

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

ALEXANDRE ÁVALO SANTANA

**ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL
SUBSTANTIVO**

CAMPO GRANDE

2017

ALEXANDRE ÁVALO SANTANA

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SUBSTANTIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos.
Orientador: Profa. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas

CAMPO GRANDE

2017

Nome: Alexandre Ávalo Santana

Título: Acesso à Justiça como Direito Fundamental Substantivo

Dissertação parcial apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito de aprovação no Exame de Qualificação.

Aprovada em: ____/____/_____.

Banca Examinadora

Orientadora: Profa. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

À minha amada e eterna tia Eva (*in memoriam*), fundamental para minha formação pessoal e acadêmica, por todo amor abnegado e por sempre ter acreditado em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por minha vida e por ter me dado saúde e força para superar os obstáculos encontrados.

À Professora Lídia Maria Ribas, exemplo de perseverança e dedicação ao estudo das Ciências Jurídicas, que me proporcionou condições para a realização deste trabalho.

Agradeço a todos que me ajudaram de qualquer forma, seja durante a pesquisa, com empréstimo de livros, leitura ou revisões ao longo da elaboração deste trabalho, especialmente aos queridos Marina e Heberth.

Por último, quero agradecer à minha família e amigos pelo apoio incondicional que sempre me deram.

RESUMO

SANTANA, Alexandre Ávalo. Acesso à Justiça como Direito Fundamental Substantivo. 2017. Dissertação parcial (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

O tema do acesso à justiça como direito fundamental substantivo é tratado no presente estudo, inicialmente, por meio de uma breve incursão na temática da teoria geral dos direitos fundamentais, em uma perspectiva de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa e compreendido como direito fundamental social de característica instrumental necessária à concretização de outros direitos fundamentais. De igual modo, pelo método dedutivo, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, buscou-se apreciar a dimensão substantiva do princípio do devido processo legal e sua repercussão para garantia fundamental do acesso à justiça para além o seu caráter formal, bem como o papel das diretrizes traçadas pelas normas fundamentais processuais constitucionais e infraconstitucionais como importante instrumento para a obtenção do acesso substantivo, sendo possível concluir que num cenário de Estado constitucional democrático tais normas são indispensáveis para a devida percepção do acesso à ordem jurídica justa qualitativamente dimensionada, adequada, efetiva, tempestiva e, portanto, substancial.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Acesso à justiça. Devido processo legal substantivo. Normas fundamentais processuais. Ordem jurídica justa. Democracia.

ABSTRACT

SANTANA, Alexandre Ávalo. Access to Justice as Fundamental Law Substantive 2017. Partial dissertation (Master in Law) - Law School, Federal University of Mato Grosso do Sul, 2017.

Access to justice as a substantive fundamental right is treated in the present study, initially, by means of a brief incursion into the theme of the general theory of fundamental rights, from a perspective of access to justice as access to a just legal order and understood as a fundamental social right instrumental characteristic necessary for the realization of other fundamental rights. Likewise, through the deductive method, based on a doctrinal and jurisprudential analysis, we sought to appreciate the substantive dimension of the principle of due process and its repercussion for fundamental guarantee of access to justice beyond its formal character, as well as the role of the guidelines drawn up by fundamental constitutional and infraconstitutional procedural norms as an important instrument for obtaining substantive access. It is possible to conclude that in a democratic constitutional State scenario such norms are indispensable for the proper perception of access to the fair legal order that is qualitatively dimensioned, adequate, effective, timely and therefore substantial.

Keywords: Fundamental Law. Access to justice. Due substantive process of law. Basic procedural rules. Fair legal order.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	10
2.O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	16
2.1.BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.1.1.Surgimento e características dos direitos fundamentais	16
2.1.2.Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais	23
2.1.3.Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.....	30
2.1.4.Princípio da vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais	32
2.2.PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	33
2.3.ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	42
2.3.1.Características do acesso à justiça.....	42
2.3.1.1.Acesso para além do judiciário e a ordem jurídica justa	49
2.3.2.Ondas renovatórias do acesso à justiça	53
2.3.2.1.A primeira onda de acesso	54
2.3.2.2.A segunda onda de acesso.....	56
2.3.2.3.A terceira onda de acesso	58
3.DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO – <i>Substantive Due Process</i>	61
3.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	61
3.1.1.Origem e noções históricas	62
3.2. DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDIMENTAL.....	67
3.2.1.Princípios decorrentes do devido processo legal procedimental	71
3.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO	75
3.3.1.O devido processo substantivo como mecanismo de concretização de direitos.....	75
3.3.2.Devido processo substantivo e o exame da razoabilidade	80
3.3.3.Devido processo substantivo na ordem constitucional	85
3.3.4.Da aplicação do <i>Substantive Process</i> no âmbito do Supremo Tribunal Federal	90
3.4. CONSTITUIÇÃO GARANTISTA	93
4.NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	99
4.1. A CONSTITUIÇÃO E O ACESSO A ORDEM JURÍDICA JUSTA	99
4.1.1.Direito constitucional processual vs. Direito processual constitucional	100
4.1.2. Princípio da eficiência para além de sua função administrativa.....	105
4.1.3. Princípio da razoável duração do processo	114

4.2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DA NOVA LEI PROCESSUAL.....	119
4.2.1. Inclusão expressa de normas constitucionais na lei processual	123
4.2.2. A Cooperação como norma fundamental	125
4.2.3. Da primazia do julgamento do mérito como aferição do prazo razoável	129
4.2.4. Da boa-fé objetiva no exercício do direito de acesso.....	132
4.2.5. Da razoabilidade e da proporcionalidade.....	135
4.2.6. Meios alternativos de acesso: heterocomposição não estatal e autocomposição	138
5. CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	151

1.INTRODUÇÃO

A apropriada compreensão da garantia do acesso à justiça, numa perspectiva de acesso a uma ordem jurídica justa, emerge relevante para a avaliação do seu papel instrumental em prol da proteção e da concretização dos demais direitos e garantias fundamentais.

A aceção de acesso a uma ordem jurídica justa, permeada pelo princípio constitucional do devido processo legal, em suas dimensões procedimental e substancial, bem como pelas normas fundamentais previstas nos textos constitucional e infraconstitucional, pode revelar alguns novos mecanismos que, em tese, podem servir de auxílio para a promoção adequada da garantia do acesso à justiça.

O problema se estabelece diante dos desafios para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça para além do aspecto meramente formal e, mais precisamente, da missão constitucional de se tutelar direitos como instrumento de pacificação social.

Tem-se por objetivo realizar o estudo do tema do acesso à justiça, a ser construído numa perspectiva de direito fundamental e substancial indispensável para o Estado democrático, bem como o exame das normas fundamentais processuais tidas como instrumentos auxiliares para a concretização desta garantia quando dimensionada qualitativamente.

Para tanto, pretende-se analisar os preceitos constitucionais que sustentam a tutela de direitos com o escopo de se dar máxima eficácia aos direitos fundamentais que circundam a garantia do acesso à justiça.

Objetiva-se promover uma análise sob o prisma do preceito constitucional do devido processo legal procedimental e substancial e, principalmente, da missão de se dar efetividade a tal garantia, sem descuidar da abordagem de outros princípios que se apresentam relevantes para a obtenção de uma ordem jurídica justa e adequada.

Também será necessário apreciar as diversas técnicas adotadas com o escopo de se alcançar a efetividade, bem como para a apropriada materialização da garantia do acesso à justiça, considerado o viés apontado pela terceira onda renovatória, com destaque especial para as normas fundamentais e para os

princípios processuais e, ainda, sua possível aptidão como instrumento de realização de valores contidos na Constituição da República.

Intenta-se, também, descrever se a nova lei processual brasileira observou ou não os parâmetros de coerência com as normas constitucionais, em especial com os preceitos fundamentais do devido processo legal, da razoável duração do processo, da eficiência e da segurança jurídica como elementos de consolidação do conceito de ordem jurídica justa.

A relevância do tema consubstancia-se na proposta de se apresentar o alcance do acesso à justiça, bem como de demonstrar sua natureza de garantia fundamental prestacional.

De igual modo, é relevante destacar sua característica instrumental e, portanto, de inevitável interlocução com os demais direitos fundamentais, ou seja, sua utilidade como instrumento relevante para o objetivo de realização e proteção de outros direitos e garantias fundamentais.

Nesse cenário, os direitos e garantias fundamentais podem ser identificados como os que possuem ideia de essencialidade, emergindo como normas fundantes do Estado democrático, razão pela qual o tema é bastante debatido no âmbito da doutrina e da jurisprudência, sendo, portanto, de notória repercussão e indiscutível relevância.

A propósito, no plano interno, a Constituição da República explicitou de modo pormenorizado a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, sendo que entre os fundamentos que servem de sustentáculo para o estado democrático de direito, encontram-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, apresenta-se importante e necessário avaliar se a garantia constitucional do acesso à justiça e se os princípios dele derivados são apropriadamente aplicados, notadamente com o relevo suficiente que conduza à concretização dos comandos neles contidos, aspecto que se alinha ao princípio da máxima efetividade, identificado doutrinariamente como postulado normativo de interpretação constitucional a ser invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesse prisma, de realização da garantia de acesso à justiça como instrumento de pacificação social, impõe-se, além da providencial transformação legislativa, uma interpretação que favoreça a postura cooperativa de todos que de qualquer forma, participam da prestação da tutela de direitos.

Como necessária incursão introdutória, o estudo passa pela apreciação da teoria dos direitos fundamentais e sem deixar de registrar a divergência terminológica, destaca as gerações dos direitos fundamentais que, por sua vez, encontram importante base científica na doutrina, considerando-se as características e a classificação dos referidos direitos a partir de seu conteúdo, distribuindo-os, inicialmente, em três gerações.

Em brevíssima síntese, serão abordados, primeiramente, os direitos do indivíduo como fator de limitação da atividade do estado, ou seja, os chamados direitos civis e políticos, compreendidos a partir do valor liberdade.

Em seguida, aqueles direitos e garantais de natureza social, inerentes à atuação estatal positiva, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, a partir do valor igualdade.

Por fim, será apreciada a categoria dos direitos que difundem a concepção de solidariedade e fraternidade, onde estão alocados os chamados direitos metaindividuais e/ou transindividuais, os quais dão sustentáculo ao tema da tutela coletiva de direitos e a coletivização, a qual, como se verá, encontra-se destacada na segunda onda renovatória do acesso à justiça.

Além das gerações tradicionalmente tratadas, também serão abordadas outras classificações que atualmente já são difundidas pela doutrina constitucionalista brasileira.

Ainda sob o enfoque da abordagem da teoria geral dos direitos fundamentais alguns outros temas relevantes serão visitados.

É o caso da eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais, identificada na relação entre particulares, ou seja, para além da eficácia vertical, extraída da conhecida relação entre o estado e o indivíduo.

Também será trabalhada a teoria da vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, bem como a chamada prioridade constitucional dos chamados direitos fundamentais sociais.

Após esta necessária incursão, será tratado de modo específico, o tema do acesso à justiça e sua condição de direito fundamental de natureza social, bem como sua característica instrumental absolutamente relevante e prioritária na missão de concretizar direitos no Estado Constitucional de Direito.

Ainda sobre a garantia do acesso à justiça, será explicitado seu real alcance para além da ideia de acesso ao judiciário, notadamente no contexto de busca do acesso a uma ordem jurídica justa. Para tanto, serão consideradas suas características e suas ondas renovatórias.

Também será abordada a temática do devido processo legal como meio de contenção de arbitrariedades e de promoção de direitos, com destaque para sua face substantiva.

Para tanto será feita uma análise do contexto histórico no qual emergiu o princípio do devido processo legal. A partir de sua evolução, será apreciado o devido processo legal em suas dimensões procedimental e substantiva, como sobreprincípio garantidor do acesso à justiça e, este, por sua vez, como instrumento de concretização de outros direitos fundamentais.

A propósito, uma releitura do sistema processual pelo viés constitucional, pode permitir a aplicação do *substantive process* no sistema da *civil law*, inclusive por meio do exame da proporcionalidade na aplicação das normas processuais, sem desconsiderar, por óbvio, a tríade de elementos que a compõe, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, o que se dá dentro de um contexto de incidência constitucional.

Nessa conjuntura, o devido processo legal substantivo (*substantive process*) será trabalhado não somente como técnica de contenção substantiva do princípio do devido processo legal, mas como meio de se alcançar o acesso à justiça visto não como uma norma meramente programática.

Será relevante identificar nesse ponto, por exemplo, a adequação e eficiência na prestação jurisdicional, para além do princípio insculpido no art. 37 da Constituição Federal, por ser ela um dos importantes mecanismos de auxílio na concretização de direitos fundamentais inseridos numa ordem jurídica justa.

Na última parte, após o estabelecimento da necessária correlação entre o acesso à justiça e o princípio do devido processo legal, sob o prisma de proteção e promoção de direitos fundamentais, serão apreciadas as normas fundamentais processuais, inseridas num contexto de direito constitucional processual.

Referidas normas fundamentais processuais, podem ser extraídas a partir da análise de alguns princípios constitucionais, os quais estabelecem diretrizes que devem nortear a tutela de direitos e a própria garantia do acesso à justiça.

Além dos instrumentos identificados a partir da Constituição da República, também serão pontuados alguns mecanismos de concretização que podem ser extraídos das normas fundamentais contidas no texto da atual lei processual infraconstitucional, as quais também revelam princípios determinantemente influenciados pela norma constitucional.

Em outras palavras, referidas normas fundamentais estão postas por meio da adoção de princípios já reconhecidos explícita ou implicitamente pela Constituição da República, os quais serão trabalhados de modo específico.

Assim, a partir destes elementos e das novas diretrizes contidas nestas normas fundamentais de natureza processual, torna-se inevitável o reconhecimento e a reafirmação do chamado direito constitucional processual.

Será demonstrado que o objeto de estudo do direito constitucional processual é justamente a influência da Constituição e de seus princípios no tratamento do direito processual como mecanismo de tutela de outros direitos.

Portanto, a partir das referidas normas fundamentais de natureza constitucional e infraconstitucional, é possível identificar um conjunto de normas que podem ser categorizadas como *princípios do processo*, numa acepção de princípios auxiliares relevantes para a realização do acesso a ordem jurídica justa.

Reconhecido este viés principiológico, é importante avaliar se referidas normas fundamentais, efetivamente, podem auxiliar no aprimoramento do acesso à justiça visto sob o seu enfoque substancial e qualitativamente dimensionado, bem como se elas serão efetivamente utilizadas como diretrizes para todo o sistema de tutela de direitos.

A propósito, a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da atual lei processual geral, consubstanciada no Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016, destacou que para a solução dos problemas que prejudicam o acesso à justiça no contexto de adequada prestação da tutela jurisdicional faz-se necessário ver o processo como método de resolução de conflitos e realizador de valores contidos nas normas constitucionais.

A investigação proposta será desenvolvida sob o enfoque predominantemente qualitativo. O estudo apresentar-se-á como pesquisa descritiva e exploratória, quanto aos seus fins e bibliográfica e documental em relação a seus meios.

Quanto à delimitação é preciso dizer que esta pesquisa ater-se-á à demonstração dos mecanismos normativos e interpretativos necessários para se alcançar a adequada concretização do acesso à justiça substantivo, voltado para a adequação e qualidade, a partir de seu *status* de direito fundamental indispensável para a democracia.

De igual modo, se abordará a missão constitucional de prestação da tutela de direitos justa, adequada e eficiente como mecanismo de pacificação social, por meio da análise de preceitos contidos na Constituição da República, tais como, segurança jurídica, devido processo legal e razoável duração do processo e, ainda, as técnicas identificadas a partir das normas processuais fundamentais, as quais, em tese poderão ser utilizadas como ponte hermenêutica para o atendimento de tal finalidade.

Assim, o trabalho encontra-se dividido em 3 seções, na primeira seção será abordada a temática do acesso à justiça como direito fundamental, no segundo capítulo o devido processo legal, com apreciação de suas dimensões procedimental e substantiva. No terceiro, serão abordadas as peculiaridades das normas fundamentais processuais e sua aptidão como instrumento de acesso a uma ordem jurídica justa.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

De início o estudo concentra-se na identificação e na alocação do acesso à justiça como direito fundamental instrumental e, ainda, na apreciação das características próprias que se apresentam como desdobramento desta condição indispensável para ao Estado Democrático de Direito.

A partir desta análise será possível o desenvolvimento apropriado dos demais pontos que circundam o tema proposto neste estudo.

2.1. BREVES NOTAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente é relevante apreciar brevemente o tema da teoria geral dos direitos fundamentais como instrumento de introdução para o estudo do acesso à justiça, destacando a classificação a partir do conteúdo, suas características, eficácia, entre outros elementos que compõem a sistemática de estudo e aplicação destes direitos.

2.1.1. Surgimento e características dos direitos fundamentais

No que tange ao surgimento dos direitos fundamentais, pode-se afirmar de um modo geral, que sua construção foi desenvolvida principalmente em período histórico de afirmação dos modelos de constitucionalismo liberal, decorrente da reformulação do conceito de Estado, ou seja, sua origem histórica está diretamente ligada a um movimento de desprendimento de parâmetros sociais até então praticados.

Referida ruptura se deu, principalmente, com relação aos modelos absolutistas que se distanciavam da adequada relação que deveria haver entre o Estado e o poder, dentro de um escopo de legitimidade, eis que a vontade popular era vista como elemento irrelevante no cenário vigente naquele momento histórico, ou seja, ao poder do povo ainda não era dado o devido reconhecimento.

A propósito, ao tratar do constitucionalismo francês, Paulo Bonavides (2007, p. 39-40) destaca o que denomina como tratar-se de um momento de redenção das classes sociais, notadamente no que tange a um processo de emancipação política e civil perante o monarca, fruto de um período anterior de opressão:

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da nação em sua legitimidade incontestável.

Como se observa, o nascimento destes direitos está diretamente ligado a um movimento de cessação da submissão da burguesia a um poder absoluto. De igual modo, a origem destes direitos passa pelo reconhecimento do poder do povo, no sentido de que as ações estatais devem passar a ter por objeto o atendimento aos direitos dos detentores do Poder.

