals, but rather to give meaning to our public values. What has changed is social structure, the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations, and it is these changes in social structure that account for the changes over time in adjudicatory forms. Such changes should hardly be a cause for concern. What would, in fact, provoke a genuine crisis of legitimacy would be to insist on procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today.<sup>279</sup>

Assim, reforma estrutural para Fiss é uma “nova” maneira de enxergar o papel do próprio poder judiciário na sociedade moderna. “This new mode of litigation, which I call ‘structural reform’ represents an importante advance in the understanding of modern society and the role of adjudication.”<sup>280</sup>

A grande diferença que se coloca, portanto, entre os modelos de adjudicação propostos por Fiss, é, basicamente, o olhar que se tem do problema no caso concreto. Enquanto tradicionalmente se tem o costume de visualizar os problemas que cotidianamente enfrenta o judiciário, apenas com foco na tentativa de repará-lo (e por isso se fala muito em sanção, multa), sem considerar, no entanto, suas verdadeiras causas. Propõe-se aqui, encontrar um novo olhar para a inefetividade jurisdicional não só apontando para causas que aparentemente estão dentro do Judiciário, mas também no contexto em que este está inserido. A desigualdade certamente advem de práticas sociais e da interação dinâmica entre cultura,

---

<sup>279</sup> FISS, Owen M. *The forms of justice*. p.40.

<sup>280</sup> FISS, Owen M. *The social and political foundations of adjudication*. Law and Human Behavior, v. 6, n. 2, p.121-128, 1982, p.122.

cognição e contexto. Impossível seria apontar para um único motivo, conforme já abordado.

Recent interdisciplinary scholarship indicates that inequality results from social practices, and the dynamic interaction between culture, cognition, and context. It cannot be reduced to a single explanatory theory or rule violation. Inequality can often only be discerned by examining patterns of interaction that produce problematic conditions or relationships. The normative significance of inequality is itself determined through the problem identification process, which may in turn reveal limitations of the norms themselves. The problem solving process is then necessary to determine the extent and scope of legal obligations that are triggered by acts that violate legal standards.<sup>281</sup>

O problema que enfrentamos na busca de um acesso à justiça no sentido de concretização de direitos é que não se está diante de uma crise com causas definidas, mas sim diante de uma situação generalizada que deve ser encarada como problema estrutural. É somente a partir deste entendimento que será possível apontar eventuais medidas para o judiciário e seu melhoramento no objetivo de garantir boa prestação jurisdicional.

Pretende-se então pensar e entender o processo em si de maneira diferente – sendo aqui não apenas um processo tradicional, mas *estrutural*. Segundo Fiss, “we had to develop a theory consistent that is radically different from the individualistic, unanimous consent exalted by the social contract tradition”.<sup>282</sup>

Como o próprio nome indica, o processo estrutural não se limita aos problemas individuais, mas justamente amplia o olhar para entendê-lo como parte de um sistema plural e complexo. O objetivo das decisões, portanto, passa a alteração substancial, com a visão para o futuro de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial e pelo papel do judiciário de maneira geral.<sup>283</sup>

Observa-se que atual cenário brasileiro apresenta um histórico de medidas adotadas sem qualquer preocupação com a totalidade dos elementos do processo.

---

<sup>281</sup> Sturm, SUSAN. *Equality and the forms of justice*, University of Miami Law. Institutional repository. Rev. 51. 2003. p.63

<sup>282</sup> FISS, Owen M. *The social and political foundations of adjudication*. p.128.

<sup>283</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p.219.

Em outras palavras utilizam-se medidas polarizadas em um problema pontual e não se busca resolver em sua perspectiva macro. Apontando sempre para problemas não é possível almejar nada além de uma resposta paliativa à sociedade leiga, mas certamente não se encontra uma melhoria concreta na atuação processual ou uma reformulação capaz de servir à conjugação entre finalidades e possibilidades da jurisdição.<sup>284</sup>