Nesse contexto, o marco histórico da Revolução Francesa traz em sua essência os direitos de liberdade e da ideia de oposição em face do Estado, a partir do entendimento de que a submissão do cidadão se dá em face de um poder legítimo, em contraponto ao poder despótico.

Aliás, é possível constatar que a Declaração de Direitos de 1789 traz entre seus fundamentos a concepção de liberdade e de legitimidade do poder, tal como assevera Bobbio (2004, p. 87). Confira-se:

O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio da legitimidade do poder que cabe à nação.

Em outras palavras, é possível constatar uma nova perspectiva de sociedade, cujas balizas se identificam com o modelo de Estado Constitucional, principalmente diante da ideia de que uma nação deve ser construída e pautada a partir de uma relação legítima de poder, que se forma entre o Estado e o povo, passando a vontade popular a ter um papel de protagonismo.

Na verdade, dentro das balizas de um Estado Constitucional, os elementos sociedade e Estado se apresentam indissociáveis, compondo um todo legitimado justamente por conta desta ligação.

Nessa linha, importante registrar o entendimento no sentido de que o Estado seria uma sociedade em si, composta por grupos de indivíduos ligados por um escopo comum. Sobre o tema, Darcy Azambuja (2008, p. 18) ensina que:

O Estado portanto é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum. E se denomina sociedade política porque, tendo sua organização determinada por normas de direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o bem público.

Assim, em que pese o tema direitos fundamentais estar bastante em voga no direito constitucional contemporâneo, principalmente pelo fato de ser elemento importante que compõe as teorias construtivas do novo método denominado neoconstitucionalismo, tema que, por si só, renderia um estudo exclusivo, o seu aprofundamento não seria apropriado para essa oportunidade.

A partir deste contexto, emerge relevante traçar algumas características destes direitos, os quais podem ser identificados como aqueles que, a par de uma concepção puramente positivista, possuem ideia de essencialidade, ou seja, aqueles que, entre os vários direitos, possuem uma maior carga valorativa, fundada em valores e princípios como dignidade da pessoa humana, justiça, proteção, confiança, entre outros.

Obviamente não é tarefa fácil promover uma definição adequada sobre os direitos fundamentais, mormente no que tange ao seu alcance, principalmente em razão de sua constante evolução, fatalmente vinculada aos movimentos de mudança da sociedade.

Nessa trilha de identificação destes direitos, destaca-se a natureza humana como pressuposto de titularidade dos direitos fundamentais, pois, os direitos fundamentais são inerentes à existência humana. Em outras palavras, tais direitos e garantias surgem com atrelados a própria existência humana.

Sobre o tema, João Batista Herkenhoff (1994, p. 18) aponta que:

São direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam da concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Extrai-se do próprio conceito, tem-se que apesar das críticas à teoria do jusnaturalismo, a ideia de que o ser humano, por essa qualidade, é detentor de direitos subjetivos oponíveis ao Estado permanece hígida, e tem, inclusive, sua interpretação ampliada para além dos direitos de liberdade, tal como leciona Bobbio (2004, p. 117).

Por outro lado, apesar da crítica antijusnaturalista, as proclamações dos direitos do homem e do cidadão não só não desapareceram, mesmo na era do positivismo jurídico, como ainda continuaram a se enriquecer com exigências sempre novas, até chegarem a englobar os direitos sociais e a fragmentar o homem abstrato em todas as suas possíveis especificações, de homem e mulher, criança e velho, sadio e doente, dando lugar a uma proliferação de cartas de direitos que fazem parecer estreita e inteiramente inadequada a afirmação dos quatro direitos da Declaração de 1789.

De outro norte, em um contexto de direitos e garantias, destacam-se as características de proteção em face do poder e prestação mínima, elementos essenciais para a condição humana. Sobre este ponto, Alexandre de Moraes (1997, p. 39) afirma o seguinte:

Os direitos fundamentais compreendem o conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Para além da acepção axiológica de garantia da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais ocupam um importante lugar para a construção e fundamentação do ordenamento jurídico de determinado Estado.

Nesse espeque, tais direitos e garantias fundamentais, são identificados como aqueles reconhecidos dentro da sistemática instituída pelo respectivo direito positivo de cada nação.

Em contrapartida, diferentemente dos direitos fundamentais, os direitos humanos são veiculados de modo geral fora dos limites espaciais ou juridicamente formais de determinado ordenamento, ou seja, repercute uma incidência *erga omnes*, vinculando a todos independentemente do reconhecimento do direito positivo estatal.

Assim, a identificação dos direitos fundamentais está diretamente ligada ao aspecto temporal e espacial, pois, diante de sua característica fundante, referidos

direitos servem de sustentáculo estatal e, de consequência, incidem sobre todo o arcabouço jurídico de determinado Estado.

Nesse prisma, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 31) leciona que os direitos fundamentais:

[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico.

Nesse ponto, ainda com a finalidade de fazer uma breve e introdutória análise sobre os direitos fundamentais, merece ser registrada a existência de uma celeuma terminológica que, muitas vezes pode interferir na adequada compreensão e delimitação do tema.

A partir dos possíveis termos utilizados, muitas vezes aleatoriamente, é possível encontrar as expressões como direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, o que muitas vezes pode dar ensejo ao uso indevido da terminologia, pois aludidas expressões apresentam alcances distintos.

Sobre referidas definições terminológicas, o elemento de positivação do direito ou de institucionalização, por meio de previsão expressa em determinado espaço e tempo, apresenta-se como fator preponderante para escolha da nomenclatura mais adequada a ser utilizada.

Ao tratar do tema, Fabio Konder Comparato (2001, p.17) leciona que:

Na verdade, o sistema integrado de direitos humanos, nacional e internacional, comporta dois níveis: o do direito positivo e o do direito suprapositivo.

No primeiro, situam-se os chamados *direitos fundamentais*, isto é, os direitos humanos declarados pelos Estados, seja internamente em suas Constituições, seja internacionalmente por via de tratados, pactos ou convenções.

Nesse diapasão, os direitos possuidores desta característica fundante ou de essencialidade, passam a ser denominados como direitos fundamentais, desde que estejam positivados em determinado Estado, o que, no caso do Brasil, se dá por meio da Constituição da República de 1988.

Vale ainda destacar, o caráter materialmente aberto do sistema constitucional brasileiro, o qual permite o reconhecimento de outros princípios e direitos previstos em tratados internacionais dos quais o país seja signatário.

Sobre este aspecto terminológico, sopesando as expressões utilizadas, Canotilho (2002, p. 377) assevera que:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental rights colocados no local primeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até por vezes mera retórica política, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (grundrechtsnormen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim coisas distintas como foros ou privilégios. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

Nesse diapasão, conclui-se que a principal distinção que se pode utilizar entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais é o critério de positivação, ou seja, a previsão normativa de um núcleo mínimo de direitos reconhecidos por determinado Estado em sua constituição.

No entanto, à luz de um Estado Democrático, em que pese a necessidade da conduta ativa do legislador como elemento essencial na proteção dos direitos, não se pode desconsiderar os valores que devem permear a proteção dos direitos humanos no plano internacional, os quais merecem ser observados no âmbito interno.

A propósito, a doutrina menciona a concepção de Estado Constitucional Cooperativo, a qual substituiria o conceito tradicional de Estado-Nação, entendido como Estado constitucional democrático compreendido internamente, mas não cooperante e não aliado no plano internacional. (SILVEIRA, 2010, p.91)

Ainda sobre este aspecto, Silveira (2010, p.91) destaca:

“quanto à relação do Estado Constitucional Cooperativo com os direitos humanos, escreve Härbelle que a tarefa do Estado constitucional (cooperativo) junto à comunidade jurídica internacional é a de criar uma “medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais.”

A propósito, no plano interno, a Constituição da República explicitou de modo pormenorizado a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, sendo que entre os fundamentos que servem de sustentáculo para o Estado Democrático de Direito, encontram-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º), aspectos que corroboram o carácter materialmente aberto da Constituição da República.

Outra característica dos direitos e garantias fundamentais, além de sua positivação, é justamente seu carácter de direito subjetivo, autoaplicável, razão pela qual é intuitivo concluir que tais direitos podem ser legitimamente exigidos dos destinatários da norma constitucional positivada, inclusive em face do Estado, na condição de realizador de prestações positivas ou negativas.

Nesse sentido assevera Barroso (2011, p. 73):

Direitos subjetivos constitucionais investem os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma constitucional – prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos bens e interesses jurídicos nela consagrados. Tais direitos incluem os individuais, políticos, sociais e coletivos.

A partir das características identificadas, no cenário de um Estado Democrático de Direito, emerge necessário destacar qual quais princípios estariam munidos de força suficiente para promover a almejada concretude dos direitos e garantias fundamentais. Justamente diante desta necessidade, a garantia do acesso à justiça apresenta-se como elemento inafastável de ajuste e interlocução como todos os demais direitos e garantias inseridos e reconhecidos como norma constitucional.

Estabelece-se assim, o âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais, oponíveis em face do Estado, a partir de seu conteúdo preponderante, como direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos de solidariedade, classificação que será a seguir explicitada, além da garantia de acesso à justiça e sua possível aptidão instrumental como elemento capaz de promover a concretização dos direitos.

2.1.2. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

O tema “gerações dos direitos fundamentais” encontra importante base científica nos estudos realizados por Norberto Bobbio em seu livro "A era dos direitos" que, ao classificar esses direitos a partir de seu conteúdo, inicialmente, os distribuiu em 3 (três) gerações.

Em síntese, abordou, primeiramente, os direitos do indivíduo como fator de *limitação da atividade do Estado*, em seguida passou por aqueles de *característica social* inerentes à atuação estatal positiva e, por fim, tocou a ideia de *solidariedade*. Nota-se que, nessa linha, os direitos fundamentais são classificados de acordo com a preponderância de seu conteúdo.

Nesse ponto, é importante registrar que a doutrina constitucionalista atual, tem preferido a expressão “Dimensões de Direitos”, sob o argumento de que o termo “Gerações de Direitos” repercute uma compreensão equivocada, pois, difunde a ideia de haver uma sucessão cronológica entre elas e, de consequência, cessação das gerações antecedentes pelas mais recentes.

A partir desta construção, a expressão “Dimensões de Direitos” traz uma noção de complementação e coexistência entre as diversas dimensões, o que parece melhor se alinhar aos propósitos do estudo do tema. No entanto, deve ser reconhecido que, na doutrina, há reiterada utilização das duas expressões, muitas vezes tratadas sem a devida atenção aos seus significados distintos.

A propósito, conforme Sarlet (2011, p 50), a utilização da expressão dimensões de direitos fundamentais se apresenta mais adequada para refletir o aspecto evolutivo e complementar dos direitos fundamentais, pois, o termo dimensão traria a ideia de reconhecimento progressivo dos referidos direitos, assim, as dimensões mais recentes são adicionadas, com o passar do tempo, partindo-se daí uma acepção de acréscimo e não de substituição.

Portanto, considerando que os direitos e garantias fundamentais são cumuláveis, não há falar em substituição de um direito por outro, o que a expressão “gerações” acaba por indicar.

A utilização do termo “dimensões”, além de exprimir a ideia de coexistência, em contraponto à ideia de superação ou sobreposição, igualmente traz ao conceito dos direitos fundamentais a unidade e indivisibilidade que deve permear sua interpretação e aplicação.

Ainda de acordo com o que leciona Sarlet (2011, p. 46).

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A par das três primeiras gerações desenvolvidas inicialmente, vale registrar que, atualmente, sustenta-se a formulação de novas gerações dos direitos fundamentais, constituindo a quarta e quinta gerações, decorrentes do desenvolvimento científico, do avanço tecnológico, da *internet*, da biologia, genética, entre outros.

Assim, em que pese haver uma vasta discussão doutrinária, de um modo geral, a classificação mais utilizada, bem desenvolvida pelos constitucionalistas pátrios, elenca cinco dimensões, as quais serão resumidamente abordadas a seguir.

Na *primeira geração ou dimensão* encontram-se os direitos que pressupõem uma igualdade formal perante a lei, constituindo-se como garantia do cidadão perante a atuação estatal, pois *exigem abstenção do Estado* com o fim de evitar eventual violação aos *direitos civis e políticos* e, de consequência, está ligada ao valor *liberdade*.

Sobre o tema, mais precisamente ao apreciar o aspecto liberdade, Carlos Eduardo Pianovski Ruzik (2004, p. 70) pontua:

Situa-se aí o gérmen do pensamento fundante do Estado Liberal, ao identificar, duas esferas bem delineadas: a do indivíduo, como um amplo e intangível espaço de liberdade, e a do Estado, restrito à necessidade assecuratória daquelas mesmas liberdades. Daí a origem da racionalidade que informa a dicotomia entre o público e o privado, que se coloca na Modernidade. Não parece temerário dizer, nessa esteira, que para Locke existe uma dimensão residual em relação ao privado, como elemento assecuratório das liberdades do indivíduo, centradas na ideia de propriedade como direito natural por excelência.

A partir desta conjuntura de abstenção do Estado, que passa a ter o dever de respeitar os direitos civis e políticos do indivíduo, como decorrência, a seara econômica passa a ganhar relevo.

Apenas para exemplificar, a inviolabilidade do direito à propriedade do indivíduo, como abstenção que vincula a atuação do Estado, obviamente trouxe segurança jurídica no que tange ao patrimônio do indivíduo, o que, em via oblíqua acaba por favorecer o mercado, eis que a possibilidade de sujeição aos arbítrio autoritário acaba por ser enfraquecido.

Nesse sentido, é relevante ao discorrer sobre ausência de segurança jurídica em quadro absolutista e, de outro norte, a não intervenção do poder na esfera patrimonial dos indivíduos.

José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 254) leciona que:

A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula as leis gerais às funções estaduais protege o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.

A segurança jurídica emerge como um elemento essencial, por ser capaz de promover a consolidação do modo de aplicação dos direitos fundamentais, bem como, induz a uma percepção de estabilidade, de coerência e integridade no que tange à adequada proteção e efetivação destes direitos, o que se alinha ao princípio da confiança.

Por outro lado, em uma realidade contrária a estes preceitos, ou seja, em um cenário de insegurança jurídica, a proteção ou a promoção de direitos e garantias fundamentais fatalmente ficariam comprometidas.

Nesse sentido, Sarlet (2011, p. 434) corrobora o seguinte:

Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade de suas próprias posições jurídicas. [...] Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Como se pode observar, não há falar em direitos fundamentais apartados de um mínimo de segurança jurídica, ainda que se refira aos direitos de liberdade em face do poder do Estado.

Logo, faz-se mister que a ordem constitucional garanta o mínimo de segurança aos cidadãos, o que foi primeiramente exprimido, do ponto de vista histórico, como o direito fundamental à propriedade, corolário da liberdade do cidadão em face do Estado.

Ressalta-se, ainda, que, a par de qualquer finalidade de justiça social, este cenário de igualdade formal, obviamente, deu ensejo a uma real prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos, ou seja, instaurou-se o domínio por aqueles que detinham o maior poder econômico em face dos que não detinham a mesma condição.

Nesse diapasão, apontando problemas e, principalmente, destacando as desigualdades reais, decorrentes de uma igualdade meramente formal, tendenciosa ao favorecimento dos mais fortes, Paulo Luiz Lobo Netto (1999, p. 01) assevera o seguinte:

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram conflitos que redundaram no advento do Estado social.

A par dos debates sobre suas consequências, fato é que o valor *liberdade* ganhou protagonismo perante o Estado, o qual também passou a ser submetido aos limites estabelecidos pelos direitos e garantias do indivíduo. Portanto, a primeira dimensão dos direitos fundamentais, representa a classe das chamadas *liberdades públicas negativas*, ante o seu evidente caráter inibitório.

Por outro lado, considerada a relação entre o Estado e o indivíduo, Jellinek, leciona que:

A soberania do estado é um poder objectivamente limitado, que exerce no interesse geral. E é uma autoridade exercida sobre pessoas que não estão em tudo e por tudo subordinadas, é uma autoridade exercida sobre homens

livres. Ao membro do livre Estado, uma esfera que exclui o imperium. Tal vem a ser a esfera da liberdade individual, do status negativus, do status libertatis, dentro do qual são prosseguidos os fins estritamente individuais mediante a livre atividade do indivíduo. (apud, REALE, 2000, p. 20)

Na *segunda geração ou dimensão*, surgida após a Revolução Industrial, é possível identificar a categoria dos direitos sociais que, por sua vez, buscam a real inserção do sujeito no contexto da sociedade, o que se dá por meio da exigência de uma postura estatal ativa.

Nessa categoria de direitos formula-se a necessidade de *ação por parte do Estado* especialmente com relação a determinados direitos e garantias, a exemplo dos direitos e garantias trabalhistas, educação, entre outros.

Ao tratar do tema Marcelo Novelino (2009, p. 483) pondera que:

Embora alguns direitos sociais tenham apenas uma *dimensão objetiva*, a grande maioria, na qualidade de direitos fundamentais, possui também uma *dimensão subjetiva*, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais.

Na referida dimensão, é possível vislumbrar um compromisso sócio-ideológico em busca de justiça social. Nessa categoria, são privilegiados os *direitos sociais, culturais e econômicos*, consubstanciados no valor *igualdade*.

Consideradas suas respectivas finalidades, ao tratar da distinção entre os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão, Otávio Bueno Magano (1997, p. 27) leciona que:

Menor ainda a possibilidade de se confundirem os chamados direitos sociais com os direitos e garantias individuais pelas três principais razões abaixo aduzidas: primeira por que, estes surgiram para coibir abusos de autoridade, atingindo seu apogeu com o individualismo liberal [...] enquanto aqueles se forjaram para a promoção dos pobres que vieram à tona com o industrialismo do século XIX, explicitando-se em algumas Constituições do tempo da Primeira Grande Guerra, como a mexicana e Weimar, e atingindo seu apogeu com o término da segunda Grande Guerra; segunda por que as garantias individuais exigem abstenção por parte do Estado, ao passo que os direitos sociais pressupõe da parte deste atividade progressiva; terceira, por que os direitos individuais correlacionam-se com claras e precisas obrigações de não fazer por parte do estado e outras pessoas, ao passo que as regras componentes do chamado Estado Social traduzem-se apenas em padrões de conduta norteadores da atividade do Estado.

Ainda sobre os direitos fundamentais de segunda geração, é possível afirmar que os chamados direitos prestacionais mudaram a perspectiva do ordenamento jurídico até então vigente.

Nessa linha, a concepção de Estado Social traz consigo a responsabilidade pela implementação destes direitos e garantias fundamentais, como mecanismo relevante para a promoção da justiça social, impondo-se ao poder estatal uma postura ativa na tomada de decisões e concretização de direitos.

Aliás, ao analisar os direitos do homem e sociedade, Bobbio (2004, p.62), destaca que:

num discurso geral sobre os direitos do homem, deve se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor deve se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais

A *terceira geração ou dimensão*, desenvolvida após a segunda guerra mundial, alocam-se os denominados direitos metaindividuais ou transindividuais, justificadores das demandas coletivas, cuja necessidade surgiu com o aumento do acesso à justiça, caracterizando a terceira onda.

Na mencionada categoria de direitos, pode ser destacada a proteção transgeracional destinada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (para as presentes e futuras gerações), nos termos determinados pela Constituição Federal da República, bem como da tutela dos direitos do consumidor, entre outros.

Como nota característica, pode-se afirmar a projeção de valores que transcendem os interesses do indivíduo, fundados na concepção de *solidariedade e fraternidade*, tal como afirmado por Grinover (2016):

Ditos também *direitos comunitários*, por pertencerem a uma comunidade de pessoas, indeterminada ou determinada, que persegue um objetivo comum, esses direitos formam uma nova geração de direitos fundamentais, ou seja os *direitos de solidariedade*. E eles também são objeto de tutela jurisdicional.

Ressalta-se a principal característica desta dimensão, qual seja, a de não se ocupar com a proteção dos direitos de determinado indivíduo, se voltando à coletividade como maior interessada na proteção e promoção de direitos identificados por esta característica transindividual.

Exatamente nesse sentido, Paulo Bonavides (2002, p. 523), pontua o seguinte:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira dimensão tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo de um grupo ou de determinado estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeraram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiam eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, à comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade.

Em que pese ainda haver alguma divergência, de um modo geral, a doutrina já identifica outras duas gerações e/ou dimensões de direitos fundamentais, quais sejam a quarta e quinta gerações.

Sob a perspectiva de uma análise evolutiva, Bobbio (2004, p. 5-6) explica que:

[...] já se apresentam novas exigências que, diante de seu conteúdo peculiar, necessariamente devem estar alocados em outra categoria de direitos, identificados como direitos de quarta geração, referentes aos efeitos traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético da cada indivíduo.

Ainda com relação as novas categorias, a doutrina pronuncia uma realocação de alguns direitos a serem destacados e agrupados, como é o caso do direito a paz, redefinido da terceira para a quinta geração e/ou dimensão.

Nessa linha, “o direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas em todas as esferas.” (Bonavides, 2002, p. 580)

Em suma, é possível identificar, na *quarta geração/dimensão*, o biodireito (biotecnologia e bioengenharia) e, na *quinta geração/ dimensão*, o direito à Paz, bem como os direitos que surgem das relações constituídas por meio de sistemas informatizados (*internet*) e de comunicação, diante do notório rompimento da antiga noção de fronteira material entre os indivíduos, como é o caso da experiência que os internautas vivenciam.

Inobstante a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, pensadas a partir de seu conteúdo preponderante, o que qualifica como de natureza coletiva, os direitos de segunda, terceira, quarta e quinta dimensões, há entendimento no sentido de que seu objeto também pode ser compreendido de forma única, qual seja, a proteção das liberdades individuais, notadamente a fim de proteger e promover a dignidade humana.

Exatamente em tal perspectiva, merece ser registrada a posição de Sarlet (2011, p. 54), no sentido de que:

[...] nada obstante a já relevada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Como visto nessa breve abordagem, as dimensões enquanto categorias dos direitos fundamentais, devem ser entendidas, a partir de seu conteúdo e de suas bases históricas, também como objeto único de proteção e promoção desses direitos reconhecidamente essenciais ao Estado Constitucional.

2.1.3. Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Outra característica que também aparece no estudo do tema refere-se aos contornos da eficácia destes direitos, mais precisamente no que tange aos planos vertical e horizontal de incidência dos referidos direitos e garantias fundamentais, nuance que percorre o meio doutrinário e jurisprudencial, razão pela qual será brevemente tratado nesse estudo.

O debate em torno da matéria é compreensível e, portanto, justificável, uma vez que um plano passou a ser objeto de indagação.

Nota-se que a já conhecida *eficácia vertical* dos direitos fundamentais sempre foi de fácil percepção, pois consiste na repercussão dos referidos direitos na relação do Estado com o particular, visto que, é sabido que aquele (o Estado) tem sua conduta ativa ou passiva delimitada por conta dos direitos e garantias fundamentais que protegem o indivíduo e a sociedade (particular).

Assim, a fim de evitar ou mesmo suplantar possíveis arbitrariedades, a depender do conteúdo do direito, impõe-se ao Estado o dever de abstenção ou ação

na concretização dos referidos direitos. Exemplo disso é a necessária isonomia que deve ser observada no que tange ao direito fundamental de acesso à justiça.

Pois bem, a par do conhecido contexto da verticalidade (eficácia vertical) dos direitos fundamentais na relação entre o Estado e o indivíduo, também merece ser ressaltada uma outra concepção no que se refere ao alcance destes direitos, qual seja a concebida no plano da horizontalidade (eficácia horizontal ou privada) desses direitos, decorrente da relação entre os indivíduos.

Neste prisma da eficácia horizontal ou privada, os direitos fundamentais se revelariam como instrumentos limitadores das relações privadas.

Em outras palavras, além de limitarem a atuação estatal na relação com o indivíduo, os direitos fundamentais também deveriam ser observados e/ou respeitados na relação entre os particulares.

De qualquer forma, é importante ressaltar que, em alguns casos, a incidência destes direitos fundamentais dependerá, obviamente, da possibilidade desta concretização, a qual pode encontrar óbices de toda ordem, que muitas vezes podem se revelar intransponíveis.

Por outro lado, sobreleva dizer que as normas caracterizadas como direitos fundamentais precisam trazer consigo elementos mínimos capazes de garantir a aplicabilidade imediata destes direitos, o que muitas vezes não é possível pela própria natureza jurídica do direito fundamental previsto.

Assim, a depender da hipótese em questão, a realização de um direito pode esbarrar na postura omissiva do legislador infraconstitucional.

Exatamente sobre este aspecto, e utilizando como exemplo o acesso ao poder judiciário, o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 360) elucida o seguinte:

Mesmo algumas normas constantes do artigo 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido. A garantia do acesso ao judiciário (artigo 5º, XXXV) não prescinde de que a lei venha a dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos. Da mesma forma, a garantia do Júri (5º, XXXVIII) reclama legislação processual adequada. A plenitude de efeitos dessas normas depende da ação normativa do legislador, porque essas normas constitucionais caracterizam-se por uma densidade normativa baixa. Quanto a elas, não obstante o que diz o §1º do artigo 5º, a maior medida de sua eficácia queda na dependência do legislador infraconstitucional, cuja inércia pode embargar o propósito do constituinte e atrair a censura da inconstitucionalidade por omissão.

A propósito, o tema já ultrapassou as barreiras da doutrina, pois a eficácia horizontal já foi reconhecida em alguns julgamentos proferidos pelos tribunais brasileiros.

Registra-se, a título de exemplo, o emblemático julgamento do RE 201.819, proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

No referido caso a Suprema Corte brasileira considerou que a decisão de exclusão de membro de uma sociedade empresarial sem possibilitar sua efetiva participação e manifestação quando da tomada de decisão pelos demais sócios caracterizou clara violação dos princípios/garantias processuais decorrentes do devido processo legal, os quais, indiscutivelmente, são aplicáveis a todo e qualquer processo judicial e administrativo.

O Supremo Tribunal Federal, mais precisamente, reconheceu a violação do devido processo legal no que tange aos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento de exclusão de sócio ocorrido no âmbito de uma pessoa jurídica de direito privado, ficando, portanto, reconhecida a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

Nesse sentido, é possível concluir adequado o entendimento em prol da aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, especialmente nos casos de atividades privadas com alguma repercussão de caráter público.

2.1.4. Princípio da vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais.

Ainda sobre o tema da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, é relevante registrar o *Princípio da Proibição de Retrocesso* (também nominado como efeito *cliquet* ou vedação a evolução reacionária) que, segundo a doutrina constitucionalista, incide quando da aquisição dos direitos e garantias fundamentais, que, por sua vez, devem ser protegidos pelo próprio processo de evolução do Estado Constitucional de direito.

Nesse prisma, há entendimento no sentido de que os direitos fundamentais, quando já reconhecidos ou concretizados, não poderiam ser suprimidos por atuação estatal posterior, pois as conquistas integrariam definitivamente o rol dos direitos dos indivíduos.

Nessa linha a doutrina ratifica:

O princípio da proibição de retrocesso social de que se trata pode ser vislumbrado como manifestação de um princípio maior respeitante à matéria dos direitos fundamentais, ou seja, seria possível cogitar de um princípio que vedasse retrocessos em matéria de direitos fundamentais em face de atuações estatais de natureza distinta. A aceitação de um tal princípio estaria fundada na ideia de um progresso constante no caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo “marchas atrás” na consagração e efetivação dos direitos fundamentais. Nessa esteira, todos os direitos fundamentais estariam protegidos contra alterações amesquinhadoras de seu conteúdo e garantias [...] (NETTO, 2010, p. 111)

A partir destas diretrizes, percebe-se que o princípio da proibição de retrocesso se alinha ao princípio da segurança jurídica, uma vez que a concretização dos referidos direitos, por meio do reconhecimento estatal, deve trazer consigo certa estabilidade.

Assim, com sustentáculo nas premissas contidas no mencionado princípio, existiria um verdadeiro comando de vedação para as *reduções arbitrárias*, considerando o grau de concretização de um determinado direito fundamental na sociedade, de modo a já estar sedimentado na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, conforme lição de Felipe Derbli (2007).

Logo, para que a incidência do princípio em exame possa obstar a posterior supressão arbitrária de direitos já conquistados, deve haver o *reconhecimento* do direito fundamental pelos órgãos encarregados da concretização da Constituição (v.g. legislativo) e a *sedimentação deste direito na consciência coletiva*.

Nessa esteira, Sarlet (2011) afirma que o princípio da vedação ao retrocesso visa apurar em que medida os direitos fundamentais sociais podem ser assegurados em face de supressões ou restrições quanto à sua concretização já alcançada.

Em que pese tratar-se de tese bastante interessante, o tema ainda provoca muita discussão. A propósito, referido princípio não poderia ser aplicado indistintamente, devendo incidir excepcionalmente, uma vez que deve haver equilíbrio entre sua aplicação e a autonomia da atuação do Poder estatal, notadamente o legislativo.

Nessa esteira, faz-se mister ponderar o alcance da vedação ao retrocesso, em face principalmente, do caráter não absoluto de qualquer direito fundamental, e das alterações sociais ocorridas ao longo da história, nas quais são

formuladas e pensadas ordens jurídicas que atendam aos anseios sociais de determinada época, com enorme influência dos aspectos externos, tais como cultura, política, economia, entre outras.

A incorporação de determinado direito fundamental na consciência coletiva, conforme visto acima, demanda por certo, um período de maturação social que cria a identidade de um determinado povo, tal como afirmado por Bobbio (2004, p. 44) no sentido de que a efetivação de um direito fundamental depende de um certo desenvolvimento social, sob diversos aspectos.

Justamente por conta desta característica o princípio da vedação ao retrocesso não poderia alcançar todo e qualquer direito, simplesmente em razão de ter sido alçado à categoria de direito fundamental em determinada ordem constitucional.

Ao apreciar o alcance do princípio da proibição de retrocesso a doutrina leciona o seguinte:

Não resta dúvida de que a afirmação de um princípio amplo de vedação de retrocesso em matéria de direitos fundamentais merece análise aprofundada, mormente porque não pode – como de resto qualquer princípio jurídico – assumir caráter absoluto, sob pena de petrificar a ordem jurídica em prejuízo dos próprios direitos fundamentais e elevar quase ao infinito os conflitos daí advindos, não só entre direitos fundamentais, mas também com outros princípios, bens e valores tutelados. (NETTO, 2010, p. 112)

Por fim, cumpre-se observar que a vedação de retrocesso só deve abranger aqueles direitos sobre os quais haja um consenso profundo, formado ao longo do tempo e que “não se estende nunca aos pormenores de regulamentação”. Ademais, não pode ser entendida como um “princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição”. O enfraquecimento do poder de disposição do legislador não deve constituir uma regra, mas a exceção. (NOVELINO, 2009, p. 489)

Sobreleva dizer que o princípio da vedação ao retrocesso deve ser compreendido como uma garantia de proteção ao núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais integrantes de determinada ordem jurídico-constitucional.

Logo, não teria sentido que o mesmo Estado, após a concreta postura ativa, de modo absolutamente contraditório, pudesse suprimir o que já foi por ele realizado, sendo este o entendimento que se alinha com a segurança jurídica e com o princípio da confiança.

Exatamente nesse diapasão corrobora a doutrina:

O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral. (SARLET, 2009, p. 113)

Portanto, o núcleo mínimo e/ou essencial dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos fundamentais sociais, encontra, em seu âmbito de proteção, o princípio da vedação ao retrocesso.

A proteção ao núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais sociais atende aos próprios princípios da ordem jurídico-constitucional do Estado de direito, na medida em que a fundamentação de um Estado constitucional engloba o respeito aos direitos fundamentais legitimamente reconhecidos por aqueles que se submetem à essa referida ordem.

Acerca do tema da proteção ao núcleo mínimo dos direitos fundamentais sociais, Sarlet (2011, p. 444) alude que:

[...] em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.

Por fim, ressalta-se que, a partir da adoção de uma aplicação restritiva, poderia se afirmar que referido princípio só teria aplicabilidade em relação aos direitos sociais, pois sua ampla aplicação poderia inviabilizar a atividade do Estado com relação aos demais direitos fundamentais.

De qualquer forma, registra-se que sob o ponto de vista mais aberto, o princípio da vedação de retrocesso social seria fator limitador, até mesmo, do poder constituinte reformador, na medida em que este estaria vinculado à ordem jurídico-constitucional vigente, e aos seus elementos fundantes, dentre eles, os direitos fundamentais, inclusive no que tange ao acesso à justiça, como direito essencial à manutenção da ordem jurídica constitucional.

2.2. PRIORIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como já explicitado, a expressão “direitos e garantias fundamentais”, verdadeiramente veicula um gênero a partir do qual, de um modo geral, podem ser destacadas três espécies principais, quais sejam, a dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos políticos.

De igual modo, é sabido que há uma relação de complementariedade entre as espécies identificadas, considerando que um direito fundamental poderá ser preponderantemente social, sem, contudo, excluir a possibilidade de ter mantida sua faceta de direito individual.

Em outras palavras, o fato de o direito fundamental ser identificado como de uma espécie leva em conta sua característica ou seu conteúdo mais evidente e/ou preponderante, o que, de modo algum, representa óbice para que, em alguma medida, determinado direito possa ser considerado, em menor parte, também possuidor de características presentes em outros grupos de direito.

Entre as espécies de direitos fundamentais e, a partir de uma perspectiva de busca pela realização da igualdade, os direitos sociais carregam um alto grau de complexidade, donde advêm importantes debates, muitas vezes decorrentes da dualidade entre a necessidade de concretização e as possibilidades do Poder Público.

Nesse ponto “O status constitucional dos direitos sociais cria o Estado direto ou indiretamente prestacional, garantidor de direitos mínimos para o alcance da igualdade, até então ignorada, a material.” (Macena, 2013, p. 31)

Logo, ante a necessária postura ativa que se espera por parte do Estado com relação aos direitos que se enquadram nesta categoria, apresenta-se inevitável sua condição de protagonista do exercício das liberdades públicas positivas, por meio da realização de políticas públicas.

Sobre os direitos sociais a doutrina leciona que “os direitos prestacionais também têm aplicabilidade imediata, além de exigirem atuação positiva por parte do Estado. São também fundamentais, dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo, devendo integrar o rol de cláusulas pétreas”. (CARVALHO, p. 12)

A propósito, nessa conjuntura de realizações por meio da implementação ou fomento de políticas públicas, um argumento é bastante utilizado para o fim de

contrapor a concretização de direitos fundamentais sociais. Trata-se do denominado princípio da reserva do possível (SGARBOSSA, 2009).

Sabe-se que a concepção de reserva do possível teve sua origem a partir de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão e, em sua acepção inicial se prestou a fundamentar a ideia de necessidade de “contenção racional” de despesas e/ou gastos, em um aparente aceno protetivo às finanças públicas.

Nesse prisma originário, aparece como um fator limitador para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciado num juízo de razoabilidade e de proporcionalidade. (SGARBOSSA, 2009).

Ocorre que, a partir da análise da repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar que sua construção doutrinária e jurisprudencial está intimamente correlacionada a uma noção de escassez o que, em via oblíqua, passou a ser vinculado, em maior escala, a um panorama financeiro.

Assim, pode-se afirmar que no Brasil a teoria é vislumbrada como uma *reserva do financeiramente possível*. (LOPES, 2013)

É relevante pontuar que a noção de escassez pode ser classificada em natural, quase-natural, ou artificial. É o que se extrai dos ensinamentos de Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 96-97), na esteira de John Elster (2008, p. 21-22)

Como se observa, se considerada a classificação sugerida pela doutrina, tem-se uma escassez natural em situações nas quais não há possibilidade de ação capaz de fazer suprir, parcial ou integralmente, determinada necessidade.

Fala-se em escassez quase-natural quando o aumento da oferta pode se dar apenas por condutas não coativas dos cidadãos, como na hipótese de doação de sangue, conforme exemplificado por SGARBOSSA (2009).

Por fim, a escassez artificial aparece nas hipóteses em que o Poder público pode tornar o bem acessível a todos, como a oferta de vagas em jardim de infância, o que ocorre a partir da eleição de políticas públicas positivas.