O que se tem, portanto, é uma falha no combate à chamada crise judiciária, pois sua estrutura não tem qualquer preocupação com o aspecto material na concretização de direitos fundamentais. O objetivo então é ultrapassar a visão dicotômica do processo tradicional,<sup>285</sup> fazendo com que a relação processual se desenvolva de maneira menos rígida, multifacetária, não levando em consideração somente o “antagonismo entre polos”. Pelas lentes do processo tradicional identificam-se sempre duas visões antagônicas e adversas sobre determinado problema. Enquanto um quer cobrar, o outro entende que o valor não é devido, e vice-versa. Quando tratamos acerca de políticas públicas a visão é diferente. Primeiro porque os processos envolvem diversas visões e interesses diferentes, que não podem ser agrupados e separados apenas em dois polos. Segundo, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum <sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Sobre respostas paliativas que o Judiciário busca, Gustavo Osna aponta para a chamada “meta 2” instaurada pelo CNJ para que fossem julgados processos em instancias superiores traçando uma certa quantidade de processos por ano. “Prova disso é obtida pelo exame do mais emblemático programa de gestão instituído recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário: a chamada “Meta 2”. Em linhas gerais, a aludida “Meta” vem consistindo na imposição de que até um marco temporal seja julgada determinada fração das demandas propostas em momento anterior a uma data prefixada. Nesse esteio, por exemplo, o objetivo da “Meta 2” em 2009 era que ao longo do ano fossem julgados todos os processos distribuídos até a data de 31 de dezembro de 2005. Nos dizeres do próprio CNJ, a medida serviria como figura voltada à obtenção de “efetividade” em nosso Poder Judiciário. OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*, p.30-31.

<sup>285</sup> Também no âmbito do processo, Arenhart explica acerca da função do contraditório no âmbito do processo contemporâneo. É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de “representantes adequados” de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis.

<sup>286</sup> ARENHART, Sergio Cruz.. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. p.218.

Neste sentido, Owen Fiss explica que a busca incessante por reparar o dano e retornar ao “status quo”<sup>287</sup> não serve mais para resolver os problemas com que nos deparamos hoje. Juliana Pondé Fonseca, neste sentido, afirma que trata-se de uma característica processual conservadora justamente porque compreende a igualdade de maneira unívoca.

Ele (o *status quo*) possui caráter nitidamente conservador, pois zela pela proteção da igualdade formal entre os cidadãos. Numa sociedade desigual, ela só possibilita e assegura que a desigualdade permaneça. Nesse tipo de sociedade, a promoção da igualdade material é imprescindível e demanda que a ideia “igualdade” seja compreendida de forma complexa, o que não é possível se a todos é dado tratamento homogêneo.<sup>288</sup>

Percebe-se então uma nova racionalidade para o processo, inclusive porque em algumas hipóteses é impossível apontar qual seria esse estado anterior, objetivando-se, pois, mais desconstruir o *status quo* para chegar a uma nova realidade do que fazer buscar uma restauração do que havia anteriormente.

The goal of dispute resolution is to set things back to normal, the remedy is short and discreet since it simply undertakes to reestablish the world which existed before the dispute. But this is clearly not a valid conception of the structural remedy, for the goal of this new mode of litigation is to create a new status quo, one that will be more nearly in accord with our constitutional ideals. The restructuring of a prison or school system cannot be understood as an attempt to return to a world that existed prior to some dispute, it represents an attempt to construct a new social reality. The remedy may have to last almost as long as the social reality it attempts to create.<sup>289</sup>

Como se pode perceber, todos os aspectos destacados apontam para uma única direção: trabalhar com casos estruturais exige outra racionalidade para desafiar e alterar o *status quo*. Isso tem repercussões na própria configuração do processo, além de exigir outra forma de interpretar não só o processo, mas toda a

---

<sup>287</sup> Na relação bilateral, o que se procura é fazer uma equivalência entre o remédio judicial e o direito da parte com razão, numa “maximização dos direitos”, visando a restaurar o *status quo* ante. Mariela Puga explica da seguinte forma: “The corrective framework sees the relationship between rights and remedies in terms of ‘rights maximizing’, that is, it prioritizes remedial completeness and aims at the West possible restoration of the *status quo ante*. As such, the corrective framework takes no account of third party interests or broader social and political consideration. PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*, p.16.

<sup>288</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*, p.125.

<sup>289</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.53.

função do judiciário como um todo. A ideia do ganhador-perdedor presente no processo bipolarizado e com necessário grau de adversariedade preocupa-se em ganhar, mesmo que a todo custo, ou, ao menos, ter a menor perda possível, com, por exemplo, o uso de estratégias protelatórias. Nos casos estruturais, a função do processo tem de ser outra.