A partir das premissas mencionadas, é possível compreender a reserva do possível sob três enfoques. Primeiramente como escassez fática (natural ou quase natural), em segundo lugar como escassez artificial e, por fim, como contenção racional de despesas do Poder público.

Nesse ponto, merecem ser destacadas a escassez artificial e a contenção de despesas, quais sejam as hipóteses nas quais a escassez ocorre por uma questão de escolha na alocação orçamentária (escassez artificial) que, por sua vez, a sujeita a um juízo da racionalidade, ou de razoabilidade, da contenção de determinada despesa pública.

Verdadeiramente, trata-se de um quadro de existência dos recursos financeiros, “mas cuja alocação em determinados setores acaba por importar no não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele que for” (SGARBOSSA, 2009).

No que tange ao propósito de alocação de recursos financeiros, especialmente em matérias de direitos fundamentais sociais, é comum referir-se a um dilema representado pela expressão *escolhas trágicas* (Marcilio, 2009, p. 164-165), em razão de que cada escolha acaba por implicar renúncia ao atendimento de outra demanda.

De qualquer modo, o inerente dilema para questões desta natureza acaba por ser considerado em julgamentos cujo objeto seja a concretização de direitos sociais prestacionais.

A título de registro, é relevante colacionar o que ocorreu no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, pois, na oportunidade, o objeto do debate voltava-se ao fornecimento de medicamento de alto custo e o dilema retratado sob a perspectiva das chamadas “escolhas trágicas” .¹

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. (SGARBOSSA, 2009)

Verifica-se que as escolhas atinentes à alocação do orçamento poderão decorrer de deliberações essencialmente políticas, as quais acabam por promover

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Pág. 72. Julgado em 17/03/2010. DJe 29-04-2010, Publicado em 30-04-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18/11/2016.

uma escassez artificial. Portanto, nessas hipóteses torna-se “*perfeitamente possível*” a reversão da decisão alocativa, em virtude da existência real de recursos” (Sgarbossa, 2009).

Fatalmente, a matéria em exame encontra uma correlação com a temática da *separação dos poderes*, razão pela qual apresenta-se relevante mencionar o julgamento da ADI nº 98/MT (1997), proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no qual ficou consignado sua característica não universal e apriorística:

O princípio da separação e independência dos Poderes, malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, *não possui fórmula universal apriorística*: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre os poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presente ambos em todas elas, *apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções*;

[...]

Não há dúvida de que o princípio da separação e independência dos Poderes – instrumento que é da limitação do poder estatal –, constitui um dos traços característicos do Estado Democrático de Direito. Mas, como há pouco assinalava neste mesmo voto, *é princípio que se reveste, no tempo e no espaço, de formulações distintas nos múltiplos ordenamentos positivos que, não obstante a diversidade, são fiéis aos seus pontos essenciais*.

[...]

À identificação dos signos característicos de um sistema de posituação do princípio menos importará talvez a divisão tripartite das funções jurídicas do Estado – vale dizer a separação dos poderes, cujas linhas básicas são mais ou menos constantes – do que o mecanismo dos freios e contrapesos – que, delimitando as interferências permitidas a um na área da função própria de outro, permitem, em contraposição, apurar a dimensão real da independência de cada um dos Poderes, no modelo considerado”².

É inequívoco que, notadamente nos Estado em que os direitos humanos estão positivados, o conceito de separação de poderes também deva se adequar à força normativa de tais enunciados, conforme preceitua Konrad Hesse (1991).

Este aspecto ganha ainda maior relevo, a partir do texto contido na Constituição da República, ante a expressa previsão da dignidade humana, como fundamento do Estado constitucional.

Assim, é inafastável concluir que os direitos fundamentais consubstanciam a pedra angular da república, mormente quando considerado o fato de que o modelo constitucional brasileiro, inegavelmente está fundado na dignidade

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 98. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/1997. DJ 31-10-1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26619>>. Pág. 36-39.

da pessoa humana, aspecto que, por certo corrobora a ideia de necessária prioridade na proteção e realização dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse particular a Constituição da República de 1988 destaca-se em relação aos textos constitucionais anteriores, pois deixa absolutamente evidenciada a aceção de que, em relação aos demais temas tratados em sua extensão, o tratamento dos direitos fundamentais é verdadeiramente prioritário para o Estado democrático de direito.

No sistema constitucional garantista, de acordo com o que leciona Ferrajoli (2015, p. 22):

A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

É importante ressaltar que a prestação de um direito fundamental social ou a implementação de determinada política pública, por si só, não é capaz de configurar afronta ao princípio da separação de poderes.

Aliás, é relevante registrar posicionamento do Supremo Tribunal Federal exatamente nesse sentido. A título de exemplo, colhe-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello no AgReg. sustentado quando do julgamento do RE nº 745.745/MG.³ Confira-se:

Assim, a *questão central da presente causa* é verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, *pelo Município*, quando injustamente omissa no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, *concretamente*, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados *pela inexecução governamental* de deveres jurídico-constitucionais.

Observe, quanto a esse tema, que, ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STFnº 345/2004):

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 745745. Relator Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. DJe 18.12.2014, Publicado em 19.12.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>.

DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Como se observa, a relativização do princípio da separação de poderes pode encontrar sustentáculo na proteção do mínimo existencial, isto é, de um mínimo de condições materiais para uma existência coerente com a *dignidade humana*.

Relevante notar que a superação da regra da separação de poderes significa, na verdade, o desrespeito da legalidade constitucional formal, uma vez que os incisos V e VI do artigo 167 da Constituição Federal exigem prévia autorização legislativa para a abertura de créditos suplementares, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos orçamentários.

Obviamente, se houvesse os recursos orçamentários necessários à realização da medida, não seria necessário trazer a lume o debate sobre qualquer forma de superação da separação dos poderes.

Sendo assim, superar a separação dos poderes significa, em concreto, superar a legalidade constitucional formal em favor da prioridade dos direitos fundamentais sociais.

Sobre a prioridade dos direitos fundamentais sociais Luís Fernando Sgarbossa (2009, p. 214-215) leciona que:

Portanto, a expressão máximo dos recursos disponíveis, a despeito da indeterminação, serve de parâmetro hermenêutico mínimo de determinação de sentido, de modo a indicar que a parcela de recursos alocada para a consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser significativa em comparação com as alocadas para outras finalidades, não assim írrita, ínfima ou muito diminuta, em montante que, comparativamente, possa demonstrar sua efetiva prioridade.

A propósito, vale destacar que a prioridade aos direitos fundamentais sociais, passa também pelo fortalecimento do Estado Constitucional, na medida em que a efetividade das prescrições constitucionais, depende em grande monta, da

adequação dos meios de acesso à justiça, bem como da postura que o Judiciário adquire no exercício de referidos direitos, notadamente os de natureza social.

Sobre o tratamento da referida temática André Ramos Tavares (2014, p. 588) descreve que:

O Judiciário é um dos atores responsáveis (ônus funcional da magistratura) pela realização das prescrições constitucionais. Assim, superada que já está a ideia de que bastaria proclamar a abertura do Judiciário a todos, impõe-se, adicionalmente, reconhecer que também não basta a efetivação do acesso caso a Justiça, especialmente a Justiça Constitucional, não esteja consciente de seu papel na realização do Estado Constitucional, e, com ela, na implementação do Estado social.

Como se verifica, a consciência de realização é inerente ao Estado Constitucional, no sentido de se reconhecer a necessidade de proteção e promoção das garantias e direitos fundamentais, o que impõe a atuação diligente de todos os atores envolvidos.

Por conta destas nuances ínsitas aos direitos e garantias sociais, é possível constatar que o modelo constitucional brasileiro conduz ao reconhecimento de uma norma constitucional implícita, aqui chamada de cláusula da prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais, a qual condiciona a eficácia e interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, aos escopos inerentes a estes direitos sociais.

2.3. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Após a identificação do acesso à justiça como direito fundamental, passa-se a análise de suas características específicas, bem como de sua apropriada compreensão como direito social e instrumental, indispensável para realização de outros direitos inseridos em um Estado Democrático, sem desconsiderar suas ondas renovatórias.

O tema será tratado sob a perspectiva de acesso como ordem jurídica justa, adequada, qualitativamente dimensionada e, ainda, não restrita ao mero acesso formal à tutela jurisdicional (estatal ou não estatal).

2.3.1. Características do acesso à justiça

A primeira diretriz a ser considerada concentra-se no fato de que o acesso à justiça constitui, em si, direito fundamental, bem como constitui instrumento indispensável para a proteção e concretização de outros direitos fundamentais.

A propósito “[...]a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.” (HESSE, 1991, p. 14).

Assim, numa perspectiva inicial sobre o tema, é possível asseverar que o acesso à justiça, enquanto direito fundamental, ocupa uma posição de grande relevância ante a necessária interlocução direta para com todos os demais direitos e garantias fundamentais.

Exatamente nesse sentido a doutrina assevera que:

[...] o acesso à Justiça é um direito fundamental, e, mais do que isso, o mais importante dos direitos fundamentais, pelo menos quando houver a violação de um direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do direito desse acesso. (SOUZA, 2006, p. 75)

Trata-se de um princípio fundante do ordenamento jurídico, corolário da regra geral de vedação à autotutela do indivíduo. [...] sob certo aspecto, é o direito fundamental mais importante, pois, sem sua efetivação, todos os demais direitos, inclusive os fundamentais, quedar-se-iam sem qualquer proteção – o que ensejaria o seu sistemático descumprimento, em prejuízo de toda a sociedade. Todos os direitos, pois, ficam na dependência do direito de acesso à jurisdição [...] (BARRETO, 2013, p. 203)

O acesso à justiça surge a partir da evolução do conceito de Estado, na medida em que, em uma ordem constitucional na qual o Estado impera com legitimidade, é preciso garantir o direito à oposição de obrigações estatais, ou na prevenção de arbitrariedades.

Nessa condição, referido direito pode ser compreendido como o direito de reivindicar do Estado as liberdades individuais ou sociais, no sentido tanto de abstenção quanto de promoção da atividade estatal.

Não há legitimidade de um Estado democrático de direito sem acesso à justiça, por ser este instrumento inafastável da democracia.

Considerado seu conteúdo preponderante, o acesso à justiça enquadra-se como direito fundamental social, alocado entre os direitos de segunda dimensão. Assim, possui um caráter eminentemente prestacional, pois, faz-se mister uma ação positiva ou postura estatal ativa para a sua concretização.

Sob o enfoque desta característica:

Justifica-se tanto por ser mais abrangente, como pelo fato de o acesso à justiça, enquanto princípio, inserir-se no movimento para a efetividade dos direitos sociais. Trata-se de filosofia libertária, aberta socialmente e realista, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, é um movimento para a efetividade da igualdade material almejada por todos e consagrada pelo Estado Social. (PORTANOVA, 2003, p. 112)

Além disso, é preciso destacar que o enquadramento do acesso à justiça como direito fundamental de natureza social – direitos de segunda dimensão – se dá, dentre outros motivos, em razão da necessidade de haver uma prestação, ou uma atuação positiva do Estado, no sentido de implantar mecanismos de realização do acesso à justiça.

Todavia, não se pode confundir referida qualificação com direitos de natureza coletiva, de terceira dimensão, vez que o acesso à justiça engloba por certo a defesa de direitos individuais e coletivos.

Nesse ponto, acerca do aspecto de proteção do indivíduo inserido nos direitos fundamentais sociais, Sarlet (2011, p. 48) leciona que:

Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar nesse momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, [...]

Ao escrever sobre o tema, Sarlet (2011, p. 47) destaca a característica de representar uma transição entre a oposição das liberdades individuais perante o Estado, para a sustentação e concretização de um Estado do “bem-estar social”, elementos que demandam por certo, a atuação estatal positiva, a qual pode ser exigida por meio da garantia do acesso à justiça.

A propósito, enquanto, direito fundamental social, ocupa um *status* de princípio fundante do Estado de Direito, pois, nas palavras de Tavares (2014, p. 585):

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelas representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que

qualquer órgão estivesse legitimidade a exercer o controle de sua observância. O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a possibilidade ampla e irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça a direito (lei *lato sensu*) pelo órgão competente. Assim, dentro da ideia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância sobre lesões ou ameaças de lesões a direito.

Observa-se que, nesse viés, o acesso à justiça também deve ser apreendido como o princípio constitucional que garante o exercício, a proteção e a promoção de todos os direitos, fundamentais ou não, daí a importância de sua categorização como direito fundamental social em si.

É importante acrescentar que a condição de direito fundamental social do acesso à justiça também decorre do processo de maturação e da necessidade de implementação de políticas públicas, destinadas à redução das desigualdades, em um movimento progressivo de concretização da justiça social.

Para tanto, a garantia do direito de acesso à justiça desempenha um papel altamente relevante, inclusive como objeto de estudo do direito, conforme lecionam Cappelletti e Garth (1988, p. 13):

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Nessa linha, destaca-se o *caráter instrumental* como garantia para realização de outros direitos.

Sobre a realização dos direitos fundamentais previstos pela Constituição da República a doutrina afirma:

As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. Não há como negar o caráter normativo da Constituição, formada por um conjunto de normas cuja aplicação é uma função típica do Judiciário. Nesse quadro, a impossibilidade de adjudicação judicial de direitos sociais constitucionalmente consagrados revela-se incompatível com o *princípio da inafastabilidade da função jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV). (NOVELINO, 2009, p. 483)

No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) [...] (SARLET, 2009, p. 114)

Assim, além de ser considerado um direito fundamental em si, o acesso à justiça também desempenha a função de instrumento de efetivação dos demais direitos e garantias, sendo que nesse sentido, deve garantir que, a partir da constituição do Estado, como detentor legítimo de poder, seja conferido ao particular o poder de deduzir perante esse mesmo Estado suas pretensões, reivindicando direitos ou impedindo arbitrariedades, muitas vezes, em face da atuação do próprio Poder Público.

Sua natureza de garantia e seu caráter instrumental ficam evidenciados a partir do pensamento de Ferreira Filho (2011, p. 145), ao afirmar que “[...] por meio de ação adequada, todo aquele – pessoa física ou jurídica – cujo direito (fundamental ou não) houver sido violado, ou ameaçado de violação, pode obter a tutela do Poder Judiciário.”, o que ratifica a condição que o acesso à justiça ostenta em face dos demais direitos fundamentais.

Nesse diapasão, o estudo do acesso à justiça como direito fundamental passa necessariamente, pelo processo de institucionalização do acesso, inicialmente entendido como acesso formal, ou seja, exercício do direito de ação e que evolui, com muita propriedade, para a garantia do acesso substancial, efetivo e com resultado, a partir da transposição das barreiras iniciais que impedem o exercício do acesso à justiça de forma qualitativa.

Referida evolução pode ser constatada em grande parte por meio do aprimoramento dos instrumentos processuais que levam a uma tutela justa e tempestiva e efetiva.

Nesse ponto, vale ressaltar que “os mecanismos processuais (isto é, os procedimentos, os meios instrutórios e as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão”. (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 67)

Verifica-se, então, que assim como ocorreu com as dimensões dos direitos fundamentais, o acesso à justiça também passou por um processo evolutivo.

Tal garantia, concebida inicialmente apenas em seu sentido formal, evolui e se aproxima gradativamente à ideia de efetividade, justiça, equidade e resultado.

Ao tratar desta temática, Cappelletti e Garth (1988, p. 9) elucidam o seguinte:

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 vigorante. 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 sua proteção.

A evolução do pensamento acerca do acesso à justiça passa também pela própria evolução dos direitos fundamentais de segunda dimensão, pois para além de exigir apenas a possibilidade formal de opor direitos em face do Estado ou de particulares, passa-se a exigir que esse acesso seja realizado de forma qualitativa e com a maior amplitude possível, baseado na ideia de efetividade dos direitos fundamentais.

Quando do exame da referida questão, principalmente no que tange à correlação entre a evolução do acesso à justiça e dos demais direitos fundamentais a doutrina aduz que:

Foi apenas com a consagração do sistema do bem-estar social que o Estado ficou incumbido da efetivação de direitos econômicos e sociais, então consagrados com vistas a minimizar desigualdades que à época estavam na base de conflitos sociais. Consequentemente, a questão do acesso à justiça ganhou relevância na medida em que os cidadãos eram armados de novos direitos, o que repercutia em suas múltiplas relações e incrementava a probabilidade de conflitos. (BARRETO, 2013, p. 202)

Referido contexto evolutivo corrobora a concepção do acesso à justiça como garantia constitucional essencial à proteção e promoção de todos os demais direitos fundamentais.

Afinal, a partir da evolução da teoria dos direitos fundamentais, a busca pela realização perante o Estado torna-se indispensável à garantia de respeito às bases fundantes do Estado constitucional, inclusive e principalmente quanto aos direitos sociais, pois estes demandam atuação positiva e prestacional por parte do ente estatal.

A propósito, “uma visão axiológica da expressão *justiça*, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”. (RODRIGUES, 1994, p. 28).

O acesso à justiça, justamente por acompanhar naturalmente a evolução histórica dos direitos fundamentais sociais, acaba por afastar-se de uma leitura meramente formal, que se resumiria, apenas, num trivial e formal acesso ao Poder Judiciário, sem compromisso com aspectos substanciais atinentes à realização.

Logo, nesse quadro evolutivo, o acesso à justiça passa a ostentar o *status* de garantia da efetividade de todos os demais direitos fundamentais.

Nessa linha, Cappelletti e Garth (1988, 11-12) lecionam sobre o alcance do direito fundamental de acesso à justiça entre os demais direitos e garantias fundamentais:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Em suma, além de ser um direito fundamental social em si mesmo, o acesso igualmente consubstancia uma garantia constitucional que viabiliza o exercício dos demais direitos fundamentais.

Nesse ponto, a evolução dos direitos fundamentais para além das liberdades públicas negativas é ponto fundamental para compreensão do acesso à justiça como direito fundamental em si, ou seja, além da existência de mecanismos de acesso, a entrega estatal ou não estatal, da tutela jurisdicional passa a ser elemento indispensável à concretização dos direitos fundamentais já conquistados, principalmente quando se trata de direitos sociais.

Não obstante, é importante ressaltar que “o Estado está imediatamente vinculado à concretização dos Direitos Fundamentais, seja por ser o destinatário de tais normas, seja em razão do próprio modelo de Estado de Direito.” (TESSLER, 2005, p. 153).

No âmbito da proteção constitucional dos direitos fundamentais, o acesso à justiça é garantia que permeia todos os demais direitos, na medida em que a efetividade da própria Constituição depende de um acesso à justiça que seja, para além do aspecto meramente formal, direito substancial que prima pela proteção dos direitos fundamentais, a partir de paradigmas como justiça, efetividade, equidade e tempestividade.

2.3.1.1. Acesso para além do judiciário e ordem jurídica justa.

O princípio e garantia do acesso à justiça representa verdadeira expressão da democracia, e sua concretização no cenário de um Estado constitucional caracteriza o compromisso que vai muito além do acesso ao poder judiciário em sentido formal, pois se alinha à busca da ordem jurídica justa.

Apesar desta distinção referente à abrangência, em termos de nomenclatura é possível encontrar as expressões sendo utilizadas como de igual significado.

Ao tratar deste princípio constitucional a doutrina menciona:

O primeiro dos princípios constitucionais do processo civil que deve ser exposto é o usualmente chamado de “acesso à justiça” e tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição” ou “inafastabilidade do controle jurisdicional”. (BUENO, 2017, p. 28)

Nesse ponto, parece importante ressaltar que o conceito de acesso à justiça, enquanto direito fundamental, não se restringe ao sentido de acesso ao Poder Judiciário conforme tradicionalmente é apresentado, pois, embora, até mesmo por questões culturais, ainda represente a forma mais utilizada de acesso, na verdade representada uma das modalidades possíveis do exercício da garantia fundamental em exame.

A análise do acesso ao Poder Judiciário e, em via obliqua, da jurisdição estatal, tradicionalmente invocada como mecanismo de acesso, em seu significado inicial, traz consigo premissas de poder-dever e, portanto, caracteriza-se pela providência jurisdicional voltada para a solução do litígio.

A partir desta primeira apreensão a doutrina afirma que:

De fato, sendo a jurisdição o poder-dever de se aplicar autoritativamente o direito à situação intersubjetiva litigiosa, fica claro que esse poder de invocar determinada providência jurisdicional objetiva realizar o direito, prevenindo ou reprimindo lesão ou ameaça de lesão, sendo o *jus actione* o meio de se alcançar tal desiderato. (BULOS, 2012, p. 204)

Em outras palavras, o acesso à justiça revela-se como direito fundamental e, portanto, integrante indispensável de uma ordem jurídica estabelecida a partir da

Constituição da República, o que se consubstancia, inclusive, mas não tão somente, no acesso à jurisdição estatal, desempenhada pelo Poder judiciário.

Ao tratar da apropriada interpretação que merece ser dada ao dispositivo constitucional que prevê o livre acesso ao poder judiciário, Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 29), reconhece a existência de outros mecanismos de acesso para além do poder judiciário:

O dispositivo também permite interpretação no sentido de que o acesso ao Estado-juiz nele assegurado não impede, muito pelo contrário, que o Estado, inclusive o Judiciário, busque e, mais que isso, incentive a busca de *outros* mecanismos de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais. Uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser afastada do Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse esta uma competência exclusiva sua. É incorreta essa compreensão totalizante do Poder Judiciário e, por isso mesmo, que o estudo dos chamados meios *alternativos* (no sentido de *não jurisdicionais* e *não estatais*) é tão importante.

Assim, como é possível verificar, a evolução do conceito de acesso à justiça, para além do formalismo, implica por certo, o exercício desse direito fundamental através de outras formas de heterocomposição, que não exclusivamente a estatal ofertada pelo Poder Judiciário, além de mecanismos de autocomposição, os quais serão visitados oportunamente.

A doutrina chama a atenção para o fato de a perspectiva de monopólio da jurisdição estatal não obsta outras formas de solução de conflitos, inclusive, provados:

[...] cabe lembrar que o monopólio da jurisdição estatal não impede o uso de qualquer mecanismo privado para a solução de conflitos. Os acordos processuais podem emprestar ao processo judicial uma maior adaptabilidade voltada às *necessidades dos litigantes (legal needs)*. Trata-se, portanto, de instrumento importante para que o acesso à justiça seja pensado não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na óptica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisam do Estado-juiz. (CABRAL, 2016, p. 201)

Em um contexto atual, Grinover (2016, p. 20) traduz jurisdição no sentido de que “não é mais poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. E, sobretudo, seu principal indicador é o da garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”.

Igualmente Tavares (2014, p. 587) confirma a moderna definição de jurisdição para além do Judiciário.

É que casos há – e necessariamente previstos na Constituição – nos quais há jurisdição exercida por órgãos fora da estrutura orgânica própria do Poder Judiciário. [...]

O sentido da jurisdição, portanto, é o de “dizer o Direito”, atividade que é desempenhada não apenas pelos órgãos judiciários. Pode-se dizer, pois, que o Judiciário exerce função jurisdicional, mas nem toda função jurisdicional é ditada pelo Judiciário.

É com base nessa definição moderna de jurisdição que se legitima o acesso à justiça para além dos limites do Judiciário, admitindo-se também a jurisdição não estatal, como forma adequada, justa, e tempestiva de acesso à justiça.

É o que Dinamarco (2013, p.135) chamou de “busca da tutela jurisdicional adequada”.

Estamos no campo das chamadas liberdades públicas e notadamente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o indivíduo e o ente político. O Estado democrático define-as e faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder, de modo a não invadir a esfera de liberdade reservada aos indivíduos, com dano à vida em grupo ou ao desenvolvimento dos objetivos comuns; mas a realidade mostra episódios de transgressão a esses propósitos do Estado-de-direito, que de tempos em tempos avulta de modo insuportável. Entre os modos disponíveis para a enérgica e equilibrada reação a esses abusos do poder pelo Estado situa-se a busca da tutela jurisdicional adequada.

A partir desse modo alinhado com a Constituição da República, qual seja, de alcance do acesso à justiça substancial ou material, a fim de garantir não somente a possibilidade de se levar ao conhecimento do Estado uma determinada pretensão, mas também a garantia de que esse conflito será apreciado, de forma justa, équa e em tempo razoável, terá como uma de suas consequências promover a redução dos efeitos negativos decorrentes dos conflitos.

Aliás, numa concepção de garantia influenciada pela Constituição, nas palavras de Grinover (2016, p. 20) representa “a garantia do próprio processo e do procedimento, pela observância das garantias constitucionais e legais, em busca da pacificação com justiça”.

Nas palavras de Gonçalves Filho (2010, p. 18), em sua tese de Doutorado apresentada na USP, o acesso “é um direito a uma prestação positiva e com

qualidade do Estado. Não basta abrir as portas da Justiça; é preciso também trilhar o caminho e dar meios para permitir que se chegue rapidamente até o seu fim”.

Assim, o acesso à justiça, como acesso formal e direito à uma prestação jurisdicional adequada, legítima e revestida de equidade e que seja apresentada em tempo razoável, são elementos indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais, ficando superada a ideia de acesso reduzido ao sentido de ingresso em juízo e submissão formal à tutela jurisdicional.

Ao tratar do tema Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 205) afirma que o “Acesso à justiça é a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social”.

Nesse ponto, apresenta-se inevitável visitar o tema à luz do que Kazuo Watanabe (1988, p. 128) chamou de acesso à ordem jurídica justa, ao afirmar que:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

A proposição do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, emerge como um tratamento apropriado para o estudo do acesso à justiça como direito fundamental.

Com efeito, a partir da evolução do Estado, e dos próprios direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a demandar que a atuação estatal, quando da prestação jurisdicional, atenda a critérios de justiça, no sentido de legitimidade, equidade, adequação e tempestividade.

Quanto à efetividade do acesso à justiça como direito fundamental, Grinover (2016, p. 75) afirma que “o efetivo acesso à justiça é aquele que gera um acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”

Assim, tais elementos: legitimidade, equidade, adequação e tempestividade, decorrem necessariamente do entendimento do acesso à justiça para além do aspecto formal, em consonância com a evolução histórica dos direitos fundamentais, para além das liberdades públicas.

Ou seja, da própria evolução do conceito de Estado, do absolutismo, passando pelo Estado liberal até chegar no Estado social, no qual os direitos fundamentais de natureza prestacional, demandam ações positivas dos governos, e por esse motivo, podem ser deduzidas em face do próprio Estado, pelo princípio do acesso à justiça.

Nas palavras de Grinover (2016, p. 83):

O acesso à justiça – por si só, um princípio constitucional – não se perfaz apenas pelo acesso aos tribunais, mas sim pelo acesso à ordem jurídica justa, englobando uma série de requisitos acima enunciados. Nesse amplo conceito, o acesso à justiça é regido pelos subprincípios da *universalidade* e da *adequação* dos instrumentos utilizados para atingir a solução dos conflitos. A principal meta do acesso à ordem jurídica justa é a *pacificação*, que será maior ou menor de acordo com os métodos processuais utilizados.

Assim, compreender o acesso à justiça a partir dos elementos que compõem a ordem jurídica justa faz com que referido direito se torne o fundamento na busca de uma maior adequação da tutela jurisdicional estatal ou não estatal, no intuito claro de garantir a concretização de direitos, notadamente os de natureza social.

2.3.2. Ondas renovatórias do acesso à justiça

Não há como tratar do tema do acesso à justiça sem considerar as bases científicas contidas nas chamadas *ondas renovatórias*, propostas inicialmente por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em estudos realizados para o “Projeto de Florença”.

Referido projeto teve seu início na década de 70, período em que foram analisadas experiências jurídicas e não jurídicas, em diversos países, bem como foram delimitados para o estudo do acesso à justiça, considerados o âmbito constitucional e processual.

A partir da conclusão dos estudos científicos dispostos no relatório do Projeto de Florença adveio a consagrada obra intitulada “Acesso à Justiça”, publicada em 1988 na qual os autores, explicitaram os principais óbices econômicos, sociais e jurídicas para a concretização do acesso à justiça e propuseram alguns objetivos a serem alcançados para tal desiderato.

Um aspecto bastante interessante refere-se às razões que motivaram os autores Cappelletti e Garth a enfrentar a problemática do acesso à justiça, de forma tão profunda, principalmente em um período em que o conceito de acesso à justiça ainda se vinculava basicamente ao seu aspecto formal, sendo este o grande desafio a ser superado.

Nas palavras dos próprios autores:

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 sua proteção. 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*.
(CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 9)

Nessa esteira, mostra-se novamente a legítima preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente do exercício do direito de acesso à justiça por meio da tutela jurisdicional e do próprio processo, de modo eficiente, adequado, justo e em tempo razoável.

Para tanto, como pode ser constatado, os estudos dos autores Cappelletti e Garth, recaíram sobre o desenvolvimento de três ondas renovatórias cujo objeto de análise é o acesso à justiça.

2.3.2.1. A primeira onda de acesso

A primeira onda diz respeito à barreira essencialmente econômica ao acesso à justiça, tendo sido definida como a “assistência judiciária aos pobres”, nas palavras dos autores do projeto.

Assim, por meio de estudos realizados no âmbito do Projeto de Florença, constatou-se que a oposição de direitos perante órgãos da justiça somente se mostrava factível para os destinatários que pudessem arcar com os altos custos decorrentes do exercício deste direito.

Diante deste quadro fático, verificou-se que o acesso à justiça, para ser minimamente efetivo, primeiramente deveria passar por um processo de universalização, com o escopo de promover a redução das barreiras econômicas

existentes entre aqueles que pretendam acessar a tutela jurisdicional estatal por meio da propositura de demandas a serem postas perante o Poder Judiciário.

É preciso ressaltar ainda, que mesmo que o problema da assistência judiciária aos pobres tenha origem estritamente nas desigualdades sociais, ao Estado constitucional é dado o poder de, através de mecanismos de acesso à justiça, promover a redução, ou minimização dessas desigualdades.

Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 31), a primeira onda foi definida como: “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres.”

Nesta etapa dos estudos os autores descrevem as experiências da pesquisa que deu origem ao Relatório de Florença, sendo que a análise recaiu sobre questões como pagamento de honorários de advogado e custas processuais, entre outros temas atinentes à superação das dificuldades de acesso aos titulares com baixo poder econômico.

Todavia, a primeira onda trata, além disso, das diferenças primitivas entre litigantes, identificadas inicialmente como elementos que compõem as barreiras de acesso à justiça, tais como as classificações de litigantes “eventuais” e “habituais”, grandes corporações e litigantes individuais, pequenas causas e litigantes pobres.

Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p.28) afirmam que os obstáculos do sistema de acesso à justiça são flagrantemente mais prejudiciais às pequenas causas, aos autores individuais, especialmente os pobres. Isso porque os custos da demanda, se realizada através de procedimentos jurídicos formais, podem ultrapassar o valor discutido, o que inviabiliza o acesso à justiça nestes casos.

Outro aspecto relevante da primeira onda é a diferenciação entre os “litigantes eventuais” e “litigantes habituais”, realizada através da análise da frequência com que determinadas pessoas demandam o Poder Judiciário.

Nesse sentido, grandes corporações, pelo próprio alcance de suas atividades, acabam se tornando litigantes “habituais”, com expressivas vantagens sobre os litigantes “individuais”, pois conseguem a partir de sua experiência e força econômica, desenvolver planejamento estratégico dos litígios, além da própria diluição dos custos das demandas.

Nesse cenário, os autores trouxeram as possíveis soluções encontradas para enfrentar a barreira econômica do acesso à justiça, principalmente quanto à diluição dos custos, introduzindo formas alternativas de exercício do acesso à justiça, através de sistemas como o *Judicare*, no qual os advogados são pagos pelo Estado, o *Office of Economic Opportunity*, ou “escritórios de vizinhança”, no qual os advogados, além de serem pagos pelo Estado, voltavam-se especificamente aos problemas dos pobres.

2.3.2.2. A segunda onda de acesso

Após o enfrentamento das questões referentes à universalização de acesso aos menos favorecidos economicamente, embora modelos de assistência judiciária tenham reduzido desigualdades constatou-se que, estes por si só, não eram suficientes para solucionar outros problemas decorrentes do cenário social que culminou em outros quadros de necessidade de acesso à justiça.

Nesse contexto, subsistiram problemas atinentes à atividade de grandes corporações, ao elevado número de pleitos identificados como pequenas causas, surgiram, ainda, direitos cuja nota característica é o necessário tratamento coletivo, aspectos que deram origem à segunda onda renovatória do acesso à justiça.

Nesse ponto Cappelletti e Garth (1988, 49) afirmam o seguinte:

Finalmente, o modelo de advogados de equipe dirige-se à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos pobres, enquanto classe, ao passo que outros importantes direitos difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente continuam sendo ignorados. O reconhecimento desse fato tornou-se a base da segunda importante onda de reformas [...]

Pois bem, trata-se dos interesses coletivos ou homogêneos, o que levou à segunda onda renovatória, qual seja, a defesa coletiva de interesses que ultrapassam a esfera individual. Nas palavras dos autores, a segunda onda renovatória implicou alterações substanciais nas próprias regras do processo civil, que era visto até então, como instrumento de resolução de litígios eminentemente individuais. Confira-se:

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a

proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 49-50)

Esses interesses, que ultrapassam o interesse subjetivo individual, são identificados como direitos ou interesses metaindividuais ou transindividuais, os quais apresentam peculiaridades que se afastam do modelo tradicional de acesso, até então, compreendido.

A partir desta conjuntura social e jurídica, a segunda onda renovatória aponta para a necessária coletivização do acesso em face da evolução da sociedade que culminou na categorização dos interesses coletivos, fortalecendo a atuação dos litigantes normalmente individuais, com menor custo, em complemento à assistência judiciária.

Diante deste quadro social e conseqüente surgimento de novas modalidades de demandas, tornou-se providencial a mudança do método de enfrentamento destas questões.

Nessa seara conforme a doutrina aduz:

[...] a superação do modelo liberal tradicional de sociedade do tipo *laissez faire*, exagerado, e o descompasso com a legislação e com a mentalidade do jurista para atendimento político-jurídico de demandas de quem antes não tinha acesso ao Poder Judiciário. As novas demandas obrigam uma metamorfose na abordagem individualista (tradicional) do direito para um enfrentamento coletivizado. Além disso – que parece o mais importante – muda a ótica de observação. Agora não mais prevalece o ponto de vista do produtor do direito (legislador/lei/juiz/Judiciário). Prevalece a ótica do consumidor do direito e da justiça. (PORTANOVA, 2003, p. 113)

Para tanto, a representatividade adequada de determinados grupos, na defesa de interesses coletivos visa além de derrubar uma barreira procedimental e econômica, garantir maior efetividade ao processo em si, a fim de proporcionar soluções jurídicas que sejam adequadas, o que se alinha ao alcance substancial do acesso à justiça.

A segunda onda trouxe como exemplo mais efetivo de tutela coletiva o *Ombudsman* sueco, instituição governamental destinada à proteção de interesses difusos, como consumidores por exemplo.

No Brasil, a tutela coletiva de interesses difusos foi inaugurada do ponto de vista normativo pela Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7347/1985, a qual inicia a aplicação do processo em sua dimensão coletiva.

Nesse ponto destaca-se a posição de Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 186), acerca do surgimento do processo coletivo no Brasil. Confira-se:

[...] a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, fora uma experiência destinada a inaugurar a preocupação com a tutela coletiva. Essa lei admitira inicialmente a defesa de interesses transindividuais relacionados ao meio ambiente, inserira a defesa do consumidor – não o consumidor sob o aspecto individual, mas o consumidor coletivamente considerado -, e contemplara ainda a defesa de valores culturais, ou seja, os interesses artísticos, estéticos, turísticos e paisagísticos.

Assim, desenvolveu-se no Brasil, a partir da Lei da Ação Civil Pública, e da própria Constituição Federal de 1988, a ideia de tutela coletiva de interesses metaindividuais e transindividuais, incluindo-se dentre estes a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos consumidores com o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90, a proteção à criança e ao adolescente (não mais individualmente considerados), a proteção à pessoa com deficiência, etc.