Vale ressaltar que adotar e interpretar os problemas como estruturais não faz com que haja permissão para atividade discricionária por parte do Estado, dando vazio ao ativismo judicial sem quaisquer limites<sup>290</sup>. Muito pelo contrário, há sim uma necessidade de resolução e compreensão de problemas com fundamento em princípios Constitucionais para que, dentro deles, possam ser encontrados meios de resolução tanto na esfera do judiciário quanto por meios alternativos de resolução de conflitos. É dizer, portanto, que os fundamentos da Constituição estarão sempre presentes ainda que não se utilize unicamente a forma binária para resolver questões inerentes ao Judiciário.

Structural litigation does not begin with indifference toward or ignorance of the public values. That litigation proceeds within the framework of a constitution; and the Constitution that we know today and that stands vindicated by *Brown v Board of Education*, is a constitution that does far more than simply establish a form of government. It identifies a set of values such as equality, liberty, no cruel and unusual punishment, due process, security of the person, and freedom of speech. These values transcend the private ends implied by the dispute resolution model and inform and limit the function of our government. They stand as the core of a public morality and serve as the substantive foundations of structural litigation. The social function of contemporary litigation is not to solve disputes.<sup>291</sup>

Defender uma nova forma de interpretar o mau funcionamento do judiciário não significa, contudo, que princípios basilares do direito serão deixados de lado. O

---

<sup>290</sup> Sobre o papel do juiz nos casos estruturais A adoção de caráter ativo pelo Estado fez com que também o juiz – investido do posto de agente público – sofresse uma reconstrução do seu papel. Foi nessa revisão que a ação jurisdicional passou a ser concebida de maneira mais ampla. Para Mariela Puga: “Lejos de encontrarnos con un juez árbitro entre dos versiones opuestas del conflicto, en los casos estructurales los jueces asumen una participación activa en el procedimiento, organizando, guiando y hasta facilitando el debate, cuando no imponiendo ya antes de la sentencia una versión del problema a debatir. En fin, cuando el debate no está guiado por una animosidad adversarial, y el juez se transforma en su principal articulador, el fin del proceso ya no es el de calificar o juzgar sucesos sino el de explicarlos, para conocerlos, y sobre todo, para poder debatir alguna de sus soluciones. El proceso judicial adquiere, así, un tinte más epistémico que el usual.” PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. p.50.

<sup>291</sup> FISS, Owen. *The Law as it Could be*. p.53.

que se nota aqui é a preponderância de alguns princípios em face de outros que na prática parecem ser menos relevantes quando se busca a efetividade da prestação jurisdicional em determinado caso concreto<sup>292</sup>.

Princípios como o da ampla defesa, do contraditório e a recorribilidade das decisões são sempre reafirmados. Qualquer tentativa de reduzi-los, mesmo que para equilibrá-los com outros princípios, é geralmente rejeitada. Já princípios como a imediatidade, a identidade física do juiz, a concentração dos atos processuais e a oralidade praticamente não existem na prática do sistema, de tão diminuídos. Enquanto a ameaça aos primeiros gera revolta na doutrina, a ausência dos segundos já é tão comum que não espanta ninguém.<sup>293</sup>

A exigência de um Judiciário efetivo, portanto, será atendida sobre um sistema processual que priorize efetividade e celeridade, e não apenas o segundo.<sup>294</sup> Não é apenas reduzindo os processos em números que se alcançará uma efetiva prestação. Para isso, Juliana Pondé explica que “metas factíveis precisam ser estabelecidas, para que assim os problemas estruturais sejam finalmente solucionados”.<sup>295</sup> Tendo em vista que o foco aqui não é o de aprofundar acerca de todas as possíveis metas que a autora aponta que o judiciário poderia (e deveria) adotar, ressalta-se a seguinte: a adoção de um único procedimento é insuficiente para abarcar os problemas estruturais que existem.

A ideia de um único procedimento ordinário, a ser seguido por todos os litigantes em todas as demandas, tem suas raízes na necessidade de promover a igualdade formal entre as partes. A ideia de igualdade formal foi propagada após a Revolução Francesa, num contexto em que era importante assegurar-lá para tentar pôr um fim a uma sociedade marcada pelos privilégios de classe. Não se pensava na necessidade de dar tratamento diferenciado de acordo com os direitos pleiteados. Dentro da ciência processual civil, a uniformização do procedimento foi um objetivo perseguido pelos primeiros processualistas. O estabelecimento de um só procedimento para atender a diferentes direitos serviu para isolar o processo do direito material.<sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> Para a resolução dos casos devem ser utilizadas técnicas de ponderação trazidas na primeira parte do presente estudo.

<sup>293</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.137.

<sup>294</sup> Ainda, veja-se que o processo coletivo-estrutural não tende a acabar rápido nem deve ser pensado para acabar rápido.

<sup>295</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.121.

<sup>296</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.122.

A autora propõe, então, que, por mais que as utopias que norteiem o processo continuem sendo a verdade<sup>297</sup> e a justiça, é preciso que “suas metas estejam centradas na prestação de tutela efetiva e submetidas à condição ética de factibilidade – a consideração das necessidades concretas dos sujeitos. Dessa forma, ele servirá não mais a uma ilusão, e sim à sociedade”<sup>298</sup>.

É preciso compreender então, que nenhum procedimento padrão será capaz de propiciar uma tutela efetiva, pois não pode se adaptar às diferentes exigências de cada situação ou de cada direito pleiteado. As tutelas devem ser construídas “olhando-se de fora para dentro”<sup>299</sup> – ou seja, do direito material para o direito processual. Qualquer rigidez imposta no procedimento é inadequada para que a tutela jurisdicional seja prestada. “Estabelecer um só procedimento para atender a diferentes direitos serviu para isolar o processo do direito material”<sup>300</sup>.

No âmbito do processo civil a ideia de procedimento rígido para solução de litígios, cuja pretensão era alcançar a neutralidade de um procedimento único para todo e qualquer direito material, é ultrapassada. Isso tinha por base a suposição de que, “para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos. Diferenciar procedimentos implicava

---

<sup>297</sup> Sobre a busca do processo pela “verdade”, Juliana Pondé critica: “Alcançar a verdade real por meio do processo é impossível, não só porque garantir o descobrimento de qualquer das concepções de verdade tratadas nesse trabalho consiste no estabelecimento de uma meta utópica, como também porque a ideia de verdade ‘real’ é, no mínimo, incoerente. A concepção ‘real’ de verdade sofre pela incoerência em relação ao pensamento filosófico contemporâneo, por fazer referência a um paradigma (paradigma do ser) já superado. A outra opção mencionada por processualistas é colocar a ênfase numa concepção formal de verdade. Tanto uma como a outra são insuficientes e incompletas para tratar de uma realidade mais complexa. Ao considerar o real como determinado e determinante da subjetividade, as duas perspectivas mencionadas pecam por ser unilaterais. FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.114.

<sup>298</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.121.

<sup>299</sup> Sobre o olhar de “fora para dentro”, Juliana Pondé traz a lição de Marinoni no seguinte sentido: Um procedimento que desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, obviamente, não poderia propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, pois a efetividade da tutela jurisdicional depende da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos e somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material.

<sup>300</sup> FONSECA, Juliana Pondé *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.126.

diferenciar pessoas e situações, o que seria incompatível com a plena liberdade que o Estado deveria reservar aos particulares”<sup>301</sup>.

Assim, rejeita-se também que somente por meio de um procedimento mais fechado e rígido seria possível alcançar maior segurança jurídica. “A relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica”.<sup>302</sup>

(...) a uniformidade e a sua suficiência do procedimento ordinário não passam de um mito. Existe ainda a alegação de que o procedimento ordinário propicia segurança (mais uma vez a grande base do sistema) pois impede ou ao menos dificulta arbitrariedades dos magistrados. Ora, se esse é o verdadeiro objetivo, a estratégia para atingi-lo está totalmente equivocada. Para controlar os juízes e limitar sua discricionariedade, seria muito mais eficaz criar várias espécies de procedimento, voltadas a objetivos específicos, todas cuidadosamente reguladas.<sup>303</sup>