Vale registrar que, em que pese o mencionado conceito de acesso à justiça, a atual lei processual (Código de Processo Civil de 2015), não trouxe um capítulo específico dedicado ao tratamento da tutela coletiva de direitos, todavia, traz em seu bojo uma clara adesão aos parâmetros de “coletivização” das demandas, reconhecendo e corroborando as formas coletivas de solução dos conflitos, mesmo que fora do processo coletivo formal, tais como o sistema de precedentes, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Diante do que explicitado, é factível notar que a segunda onda renovatória, a par de seus quase trinta anos de história, ainda encontra espaço para influenciar os sistemas processuais a fim de garantir mais efetividade no acesso à justiça.

2.3.2.3. A Terceira onda de acesso

Ao discorrer sobre a terceira onda proposta por Cappelletti e Garth, traduzida como “um novo enfoque de acesso à justiça”, os autores apontam para o seguinte:

O novo enfoque do acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” da reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós os denominados de “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 67-68)

Trata-se, portanto, de cláusula absolutamente aberta, no sentido de abranger todos os mecanismos, técnicas e normativos, que possam garantir o acesso à justiça com qualidade, eficiência e segurança, no sentido de concretizá-lo como direito fundamental social.

Nota-se a reafirmação do papel do acesso à justiça voltado para o seu fim maior, o que ganha ainda maior relevo no Estado constitucional de direitos e garantias, como é o caso do Brasil.

É clarividente a acertada concepção de que o processo não pode ser um fim em si mesmo, mas tanto quanto possível, um meio efetivo de solução de conflitos e pacificação social, através da prestação de uma tutela jurisdicional que se mostre adequada.

Em outras palavras, como mecanismos de tutela de direitos, a garantia do acesso à justiça diretamente ligada à ideia de efetividade do próprio sistema jurídico, considerados os métodos que são disponibilizados aos titulares de direitos.

Nessa linha, a doutrina pontua o seguinte:

[...] entende-se por *tutela de direitos* a defesa do direito diante de sua violação (ou ameaça de violação). Trata-se de conceito intimamente relacionado com a própria *efetividade* do ordenamento jurídico e seu exame conduz necessariamente à reflexão acerca dos *meios de tutela* predispostos pelo sistema, para as hipóteses de violação. (YARSEHLL, 1999, p. 29)

A propósito, como se verá adiante, não se pode cogitar acesso à justiça que não seja um acesso eficiente, que produza resultados adequados, em tempo razoável, sendo que a ausência de qualquer desses elementos importa em violação ao próprio direito fundamental do acesso à justiça.

Ao tratar da terceira onda de reformas, os autores Cappelletti e Garth propõem o objetivo de classificar as ações conforme sua complexidade, e promover a defesa dos interesses difusos. Ademais, sinalizam para a necessária mudança de

posturas dos envolvidos na atividade jurisdicional, inclusive do Poder Judiciário, o que, por certo, ultrapassa os acanhados limites de reformas meramente procedimentais.

De igual modo, a terceira onda também aponta para a promoção de métodos alternativos de soluções de conflitos, que possam, mediante uma prestação justa, équa e adequada, produzir resultados de forma eficiente em tempo razoável, o que atende a todos os elementos do acesso à justiça.

Exatamente nesse diapasão, ao discorrer sobre a tutela jurisdicional e o processo voltado para os resultados, Dinamarco (2013, p. 111) leciona com proficiência que:

O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão.

É preciso aqui compreender a amplitude da terceira onda, como um canal aberto de reformas que pode proporcionar as mais diversas alterações no modo como o Estado disponibiliza o acesso à justiça, inclusive para a mudança de paradigmas propagado pela atual lei processual, os quais podem ser aferidos principalmente nas normas fundamentais contidas no texto legal.

A partir da análise da terceira onda renovatória, é bastante coerente vislumbrar o caminho para a efetivação de direitos fundamentais.

Nesse viés, sobreleva afirmar que a utilidade do processo como, método de solução de conflitos e não como um fim em si mesmo, deve buscar seu sustentáculo na garantia do acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa, atento ao fim maior, qual seja o de pacificação social.

Para tanto, o escopo deve estar voltado para a produção de resultados adequados, em tempo razoável com a menor produção de resíduos não jurisdicionalizáveis, o que se dá por certo, com a observância das garantias processuais constitucionais, dentre elas o devido processo legal, a ser examinado no próximo capítulo.

3. DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO – *Due Process of law*

Nesta parte é abordado o princípio do devido processo legal, seus aspectos históricos e conceituais, consideradas suas dimensões procedimental e substancial e, principalmente, seu papel relevante na concretização do acesso à justiça, consubstanciado em um contexto de acesso a uma ordem jurídica justa.

3.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Antes de adentrar nos elementos históricos do devido processo legal é importante destacar sua condição nuclear e essencial para o alcance de uma ordem jurídica, eis que “na pós-modernidade, o devido processo legal figura como uma cláusula de abertura do sistema constitucional-processual na materialização de resultados formal e substancialmente justos”. (SOARES, 2010, p. 184).

Diante de sua relevância faz-necessária sua plena compreensão, considerando seu caráter dúplice, a partir da decomposição do devido processo legal em duas partes, aqui identificadas como dimensão procedimental e dimensão substantiva ou substancial.

O *due process* ou devido processo legal como previsto na Constituição Federal de 1988 e compreendido em sua amplitude bidimensional, se qualifica, na verdade, como um *sobreprincípio*, o que decorre do fato dele servir de fundamento para outros tantos outros princípios e garantias informadores do acesso à justiça inserido no contexto de acesso a uma ordem jurídica justa e adequada.

A doutrina apresenta entendimento exatamente nessa linha ao apontar que:

[...] o princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina como um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções de que se entende como um processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados pela própria Constituição Federal [...] (BUENO, p. 2017, p.30)

A partir destas características e da força deste princípio é factível afirmar que por intermédio do devido processo legal, a toda pessoa deverá ser concedido o que lhe é devido. (Bulos, 2015, p. 685).

Como se pode verificar, o conceito de devido processo legal se funda como garantia e fundamento dos demais direitos fundamentais, abrangendo-se ambas as dimensões, procedimental e substantiva.

3.1.1. Origem e noções históricas do *due process*

De início é importante discorrer sobre o processo histórico de surgimento do *due process of law*, notadamente com ênfase para o tema do *substantive process* na Inglaterra e na América.

Após traçadas as premissas históricas vale ressaltar sua relação com o *civil law* e, por fim, sua relevância para a proteção e para a concretização de direitos fundamentais.

Nota-se que a doutrina majoritária classifica como surgimento do conceito do *due process of law*, ou devido processo legal na tradução brasileira, como fruto do conceito de *Law of the Land*, surgido em 1215 com a Magna Carta Inglesa, assinada pelo rei João Sem-Terra.

O processo histórico da *law of the land*, se inicia quando João Sem-Terra passou a exigir tributos cada vez mais elevados, gerando revolta entre os barões ingleses, os quais exigiram a assinatura do documento denominado Magna Carta, na qual foram escritos preceitos compulsórios vinculantes, inclusive para o próprio rei.

O documento recebeu a denominação de “lei da terra” ou *Law of the Land*, justamente por trazer em seu bojo preceitos normativos destinados à contenção das arbitrariedades do Estado, representado pelo monarca, através de prescrições já praticadas pelos ingleses há gerações, conforme ensina Sebastião Tavares Pereira (2007):

Em 1215, o rei João Sem-Terra (da linhagem invasora normanda que reinava na Inglaterra desde 1066), pressionado pelos barões ingleses, assinou a Magna Carta. Esse documento, escrito em latim, representou a primeira imposição histórica da supremacia de uma lei à vontade de um monarca, o que lhe deu o status mundialmente reconhecido de antecedente direto das modernas constituições. Nasceu ali o conceito de “governar sob as leis” e não meramente “governar pelas leis”, tantas e variadas vezes ainda esquecido no Brasil. Pelo documento, impuseram-se preceitos compulsórios que nem mesmo o soberano podia violar.

Nota-se, portanto, que a Magna Carta, que introduziu o conceito de *law of the land*, mostrou-se um importantíssimo marco histórico para a formação do princípio do devido processo, ao estipular condutas vinculantes, às quais nem mesmo o monarca, que detinha o poder soberano, poderia se insurgir, o que constitui por certo, uma garantia dos súditos em face do Estado em privilégio à segurança jurídica e em combate às arbitrariedades praticadas à época principalmente quanto ao sistema de tributos.

A *law of the land*, instituída pela Magna Carta inglesa, como limitação à atuação do monarca, nascida dos preceitos instituídos consuetudinariamente por gerações, previu também a garantia do “juízo pelos pares”, ou pelos iguais – *legal judgement of his peers* – as quais em conjunto, deram origem ao devido processo ou *due process*.

Esses dois elementos – a lei da terra e o juízo pelos pares – compõem o princípio do devido processo instituído pela Magna Carta, o que por certo constitui o seu núcleo normativo.

Assim, é necessário reafirmar que a *law of the land* remete a costumes praticados por séculos e arraigados culturalmente de tal forma, que se tornam expressão normativa através da Magna Carta, o que juntamente com a garantia de juízo - *legal judgement of his peers* – compõe os elementos indispensáveis ao conceito do devido processo.

Importante pontuar que mais de um século após a instituição da *law of the land*, mais precisamente em 1394, o rei Eduardo III incluiu ao princípio a palavra processo, alterando a locução, mas não o seu significado.

Assim, na Lei Westminster das Liberdades de Londres o aludido monarca consagra a expressão *Due Process of Law*, a qual viria a ser traduzida como devido processo legal, expressão utilizada inclusive na própria Constituição Federal de 1988.

O uso das duas expressões, embora nascidas em épocas e contextos históricos diversos, podem ser entendidas como sinônimos, ou no mínimo, conceitos muito próximos entre si, como se pode constatar em algumas das constituições dos Estados Unidos.

Nesse sentido, a doutrina elucida sobre a acepção da expressão, a par de sua não inclusão no texto da Magna Carta. Confira-se:

Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a locução *due processo of Law*, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão *Law of the land*

[...]

na realidade, nesse período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due processo of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigorante. (CASTRO, 2005, p. 7-8)

A partir da colonização inglesa, a *Law of the land* foi difundida também na América, tendo evoluído para o que se chama atualmente de *substantive process*.

É possível afirmar que esse processo de evolução do princípio e de sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário se deve a dois fatores históricos, quais sejam, a independência dos Estados Unidos em relação à Inglaterra, e a forma de federalismo americana, modelo conhecido como de federalismo por agregação, na qual estados autônomos se reúnem e se submetem a um governo central.

No entanto, em decorrência da própria forma de federalismo traçada na América, uma unidade de princípios jurídicos que garantissem uma ordem constitucional única decorreu de um processo histórico pautado pela formação do Estado Federal, pela Guerra da Secessão e Abolição da Escravidão, vindo a se fortalecer de modo concreto somente através das 5ª e 14ª emenda, com a peculiaridade de que a primeira foi destinada ao governo federal, e a segunda voltada à contenção das ações dos governos estaduais.

Importa mencionar que a Constituição Federal dos Estados Unidos da América não trouxe em si uma declaração de direitos, em decorrência da divergência histórica ente as forças políticas.

De fato, existia um conflito entre federalistas e seus opositores, os primeiros argumentando que cabia a cada estado-membro firmar e definir seus direitos fundamentais, já os antifederalistas defendiam um controle legal sobre o governo central, temendo a expansão arbitrária de poder pelo governo nacional.

Nesse cenário, a ausência de uma declaração de direitos deu origem a intensos protestos e discussões acerca da autonomia das unidades federadas e do poder do governo central. A partir desse debate surgiu o *Bill of Rights* (1791), ratificado pela inclusão de dez emendas à Constituição, entre as quais a 5ª emenda, que trazia a cláusula da *Law of the Land*, mas já com a nomenclatura *Due Process*

of Law – através da qual se fixava um mecanismo de contenção do governo central, oponível por qualquer cidadão da América.

No entanto o formato de federalismo construído na América gerou por certo, mesmo após o *Bill of Rights*, intensos debates acerca do controle de poder entre estados-membros e governo central.

Ao comentar o tema, Sebastião Tavares Pereira (2008, p. 63-64) explicita o seguinte:

Ficou muito claro, na época, que o *Bill of Rights* voltava-se à contenção do governo federal e não dos governos estaduais, porque estes já possuíam suas próprias declarações.

Não é difícil prever o conflito entre as proteções garantidas pela declaração nacional e aquelas garantidas pelas estaduais. O tratamento desigual das pessoas, sob as diferentes ordens estaduais, criminais e a visão bipartida a respeito do fenômeno da escravidão e da discriminação racial exemplificam, sem esgotar, a imensidão de questões que exigirá esforço, técnica legislativa e judiciária e até guerra, para se alcançar uma uniformidade cidadã compatível com o espírito de um Estado único e federalista.

Pois bem, entre 1861 a 1865, adveio a Guerra da Secessão, a qual evidenciou as divergências existentes na sociedade norte-americana, principalmente quanto à questão da escravidão dos negros, ponto principal de conflito entre os abolicionistas (Estados do Norte) e escravagistas (Estado do Sul), o que exigiu uma posição firme quanto à proteção e efetivação do direito fundamental à liberdade e à vida, por parte do governo central.

Findo o conflito, e no contexto da abolição, a 14ª emenda foi promulgada, com a finalidade principal de uniformizar o tratamento garantido pelos estados-membros aos indivíduos, inclusive quanto à tríade de direitos fundamentais, vida, liberdade e propriedade, que deu origem à *Law of the Land*.

Nesse ponto, o professor Sebastião Tavares Pereira ressalta, com proficiência, a relevância deste momento, ao expor que o instituto do *due process* passou a poder ser invocado por qualquer cidadão da América, com o advento das emendas de reconstrução acima mencionadas. Confira-se:

A Constituição norte-americana, de 1787, nasceu sem declaração de direitos e, portanto, não continha a cláusula, sob qualquer dicção. Somente em 1791 foi ratificado o conjunto das dez primeiras emendas constitucionais que constituem tal declaração, chamada de *Bill Of Rights*. Na 5ª emenda, os constituintes incluíram a cláusula com a expressão de Eduardo III – *Due Process of Law* - e voltada à contenção do governo central, ou seja, podia ser oposta às ações da União mas não às ações dos governos estaduais,

conforme assentou a própria Suprema Corte na decisão do caso *Barron v. Baltimore*, de 1833.

Somente em 1868, após quase um século de desmandos dos governos estaduais, aos quais estava entregue a tarefa de legislar processual e materialmente, foram formuladas e ratificadas as chamadas “emendas da reconstrução” – que sucederam à guerra civil – entre as quais, na 14ª emenda, introduziu-se, novamente, na Constituição norte-americana, a cláusula *due process of law*, agora voltada à contenção das ações dos governos estaduais. Finalmente o cidadão norte-americano, de qualquer estado federado, podia invocar a cláusula *Due Process* para se proteger dos atos arbitrários de todos os níveis de governo. Há, portanto, duas cláusulas *Due Process* levemente diferentes na Constituição dos EUA, uma na 5ª Emenda, aplicável ao governo federal, e a segunda na 14ª Emenda, aplicável aos Estados. (PEREIRA, 2007)

Como se observa, a partir da análise do cenário anterior e posterior à 14ª emenda, podem ser destacados dois importantes momentos representativos da evolução do princípio do devido processo legal na América, os quais evidenciam o contexto histórico do surgimento do *due process of law* que, por sua vez deriva da *law of the land* e por conseguinte, fez emergir o *substantivo process*.

A propósito, o devido processo substantivo, antes da 14ª Emenda, se apresentava através de inspiração jusnaturalista, trazida do direito consuetudinário e da cláusula da *law of the land* inglesa, pois não existia de fato, instrumento formal que pudesse impor aos estados-membros uma uniformização de tratamento entre os cidadãos.

No entanto, com o advento da 14ª Emenda, o *substantive process* se desenvolve e ganha sistematização, inserindo-se no ordenamento jurídico americano como instrumento jurídico de promoção da cidadania nacional, perfazendo uma releitura da Constituição, em permanente atualização.

Por outro lado, em decorrência do princípio ter alcançado todos os estados-membros, naturalmente abrandaram-se as pautas jusnaturalistas, pois, para proteção dos direitos dos indivíduos, era possível recorrer diretamente ao texto constitucional.

Ainda sobre a evolução do princípio, vale destacar a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 29-31), pois, ao tratar do *due process of law*, destaca a existência de garantias implícitas e explícitas, no sistema protegido pela Constituição.

Nesse ponto, é importante ressaltar que muitas das garantias mencionadas referem-se, justamente, ao contexto de acesso à justiça, com

preceitos análogos, posteriormente adotados pela Constituição Federal Brasileira. Confira-se:

Como princípio condicionante do processo criminal, a cláusula *due process of law* enfeixava garantias “explícitas” e “implícitas” no sistema de liberdades protegido pela Constituição. Dentre as garantias adotadas expressamente no estatuto constitucional norte-americano, mencione-se a proibição de edição de *bill of attainder* e de Leis retroativas (*ex post facto law*), ambas tratadas no art. 1º, Seção 9, item 3, bem como as disposições contidas na 5ª Emenda, como sejam, o direito a julgamento por um júri (*jury trial*), a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Ajunte-se ainda, as garantias ditadas pela 6ª Emenda, a saber, o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), por júri imparcial e com competência territorial predeterminada, bem como o direito a ser informado acerca da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório, consistente na possibilidade de confrontar as testemunhas de acusação, de produzir prova, inclusive, de obter compulsoriamente o depoimento de testemunhas de defesa, como de resto o direito à assistência de advogado.(CASTRO, 2005)

A partir destes ensinamentos, é possível extrair que a dimensão substantiva do devido processo emergiu inicialmente na esfera penal, passando, posteriormente, a abarcar todas as esferas de aplicação do direito, apresentando-se como relevante instrumento de contenção de arbitrariedades na aplicação da norma.

Nesse diapasão, diante da análise do sistema de *common law* inglês e o sistema misto americano, nota-se que o surgimento e a sedimentação do conceito de *substantive process* nasce do princípio do devido processo legal, por meio do processo histórico de garantias procedimentais e substanciais do indivíduo em relação ao Estado.