O processo civil “tradicional” preocupa-se basicamente com uma igualdade em sentido formal. É necessário fortalecer os laços entre o processo e o direito material, afastando essa pretensão de neutralidade. Observa-se que, quando tratamos de casos estruturais sequer os chamados “procedimentos especiais” são a solução para tanto. Assim como a adoção de um procedimento ordinário, adotar procedimentos especiais é firmar regras que não serão necessariamente benéficas para a solução de determinado caso concreto. As técnicas processuais devem possibilitar a construção de um procedimento funcional que efetivamente preste uma tutela jurisdicional em cada litígio estrutural.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a adoção de procedimentos especiais também não resolveria todo o problema seja porque é inviável a legislação prever um para cada hipótese em que se faz necessário fugir do “procedimento padrão”, seja porque as previsões de tais procedimentos levam em conta o tipo de direito

---

<sup>301</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.25.

<sup>302</sup> GAJARDONI Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190, p.163-177, abr./jun. 2011, p.173.

<sup>303</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. p.124.

material ameaçado ou violado, mas não necessariamente as circunstâncias e necessidades concretas.<sup>304</sup>

Essa “construção” procedimental, ou seja, que analise caso a caso para então estabelecer um procedimento adequado para resolução de determinado problema, não só é necessária, como é também possível, por dois motivos que merecem destaque: primeiro porque o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, conforme prevista no rol de garantias fundamentais pelo art. 5º inciso XXXV, da Constituição tem como um de seus corolários o direito ao procedimento adequado ao caso concreto. Em segundo lugar, conforme mencionado há pouco, pelo motivo de que o devido processo legal não é igual a procedimento rígido e prefixado em lei. Ou seja, falar sobre diferentes meios de concretização de direitos não é o mesmo que falar sobre uma violação ao devido processo legal. O que se deve preservar são as garantias processuais, e isso não necessariamente acontece simplesmente se utilizados unicamente os procedimentos estabelecidos em lei<sup>305</sup>.

Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, *basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham

Nesse contexto, diante do caso concreto terá o procedimento de ser delineado conforme as necessidades dos litígios estruturais, pois é muito difícil imaginar um caso estrutural que se encaixe nos procedimentos prefixados. O presente contexto do processo civil é, assim, marcado pelo atrito entre a

---

<sup>304</sup> Assim é que se tem que ir além não apenas do “procedimento nico”, como da “utopia das ‘tutelas jurisdicionais diferenciadas’”. Em suas palavras: “a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva depende da possibilidade do uso da técnica processual adequada às especificidades do caso concreto. É evidente que não é possível instituir procedimento adequado ao caso concreto, uma vez que as suas nuances são naturalmente imprevisíveis. A predisposição legislativa das técnicas processuais (procedimentos) que devem ser utilizadas conforme as necessidades de tutela do direito material não é suficiente quando se tem em mira atender às características do caso concreto.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p.50.

<sup>305</sup> Essa flexibilização do procedimento conforme as necessidades concretas, como argumenta Fernando Gajardoni, não viola a segurança jurídica, ou ao menos não a viola necessariamente, dependendo, a rigor, de como é feita: “basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham”, servindo as garantias constitucionais como mecanismos de controle (por exemplo, a motivação da decisão e o contraditório), sem os “cubículos formais dos procedimentos”.

complexidade das funções jurisdicionais e os limites inerentes à sua materialização. A reestruturação das instituições processuais deve ponderar as duas ordens de fatores, sob pena de, ignorando as finalidades, resultar em inefetividade e formalismo ou (desconsiderando as condições objetivas de atuação) romper com a factibilidade e gerar um processo sem concretude material.

Um sistema processual que nasceu para lidar com uma sociedade estática é aquele que tem como função trazer certeza. Contudo, nos deparamos com um cenário dinâmico e em contante mudança, que por se tratar de necessidades humanas, jamais alcançarão “estabilidade” a ponto de se tornarem previsíveis. Assim, o processo “atende rigorosamente bem ao modelo que o concebeu”. Porém, ele funciona mal para outros objetivos, e entre esses outros estão os de um Judiciário que também pretenda ocupar-se do tipo de litígio aqui estudado, quais sejam, os problemas estruturais. “Sem uma profunda e corajosa revisão do nosso paradigma, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões”<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p.201.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou traçar um paralelo entre as transformações do Direito e o princípio do acesso à justiça, bem como apontar diferente perspectiva sobre o problema que afeta todo o Judiciário brasileiro, qual seja, o da falta de prestação jurisdicional efetiva. O mau funcionamento do sistema, no entanto, não é tarefa simples para ser resolvida, nem mesmo no âmbito teórico do Direito.