Assim, com o escopo de se vislumbrar a evolução e o alcance da cláusula do devido processo legal, emerge indispensável considerar o contexto histórico de seu surgimento, enquanto mecanismo substantivo de concretização de direitos fundamentais.

3.2. DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDIMENTAL

A dimensão procedimental é caracterizada como garantia de que não haverá usurpação de qualquer direito sem a observação das regras procedimentais previamente constituídas e conhecidas dos cidadãos.

Portanto, o devido processo legal emerge como fonte de todos os demais princípios que se atrelam ao devido processo, tais como contraditório, ampla defesa, acesso ao duplo grau de jurisdição e outros, os quais consubstanciam o direito do acesso à justiça.

Nesse sentido, é a lição de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2013, p. 35-36):

Ao dispor expressamente, no supramencionado artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a Constituição Federal pretendeu deixar claro que somente por meio da atividade jurisdicional, exercida com exclusividade pelo Estado, é que o indivíduo poderá perder sua liberdade ou seus bens, não sendo possível sofrer tais gravames por meio de atos praticados por outrem, inclusive pela própria Administração, sem a intervenção do Poder Judiciário.

[...]

Da observância do princípio ora em estudo decorrem diversos outros direitos e garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI), além de todos aqueles que disciplinam o processo penal, tais como o da presunção de inocência e do relaxamento da prisão ilegal, além de diversos outros expressamente relacionados ao artigo 5º da Constituição.

Ressalta-se, como já afirmado, tratar-se de garantia indispensável à proteção dos direitos fundamentais de natureza processual.

No âmbito formal, procedimental, o devido processo legal emerge como mecanismo de prevenção e proibição de arbitrariedades, na tentativa de tornar o processo mais transparente, o que por certo engloba outras garantias processuais igualmente importantes, tais como o contraditório, juiz natural, vedação da prova ilícita, dentre outros.

Essa é a lição da doutrina.

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa; (2) direito ao juiz natural; (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita; (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

[...]

O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes (MENDES, 2012, p. 385)

No mesmo sentido:

O devido processo legal objetiva também a limitação política do poder estatal como um todo, mediante uma série de condicionamentos e restrições legítimas ao exercício das funções do Estado moderno. Relativamente à jurisdição, tais limitações referem-se a situações substanciais, e às formas dos atos, mediante o *adequado processo legal*, no qual o julgador deve fazer cumprir as normas constitucionais e infraconstitucionais para que as partes tenham no processo, administrativo ou judicial, tratamento paritário. (LUCON, 1999, p. 101)

Nesse quadro, fala-se abertamente que os direitos fundamentais, igualmente para além de sua esfera de proteção material, contam com mecanismo que se pretende efetivo para sua proteção, qual seja, o devido processo legal, em ambas as dimensões. Nas palavras de Nelson Nery Junior (2016, p. 106)

A doutrina identifica o fenômeno de submissão do direito infraconstitucional à Constituição Federal de várias maneiras, conforme sua área de incidência, como, por exemplo, denominando-se de *eficácia civil dos direitos fundamentais*, de *constitucionalização do direito privado*, pelo que nos seria lícito concluir pela existência de uma *eficácia processual dos direitos fundamentais*.

Versa-se aqui, de entender o devido processo como garantia constitucional destinada a proteger e promover todas as demais, inseridas no contexto processual de jurisdição estatal ou não, vez que tal qual o acesso à justiça, o devido processo torna-se na ordem constitucional um *sobreprincípio*.

Sobre o tema a doutrina leciona que:

Se o princípio do “acesso à justiça” representa, fundamentalmente, a ideia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de “ameaças ou lesões a direito”, o princípio do “devido processo legal” volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do *processo*, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deva se dar. (BUENO, 2017, p. 30)

Como já abordado anteriormente, o devido processo legal, em sua origem histórica, era tratado inicialmente apenas em sua concepção procedimental, pois o que se buscava naquele momento era apenas estabelecer garantias da existência de regras procedimentais que deveriam ser observadas, evitando-se a perda sumária de algum dos direitos do indivíduo, tais como o direito à propriedade, à vida e à liberdade, consoante a doutrina sobre o tema:

Desde que seu princípio foi positivado na Magna Carta, e depois na Constituição americana, o devido processo tem sido manejado como instrumento viabilizador das liberdades civis, sendo que até 1856 o aspecto procedimental era a única concepção que emergia da cláusula encravada pelos barões na Magna Carta e, mais tarde, pelos elaboradores da Constituição americana de 1787 (SILVEIRA. 1996, p.109)

O aspecto procedimental do devido processo legal é assim conceituado por Silveira (1996, p. 82):

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar um advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica

No mesmo sentido, leciona Lucon (1999, p.99) ao dispor que:

Determinado modelo procedimental contido na lei absorve em si a efetividade do direito ao devido processo adequado, com a prática de todos os atos a ele inerentes, além do direito ao exame das provas a eles carreadas, e produção de alegações endereçadas à convicção do julgador

Muito embora o aspecto procedimental do devido processo legal tenha surgido em 1215 com a Magna Carta Inglesa, a inclusão expressa de referida garantia apenas foi incluída em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, segundo Silveira (1996, p. 121):

No Brasil, somente após a Constituição de 1988 cuidou-se de aplicação do devido processo legal. Contudo, o conceito formulado pelos processualistas, de forma bastante, estrita, refere-se mais ao direito público subjetivo ao processo, nos termos das formas procedimentais a ele inerentes. Trata-se, aí, na realidade, mais do direito de ação do indivíduo perante o Estado. A noção do devido processo legal, não como direito à ação, mas como garantia procedimental de que a perda da vida, propriedade e liberdade só ocorreriam após a sua efetivação, só agora começa a despontar na literatura brasileira.

Ao tratar do alcance da dimensão procedimental do devido processo, Nery Junior (2016, p. 113), leciona que:

Em sentido processual, a expressão alcança outro significado, mais restrito, como é curial. Em virtude desse conteúdo estritamente processual da cláusula constitucional, podemos aqui nominá-la de devido processo,

significando as repercussões e incidências, no direito processual, do princípio do devido processo legal.

E conclui asseverando que “é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução ‘devido processo legal’, como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas” (NERY JUNIOR, 2016, p. 113-114)

Como visto, o conceito de devido processo legal, em sua dimensão procedimental, já se encontra há muito tempo presente, ainda que implicitamente, em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, nas palavras de Bulos (2015, p. 688) “equivale, basicamente ao acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Aqui o devido processo é a expressão máxima de o cidadão reivindicar, no Poder Judiciário, seus direitos, de ter aquilo que os americanos chamam de *his day in Court*.”

3.2.1. Princípios decorrentes do devido processo legal procedimental

Neste ponto, é importante destacar que o princípio do devido processo legal, em sua dimensão processual é utilizado como fundamento para diversos outros princípios dele decorrentes.

Nesse sentido Nery Junior (2016, p.114) ao tratar sobre o tema, vai além ao afirmar que:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º em sua maioria, seria absolutamente discipendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

No mesmo sentido, Bulos (2015, p. 688) destaca ainda que “todas as liberdades públicas da Carta de 1988 derivariam, de modo direto ou indireto, do *due process*”, e que por este motivo “há um fundo de verdade na assertiva de que o devido processo legal é uma garantia inominada, pois o seu conteúdo é amplo, abarcando uma plêiade de princípios a ele conexos”.

Nery Junior (2016, p. 118-119) ao tratar da amplitude e desdobramentos da dimensão procedimental do devido processo, destaca os mais importantes

princípios, direitos e garantias que decorrem diretamente do devido processo legal procedimental:

O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deve decidir *ex-officio*, entre outros derivados da procedural *due process clause*.

A partir desse rol meramente exemplificativo de princípios decorrentes do *procedural due process clause*, destacamos como principais: o princípio do *contraditório*, da *ampla defesa*, da *publicidade* e do *acesso ao duplo grau de jurisdição*, os quais serão abordados isoladamente a seguir.

Os princípios do *contraditório* e da *ampla defesa* estão previstos expressamente no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

No entanto, é preciso ressaltar que, muito embora o texto constitucional os aborde conjuntamente, eles não se confundem, pois o princípio da ampla defesa é considerado pela doutrina como “um corolário do contraditório. Um existe em função do outro. Do mesmo modo que não podemos segregar os dedos das mãos, a ampla defesa não pode ser separada do contraditório” (BULOS, 2015, p. 696).

Para melhor compreensão acerca da distinção existente, necessário primeiramente trazer à lume a definição de cada um deles. Ao conceituar o princípio do contraditório Nery Junior (2016, p. 245) destaca que:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

Nesse mesmo sentido:

O conteúdo do princípio do constitucional do contraditório é sobejamente claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes. Por isso, todos aqueles que tiverem alguma pretensão a ser deduzida em juízo podem invoca-lo em seu favor, seja pessoa física, seja pessoa jurídica (BULOS, 2015, p. 695)

Já o princípio da ampla defesa é assim definido:

Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas (NERY JUNIOR, 2016, p.283).

Do cotejo entre as definições de ambos princípios, o que se constata é que o princípio da ampla defesa tem por finalidade o fornecimento de elementos para possibilitar maior efetividade à própria garantia do contraditório.

O *princípio da publicidade*, apresenta-se como outro princípio constitucional de suma importância e que também decorre do devido processo legal, pois, “possibilita o manejo das formas de controle, sejam interna ou externamente” (Sandim, 1997, p. 78).

Isto porque, segundo Bulos (2015, p. 709): “pelo princípio da publicidade, todos os atos públicos devem ser do conhecimento de todos, de sorte que possam ser fiscalizados pela sociedade. ”

Tal princípio possibilita à sociedade exercer efetiva fiscalização de todos os atos públicos, o que permite, conseqüentemente, denunciar qualquer violação aos direitos e garantias porventura infringidos, evitando-se abusos e excessos.

No entanto, não se pode perder de vista que tal princípio admite limitações, as quais devem estar expressamente previstas no ordenamento jurídico, conforme assevera Bulos (2015, p. 709):

A Constituição de 1988 o consagrou na seguinte perspectiva: Restrições à publicidade dos atos processuais somente podem advir da lei, em sentido formal, e nos casos em que estiverem em risco a intimidade e o interesse social (CF, art. 5º, LX) [...] Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. Em certas situações o legislador poderá limitar a presença das partes e de seus advogados, ou somente destes, visando preservar o direito à intimidade, sem, contudo, prejudicar o direito à informação (CF, art .93, IX).

E conclui sua explanação afirmando que “sua aplicabilidade pressupõe comedimento e moderação, pois há momentos em que o sigilo é imprescindível para não comprometer diversas liberdades públicas, como a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada, etc” (BULOS, 2015, p. 709).

O *princípio do duplo grau de jurisdição*, cujo objetivo é o exercício do maior e melhor controle das decisões judiciais, aponta para o necessário exercício da atividade cognitiva por dois órgãos julgadores, distribuídos na estrutura do Poder Judiciário, ou seja, o sistema de acesso brasileiro, em regra, possibilita que as decisões judiciais proferidas possam ser revistas por outro órgão julgador, o que comumente se dá por meio dos recursos.

O princípio do *duplo grau de jurisdição*, que incide mais precisamente quando “a sentença definitiva é reapreciada por órgão jurisdicional de hierarquia superior à daquele que realizou o primeiro exame. Seu objetivo é evitar o abuso de poder dos magistrados, possibilitando o reexame de suas decisões” (BULOS, 2015, p. 689).

Laspro (1999, p. 191) define o objetivo do duplo grau de jurisdição sob enfoque similar, vejamos:

Sinteticamente, o duplo grau de jurisdição parte do pressuposto de que uma lide é melhor decidida quando passa por dois juízos diferentes de cognição, sendo certo que o segundo se sobrepõe ao primeiro.

Registra-se que há divergência sobre a natureza do princípio do duplo grau de jurisdição, no que se refere ao status de garantia constitucional a ele atribuído. O núcleo da discussão decorre do próprio texto da Lei Maior que, apesar de assegurar a todos os litigantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes, não explicitou expressamente o duplo grau de jurisdição como um de seus preceitos garantidores.

Embora referido princípio não esteja previsto expressamente na Constituição da República, parte da doutrina identifica o duplo grau de jurisdição como um dos princípios constitucionais implícitos derivados do devido processo legal.

Ao abordar referido assunto, Bulos (2015, p. 689), faz as seguintes observações:

No Brasil, somente a Carta Imperial de 1824 consagrou o duplo grau de jurisdição de modo pleno e irrestrito, nos julgamentos de segunda e última instância (art. 158).
As demais constituições pátrias não o prescreveram expressamente, deixando-o implícito na ordem jurídica.
[...]

Resultado: no Brasil, o duplo grau de jurisdição não é um direito fundamental expresso.

Como se observa, entre os princípios decorrentes do devido processo legal em sua dimensão procedimental, o princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal de 1988, representando verdadeiro princípio constitucional implícito, decorrente da própria formatação e organização do Poder Judiciário brasileiro.

3.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

Nesse ponto, o exame se voltará para o tema do devido processo em sua dimensão substantiva, o que será possível verificar no transcorrer deste estudo.

No entanto, de início, é possível adiantar que o devido processo substantivo, diferentemente do devido processo procedimental, apresenta como característica marcante o fato de que toda sua construção se baseia em materiais explícitos ou implícitos no texto da Constituição da República.

Exatamente nesse diapasão substancial, Canotilho (1993, p. 494) “como salienta a doutrina norte-americana, uma value-oriented theory [“teoria orientada por valores”, em tradução livre], pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça”.

Como será possível verificar, o *due process of law*, em sua dimensão substantiva, emerge comumente trabalhado pela doutrina à luz dos ditames de razoabilidade ou, ainda, a partir dos conceitos de proporcionalidade (MENDES, 2012).

De outro norte, também é conduzido para o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais implícitas, aliado ao princípio da dignidade da pessoa; bem como à efetividade de acesso à justiça e proteção jurisdicional.

3.3.1. O devido processo substantivo como mecanismo de concretização de direitos

Justamente na condição de *sobreprincípio*, ou seja, diante de um inerente caráter fundamental para os demais princípios, que se estabelecem as garantias

procedimentais e emergem do princípio do devido processo, em contraponto à dimensão substantiva do princípio, entendida por Pereira (2008, p. 27) como fundamentalmente, mostra-se válida a afirmação da existência de uma potência de contenção substantiva no princípio do devido processo.

Nas palavras de Tavares (2014, p. 595) ao se falar em “devido” processo legal, tem-se que o elemento destacado “[...] assume o sentido de algo “previsto”, “tipificado”. Mas não é só. Também requer que seja justo.”

Nesse diapasão, a dimensão substantiva do princípio emerge com a função precípua, no sistema misto americano, de promover a congruência entre o Direito positivo e o *common law*, no sentido de garantir maior efetividade das garantias fundamentais dos cidadãos em face do Estado, para além do caráter procedimental da lei, atentando-se à sua substância, que deve obedecer aos critérios de racionalidade e razoabilidade.

Ademais disso, nas palavras de Antonio Roberto Sampaio Dória (apud Tavares, 2014, p. 597) ao tratar do devido processo legal “[...] a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em instrumento hábil a amparar a expansão das limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual.”

Sobreleva destacar a importância de se distinguir o devido processo legal procedimental em relação ao devido processo em sua acepção substancial, pois, referidas dimensões do devido processo apresentam escopo absolutamente distinto, porem complementar.

Nesse contexto, enquanto no primeiro sentido (procedimental) se apresenta como sustentáculo para outros princípios que permeiam formalmente o acesso à justiça, no segundo sentido (substancial) absorve os direitos e garantias fundamentais, constituindo, o que a doutrina denomina como um traçado de justiça fundamental.

A propósito, ao tratar do tema, a partir de um contexto de justiça, a doutrina especializada distinguiu os institutos considerando o seu âmbito de incidência, além da dimensão formal do processo, ao dispor que:

Assim como o Devido Processo Legal, em sua dimensão procedimental, é tido como um guarda-chuva, ou a fonte de que jorram todos os conhecidos princípios do processo – contraditório, ampla defesa etc -, assim também o Devido Processo Legal, pela sua dimensão substantiva, incorpora todos os direitos e garantias, presentes ou futuros, vinculados a um esquema de Justiça fundamental, [...] (PEREIRA, 2008, p. 74)

Nota-se que a dimensão substantiva tem como aspecto distintivo a característica de incorporar os direitos e garantias ligados a um propósito maior de justiça fundamental.

De igual modo, é possível extrair um ponto relevante da dimensão substantiva do princípio do devido processo, uma vez que sua aplicação se propõe a garantir a aplicação da lei não somente em atenção ao caráter procedimental da norma, mas atento a uma ideia de que, passando pelos conceitos de racionalidade e razoabilidade, a norma jurídica a ser aplicada seja razoável e justa.

Essa também é a posição de Paulo Hamilton Siqueira Junior (2017, p. 58) acerca do alcance do princípio do devido processo no que toca à proteção dos direitos fundamentais.

O direito processual, como parte do direito público, está preordenado a atuar e a proteger o interesse público fundamental. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são realizados dentro do processo. Visto dessa forma, o processo não disciplina somente a aplicação do direito material, mas é também o instrumento de garantia da liberdade do cidadão em face do Estado, consagrado pelo denominado Estado de Direito. Por intermédio do processo, o Estado protege o cidadão contra possíveis abusos praticados pelos detentores do poder político.

Destaca-se da posição acima que para além da tutela procedimental dos direitos fundamentais, o devido processo legal em seu viés substantivo, tem como função intrínseca a proteção efetiva de direitos fundamentais e a entrega da tutela jurisdicional de forma justa e adequada.

Nas palavras de Sandim (1997, p. 63-64), o campo substancial do princípio se estabelece “[...] pela necessidade de se pensar em institutos que conferissem à lei uma conotação socialmente aceitável e, demais disso, voltada a critérios de proteção efetiva de uma razoável entrega da prestação jurisdicional [...]”.

E nesse sentido, a dimensão substantiva do devido processo, como incorporadora de direitos e garantias e como o escopo de promover uma razoável e adequada entrega do acesso à justiça, inclusive no que tange à prestação jurisdicional estatal, ganha força como importante instrumento de garantias.