Primeiro, falar em crise do Judiciário é equivocados. A ideia de crise é afastada quando se observa que em nenhum momento da história o sistema funcionou de fato: morosidade da justiça, falta de conhecimento técnico para resolução de demandas, magistrados com metas impossíveis de serem cumpridas com o intuito de diminuir o número de processos nas varas, custos elevados para as partes recorrerem em juízo. O que há de errado no sistema Judiciário brasileiro? Como é possível contornar essa situação a fim de que possa ser possível uma prestação adequada para todos os cidadãos? Certamente não há uma única causa a ser combatida e também não é simplesmente no âmbito judicial que será possível encontrar uma resposta para tanto. Ainda, observa-se que as medidas adotadas até hoje para solucionar essa situação foram elaboradas sem que se soubesse o que exatamente deveria ser modificado. A simples tentativa de “desafogar o Judiciário” com a redução quantitativa de processos judiciais claramente não supre as necessidades que se veem presentes.

Tendo em vista que a causa do problema não é apenas uma, mas são inúmeras, que interligadas resultam no mau funcionamento da estrutura como um todo, conclui-se, então, que estamos diante de problemas estruturais. Em outras palavras, significa dizer que não são problemas pontuais nem passageiros, mas complexos e que se relacionam com a própria estrutura do sistema, comprometendo seu funcionamento.

A partir dessa perspectiva, o papel do processo civil clássico passa a ser insuficiente para a resolução das demandas complexas e policêntricas. Muitos dos problemas que numa primeira impressão poderiam ser interpretados como “simples” disputa entre dois polos assumem contornos complexos se estudados mais a fundo e a estrutura processual clássica não tem meios para alcançar uma solução. Como

exemplos, apontaram-se casos de reintegração de posse, distribuição de medicamentos em postos de saúde e desastres ambientais.

A partir do entendimento de que os casos devem ser interpretados com novas lentes, ou seja, como litígios estruturais, diversas são as implicações desencadeadas: os problemas aqui são policêntricos e complexos, trazem interesses que estão relacionados entre si e exigem que as possíveis soluções sejam pensadas de modo criativo e interativo. Não há fórmula mágica escondida para resolver os casos com que se depara o Judiciário e portanto para garantir o acesso à ordem justa, eficaz. O que se vê é a necessidade de uma nova racionalidade. A postura dos participantes do processo deve ser diferente, afastada da cada vez mais da lógica da culpabilização e da bipolarização. Os diferentes polos envolvidos têm de inserir-se nesse outro cenário, adotando uma postura prospectiva, para que respostas ao problema estrutural possam ser criadas e para que as reformas estruturais possam ser concretizadas, buscando, enfim, a construção de soluções, embora provisórias, para remediar a violação de direitos, depois de desestabilizado o *status quo*.

A perspectiva que se adota, portanto, é muito mais ampla no sentido de que não se utiliza do processo apenas como meio de reparação para as partes, já que em inúmeros casos sequer é possível retornar ao estado anterior. Diferentemente, o intento é pensar o processo como um todo, pois focar somente na decisão do caso é insuficiente. Conforme os casos trazidos, observou-se que muitas decisões exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.

Assim, o processo não se limita aos problemas individuais, mas justamente amplia o olhar para entendê-lo como parte de um sistema plural e complexo. Os objetivos das decisões estão voltados para o futuro de determinada prática ou instituição e não mais no intuito de reparação. As questões típicas de litígios

estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial e pelo papel do Judiciário de maneira geral.

Para tudo isso, porém, é necessária uma mudança da compreensão que se tem do processo. Para garantir o acesso à justiça é preciso atualizar a interpretação que se tem do processo e também do Judiciário. Isso certamente é outro desafio, mas se espera que as considerações desse trabalho reforcem que é preciso dar o primeiro passo, qual seja, de trazer uma nova perspectiva ao problema do Judiciário. A regra, se houver alguma, aqui não é a rigidez, mas a flexibilidade, sem deixar de lado preceitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In: Revista de Processo, p.389-410, 2013.
- ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2005, p.1
- ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Revista de Processo Comparado, v. 2, p.211-232, 2015. p.213
- ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*. Comares: Granada, 1996, p. 121-236.
- BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: Friedman, D. Human Rights in Private Law. Yale Law School. Portland: Hart Publishing, 2001, p.25.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOTINDA, Thierry Chozem Zamboni. *Direitos fundamentais e controle judicial*. v.19 n.1 99p. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Série Monografias do CEJ, v. 15, 2013, p.206.
- BARROSO, Luís Roberto et al. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, jul. 2001. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção histórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo: Malheiros, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no processo civil*. Revista de Processo. Ano 36, vol. 198, ago./2011. São Paulo: RT, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica*. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p.143-166, julho/dezembro de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SA Fabris, 1988, p.4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos A. F. *O movimento pós-positivista e a "visão" neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy*. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p.105-124, julho/dezembro de 2012.

CARNEIRO, Leonardo Cunha. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em 29/04/2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.). *Direitos humanos e democracia*. São Paulo: Ed. Forense, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. Revista Inf. Legisl., Brasília, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993, p.305. Disponível em <Disponível

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176094/000475069.pdf?sequence=3>

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista Crítica Jurídica, n. 22,, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: O Estado de Direito: História, teoria, crítica. Costa, P. e Zolo, D., orgs., trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p.75.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça*, Brasília: CNJ, 2016.

CUNHA, Rosane Gay. *O direito fundamental do acesso à justiça. Direito e Democracia*. Revista de Ciências Jurídicas – Ulbra, v. 2, n. 1, p.149-160, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000.

FISS, Owen. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.

FISS, Owen M. *The social and political foundations of adjudication*. Law and Human Behavior, v. 6, n. 2, p.121-128, 1982.

FISS, Owen M. Coda. University of Toronto Law Journal, v. 244, p. 229-244, 1988.

FISS, Owen M. *Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions*. Harvard Law Review, v. 94, p. 626-646, 1981.

FISS, Owen M. Foreword. In: GARGARELLA, Roberto et al (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006.

FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do `devido processo*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coords.). *Visões críticas do Processo Civil brasileiro: uma homenagem ao prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FONSECA, Juliana Pondé: *Acesso à Justiça*. In: Clèmerson Merlin Clève (org.). *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2. p.549-589, 2014.

FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo cível factível*. 170f. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 140, 2005.

FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p.353-409, 1978.

GAJARDONI Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190, p.163-177, abr./jun. 2011.

GRIMM, Dieter. *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world*. The twilight of constitutionalism, v. 3, p. 3-4, 2010.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processo coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2008.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 1998.

HESPANHA, António Manuel; CABRAL, Rui. *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna*. *Análise social*, p. 1183-1208, 2002.

LOPES, Ana Maria d'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 164, p.7-15, 2004.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin; *Governo Democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MALISKA, Carlos Augusto. *Pluralismo jurídico e Direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. *Estudos de Direito Processual Civil*, p. 13, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. 2004. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>.

MENDES, Gilmar Ferreria. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8, p.131-142, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: *Revista de Processo*. p.141-150, 2004.

NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. *Revista CEJ*, v. 1, n. 3, p.61-69, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Consituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003,.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*, Dissertação Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2013.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões*. In: Constituição, democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Coord. Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política de jurisdição constitucional brasileira*. Tese – Universidade Federal do Paraná. 2013

POZZOLO, Suzanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. Tese Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito*. 2011.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais: introdução, constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista*. *Ius Gentium*, v. 6, n. 4, p.222-243, 2013.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?* *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, v. 33, n. 2, 2013.

SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*, rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Leya, 2013.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Arbitragem e acesso à justiça. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p.253-267, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104/13758>>. Acesso em: 02 ago. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15104>.

SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*, 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá.

SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.2.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, v. 4, 2005.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. *O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 13, n. 13, p.129-144, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. Novos estudos jurídicos, v. 8, n. 2, p.250-302, 2008. p.259.

Sturm, SUSAN. *Equality and the forms of justice*, University of Miami Law. Institutional repository. Rev. 51. 2003. Disponível em <  
<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=umlr>>

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013, p.124.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. 2007.

ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.