A propósito, a acepção substancial se sedimentou no sistema misto americano, o qual convive com o direito positivo e a *common law*, terreno propício ao desenvolvimento da aplicação do *substantive process*, na medida em que o

caráter elástico do princípio, não restrito a um conceito rígido, permite sua aplicação constante, tal como lançado pela doutrina:

A cláusula representa uma diretriz fundamental, um balizamento estrito e inafastável, embora elástico, traçado para pautar qualquer ação ou disposição dos poderes instituídos, na direção do indivíduo – da sua vida, da sua liberdade e do seu patrimônio. Assim, não há ato estatal, de qualquer dos três poderes ou seus agentes, que possa contornar, fugir, evitar, deixar de lado ou ignorar o *Due Process* – o procedimento que faça Justiça – na sua inteireza: autorização em comando válido, cumprimento estrito do procedimento e concretização de um resultado como justo. (PEREIRA, 2008, p. 75)

Como se observa, exatamente nesse ponto é possível vislumbrar a incidência e a finalidade da dimensão substantiva do devido processo, qual seja, a obtenção de uma prestação jurisdicional que se mostre justa em todas as suas faces, da aplicação da norma, do respeito ao procedimento e da viabilidade de um resultado qualitativamente adequado para alcançar seu escopo de instrumento de proteção e concretização de direitos e garantias, dentro da conjuntura de um processo constitucional.

E nesse viés, a dimensão substantiva do devido processo apresenta-se como instrumento destinado a garantir uma atividade estatal proporcional e razoável, notadamente no que tange ao acesso à justiça.

Nesse ponto, ao tratar do alcance e da repercussão da garantia, Gilmar Mendes (2012, p. 385-386) leciona que:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo).

[...]

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

Observa-se que a doutrina converge o seu entendimento no sentido de que o alcance do princípio do devido processo não se restringe à esfera do Poder Judiciário, ao contrário, sua aplicação, inclusive quanto à dimensão substantiva, deve incidir em toda atuação estatal, como forma de contenção de arbitrariedades

(face negativa) e realização de direitos (face positiva), com vistas a um resultado que se mostre útil, proporcional e eficiente.

A propósito, referida interpretação se dá inclusive, quanto à aplicação de princípios implícitos na Constituição Federal, através do *substantive process*, capaz de alargar o alcance dos princípios constitucionais em todas as esferas do direito.

Nesse contexto, faz-se necessário compreender a dimensão substantiva do processo como meio de atingir a prestação estatal, seja jurisdicional ou não, que se mostre comprometida com o resultado adequado, capaz de promover a proteção do indivíduo, produzindo o mínimo de efeitos colaterais negativos.

Ao analisar a dimensão substantiva do devido processo, a doutrina elucida sobre o alcance e utilização do *substantive process* na aplicação de direito implícitos, referindo-se ao sistema americano.

Nessa linha, Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 31), aduz que:

Ao lado dessas garantias formais, existem aquelas que vigoram por via de implicitude e que são reconhecidas como integrantes do sistema constitucional de liberdades públicas por força de decisões judiciais, consoante previsto na 9ª Emenda da Lei Magna norte-americana, que inclui no elenco dos direitos individuais aqueles já titulados pelo povo (*retained by the people*), o que reverencia a ideia jusnaturalista de direitos “*pré-constitucionais*” e mesmo “*pré-estatais*” a serem observados pelo Estado.

A dimensão substantiva do devido processo legal portanto, encontra estreita ligação com a proteção dos direitos fundamentais, sedimentando-se como uma cláusula geral de proteção, que permite a interpretação da norma de modo a garantir maior alcance da Constituição. Tal como leciona Nery (2016, p. 110)

O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

Embora o conceito de *substantive process* tenha encontrado guarida no direito constitucional e processual brasileiro, ajustando-se à ideia de prestação jurisdicional que traduza o acesso a uma ordem jurídica justa, subsistem críticas a esse modelo de dupla dimensão ao princípio do devido processo legal. Confira-se:

A Constituição faz menção à locução *devido processo legal* (*due process of law*). A expressão é criticável no mínimo em duas frentes.

Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do *Estado de Direito* (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*.

Em segundo lugar, porque dá azo a que se preocupe, por conta da tradição estadunidense em que colhida a *dimensão substancial* à previsão (*substantive due process of law*), quando inexistente necessidade de pensá-la para além de sua *dimensão processual* no direito brasileiro. De um lado, é preciso perceber que os deveres de *proporcionalidade* e de *razoabilidade* não decorrem de uma suposta dimensão substancial do devido processo, como parece a parcela da doutrina e como durante bom tempo se entendeu na jurisprudência do STF. Aliás, mesmo no direito estadunidense semelhante entendimento não se configura correto. Os postulados da proporcionalidade decorrem dos princípios da liberdade e da igualdade – as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional. De outro, importa ter presente que não é necessário recorrer ao conceito de *substantive due process of law* “com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos”, na medida em que nossa Constituição conta expressamente com um *catálogo aberto* de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição: conceito material de direitos fundamentais. (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 766-767)

A crítica acima exposta parte da premissa de que o rol aberto de direitos fundamentais da Constituição Federal, por si só, permite a realização e materialização desses direitos – ainda que implícitos – com efetividade.

Contudo, em que pesem as razões que sustentam a crítica, vê-se que a dimensão substantiva do processo, como modelo de interpretação de cláusula protetiva de direitos fundamentais, mostra-se como mecanismo jurídico legítimo a garantir o maior alcance dos direitos fundamentais, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Conclui-se, portanto, que o *substantive process*, embora nascido e sedimentado no sistema misto americano, revela-se plenamente aplicável ao sistema da *civil law*, na medida em que a leitura dos princípios e garantias do indivíduo se apresentam como balizas na aplicação do direito, com atenção à racionalidade e razoabilidade principalmente em face da concepção constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa e adequada.

3.3.2. Devido processo substantivo e o exame da razoabilidade

Feitas as considerações sobre os elementos que compõem o devido processo legal, mostra-se relevante passar a análise do *substantive process*, considerada sua possível correlação com o exame do princípio da razoabilidade, mais precisamente como mecanismo de controle dos atos legais.

Sobre este particular sobreleva mencionar que, muitas vezes um ato de determinada autoridade poderá ser interpretado como a favor ou contra direitos fundamentais, o que aparece ainda com maior evidência quando da realização dos direitos fundamentais sociais e/ou prestacionais, pois nesses cenários a autoridade muitas vezes se vê obrigada a fazer uma escolha que poderá ser interpretada como restritiva de direitos.

Ao analisar a temática e as possíveis situações que podem emergir no âmbito do questionamento judicial, notadamente em razão da aplicabilidade dos direitos fundamentais, Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 143), leciona que:

[...] Isto vale dizer que seu aproximado perfil exegético exsurgirá da dedução dos princípios e delineamentos que se possa idoneamente extrair das diversas situações em que os órgãos incumbidos do controle da legalidade das ações do Poder Público, em particular aqueles da magistratura, se pronunciarem *pró ou contra* o ato de autoridade restritivo das liberdades fundamentais. Abre-se aí um amplo horizonte para o questionamento judicial acerca do mérito dos atos legislativos e administrativos, cuja margem de discricção perde, assim, a exagerada onipotência que normalmente lhe atribuem os administrativistas pátrios. *Chega-se hoje, nos países de constitucionalismo desenvolvido, a se permitir aos juízes exercer um efetivo controle no tocante à “razoabilidade” e à “racionalidade” das classificações legislativas*, o que se dá, com mais razão, com referência às normas jurídicas produzidas abundantemente pelos variados agentes da Administração Pública.

Como já ressaltado, o princípio do *substantive process* se desenvolve a partir de uma noção de proteção ampla e integral aos direitos e garantias, o que, em via oblíqua contrapõe e rechaça qualquer interpretação formalista fundada em restrições meramente textuais.

Nessa linha, em que pese a relevância das regras formais inseridas no Estado constitucional, fica claro que o devido processo legal, em sua acepção ampla, deve ser aplicado com o escopo de dar maior relevância aos elementos culturais e políticos, muitas em detrimento a interpretações restritivas, a fim de dar maior concretude a uma prestação estatal justa.

Segundo a doutrina:

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal permite o controle da razoabilidade das leis – que seria o próprio princípio do devido processo legal substancial – bem como é lícito afirmar que o princípio da proporcionalidade serve como justa medida para a atuação do princípio do devido processo legal, restringindo alguns direitos, na situação concreta. (SILVA, 2006)

Nesse diapasão, o exame dos critérios de racionalidade e razoabilidade da norma encontra amparo na dimensão substantiva do devido processo, na medida em que a análise não se mostra vinculada exclusivamente à observância de critérios formais e procedimentais do processo.

Ao contrário, o alcance do controle jurisdicional se volta ao conteúdo e à substância de qualquer norma, decorrente da atuação legislativa ou administrativa (caso das políticas públicas), o que certamente vai muito além do simples controle de legalidade dos atos estatais de forma geral, em uma perspectiva de acesso à justiça como direito fundamental.

Nesse prisma, o devido processo, em sua dimensão substancial, está muito relacionado ao exame da qualidade do Estado, no sentido de disponibilizar instrumentos a fim de se realizar direitos e respeitar sujeitos de direitos, com o escopo de que seja garantido aos titulares a proteção devida dos seus direitos e garantias.

Em outras palavras, o acesso à justiça visto sob o enfoque substantivo aponta para um sentido mais qualitativo, em um cenário de concretude e adequação na proteção e realização dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam os presentes no ordenamento jurídico, de ordem explícita ou implícita, tal como leciona Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 113)

Toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas. Fala-se em devido processo legal (*due process of law*) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize justiça.

Por meio do *substantive process* é possível viabilizar uma releitura atualizante do texto constitucional dando-se um enfoque de realização, na medida em que, todo e qualquer exercício de interpretação deve passar pelos critérios da razoabilidade, aqui entendido como equilíbrio entre as forças do Estado e os direitos e garantias individuais.

No que tange ao aspecto interpretativo voltado para a garantia de direitos, Sebastião Tavares Pereira (2008, p. 43) ressalta a experiência norte americana, ao dispor que:

Mais que isso, no vazio da Constituição Federal, o *Due Process of Law* abriu o caminho para, pela via interpretativa e com suporte nas noções de Justiça, racionalidade e razoabilidade – características também da face substantiva do princípio – o Poder Judiciário resgatar e garantir direitos que o cidadão norte americano considerava seus, heranças impagáveis da origem inglesa.

Nesse panorama, a dimensão substantiva do devido processo encontra terreno fértil à sua aplicação, na medida em que se mostra eficiente na busca pelo aludido equilíbrio, mormente na contenção de arbitrariedades estatais de modo geral e de realização de direitos.

Conforme ensina Tavares (2014, p. 596) “[...] o devido processo legal aplicado no âmbito material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade.”

Assim, o critério de razoabilidade apresenta importância crucial no debate acerca da aplicação da dimensão substantiva do devido processo enquanto meio de adequado acesso à Justiça ou de acesso à ordem jurídica justa.

Ao tratar conjuntamente da razoabilidade e da proporcionalidade a doutrina destaca que “o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias do devido processo legal substantivo e na de justiça.” (BARROSO, 2011, p. 328).

De tal modo, por meio do exame da razoabilidade, ou da proporcionalidade (como chamado em ordenamentos de matriz romano-germânica), é possível vislumbrar a conclusão acerca da *justiça* da norma a ser aplicada no sentido de mecanismo de contenção de arbitrariedades e de realização de direitos fundamentais, a partir de uma construção com fundamento no princípio do devido processo substantivo.

A propósito, nesse ponto vale destacar a doutrina que trata sobre o conceito de razoabilidade, considerando seus três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade, pela lição de Canotilho (1993, p. 617):

[...]significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da *necessidade* pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coactivo, relativamente aos direitos restringidos.

Exatamente nesse diapasão que o critério de razoabilidade deve ser compreendido, notadamente para se alcançar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, protegendo-os de interferências arbitrárias e desproporcionais, na busca do equilíbrio da relação entre o Estado e os titulares de direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode desprezar o fato de que o Poder Público deve reger-se pela supremacia do interesse público, o que, todavia, não autoriza uma interpretação que leve a um estado de omissão na realização ou de arbitrariedade no que tange ao dever de protecção, eis o papel da dimensão substantiva do *due process*.

Nesse ponto vale ressaltar o que se chamou no direito americano de *judicial review*, ou seja, a possibilidade de controle judiciário dos atos administrativos ou normas jurídicas, dando ao Judiciário o poder de buscar a aplicação do direito pela ótica da razoabilidade e do justo.

A propósito, acerca da razoabilidade enquanto elemento de aplicação do devido processo em sua dimensão substantiva, ressaltar a definição trazida por Pereira (2008, p. 194), ao dispor o seguinte:

Pelo caminho do exame da razoabilidade, expressão concreta do *Due Process*, o Judiciário norte-americano passou a exercitar ampla verificação sobre a compatibilidade entre os fins perseguidos pelo legislador e os meios utilizados, além de se questionar sobre a legitimidade dos próprios fins.

A partir destas premissas, é possível vislumbrar que, para a aplicação do *substantive process*, é absolutamente necessário o exame de razoabilidade das questões postas ao conhecimento do Judiciário, sejam elas normativos positivos ou não, na medida assim agindo em que somente se dará amplo e verdadeiro alcance ao devido processo na medida em que as soluções apontadas pelo Judiciário se mostrem justas, racionais, equânimes e em última análise, razoáveis e proporcionais.

Nesse contexto, o acesso à Justiça deve ser visualizado com maior amplitude, considerando que tal direito fundamental abrange não somente o acesso formal aos meios de obtenção da tutela jurisdicional, mas de acesso a uma ordem jurídica justa, consistente também na concretização de direitos e garantias fundamentais identificáveis no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Pereira (2008, p. 60-61) o estado democrático mostra-se tão vinculado e constitucionalmente controlado, que seus poderes devem ser razoavelmente exercidos sem violar direitos individuais, em respeito claro ao *substantive process*.

Por fim, é impositivo concluir que há uma evidente correlação próxima e necessária entre a análise da razoabilidade e a busca do equilíbrio nas relações do indivíduo com o Estado, mormente na aplicação das normas, seja no âmbito judicial ou extrajudicial. A partir deste sustentáculo (exame da razoabilidade), torna-se possível tomar o *substantive process* como meio de interpretação adequado do princípio do devido processo legal, para além de sua esfera procedimental.

3.3.3. Devido processo substantivo na ordem constitucional

É sabido que o tema do acesso à justiça, como princípio básico do Estado Democrático de Direito é de fato bastante amplo, e pode abarcar inúmeras vertentes de interpretação e aplicação.

Logo, é importante reafirmar o recorte proposto neste trabalho, considerando que o objeto de análise está consubstanciado, notadamente, na aplicação da dimensão substantiva do devido processo legal.

Consideradas referidas diretrizes, o objeto a ser examinado é o princípio do acesso à justiça, aqui entendido como o acesso a uma ordem jurídica justa, permeado pelo *substantive process*.

Nessa linha, o devido processo legal, nas suas dimensões procedimental e substancial, revela-se como mecanismo para a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa e adequada, enquanto direito fundamental.

Registra-se que, para além de sua própria condição de direito fundamental, o acesso à justiça apresenta indissociável caráter instrumental, colocando-se como elemento útil para a proteção dos demais direitos fundamentais,

justamente, emergindo como verdadeira garantia essencial para os demais direitos e garantias.

A partir daí, evidencia-se a natureza de direito fundamental instrumental, inerente ao acesso à justiça. Vale mencionar o que diz a doutrina:

[...] o reconhecimento de rico elenco de direitos fundamentais (individuais e coletivos) no plano constitucional, sem a simultânea previsão de instrumentos processuais aptos a proporcionar sua eficaz e efetiva realização, resultaria no próprio esvaziamento da ideia de direitos fundamentais. (WAMBIER; WAMBIER, 2003, p. 67)

Por conseguinte, não é difícil ponderar a necessária interlocução do acesso à justiça com todos os demais direitos e garantias fundamentais, aspecto que deve vincular todas as esferas de atuação estatal.

Nesse sentido a doutrina destaca um importante papel:

Os Direitos Fundamentais são dotados de eficácia normativa devido à incontestável força normativa de que são dotados. Porém, para que surta efeito concreto, é necessário que sejam também dotados de eficácia social, o que nem sempre ocorre de maneira espontânea, sendo necessária a atuação da jurisdição para que os Direitos Fundamentais adquiram eficácia social e concreta, aquela que pode ser visualizada no mundo real, enfim, para que adquira efetividade. (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 339)

Como visto, exatamente nesse cenário se insere o *substantive process* como um aparelho valioso de acesso à ordem jurídica justa, na medida em que a aplicação desta dimensão substantiva do princípio do devido processo, com fulcro no exame da razoabilidade, permite, numa visão de adequação e na busca pelo acesso a uma ordem jurídica justa.

Trata-se de devido processo legal e do próprio acesso qualitativamente considerados, o que, por certo, se coaduna com principal finalidade desta garantia, qual seja a de promover a pacificação social, em prol de toda a coletividade.

A propósito, mostra-se óbvio sopesar que a proteção, promoção e o respeito aos direitos fundamentais conduzem à construção de um ambiente permeado pela segurança jurídica e que atende a ao maior de todos os escopos., qual seja o de promoção da pacificação social.

Na mesma medida, permitir a manutenção de arbitrariedades e a omissão no tratamento destes direitos e garantias, contribuem para uma conjuntura de insegurança jurídica e instabilidade social, além de afrontar os elementos fundantes de um Estado constitucional de direito.

Nesse contexto, impende compreender o adequado acesso a uma ordem jurídica justa e o próprio processo como meio de pacificação social e distribuição da justiça.

Esse é, na verdade, um de seus escopos, motivo pelo qual a ausência de tutela jurisdicional adequada, justa e tempestiva, fere o direito fundamental de acesso à justiça, aqui entendido como acesso à ordem jurídica justa. Nas palavras de Dinamarco (2013, p. 132): “O escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça*, é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima em sociedade.”

Tal construção somente é possível em um Estado em que seja adequadamente observada a supremacia da Constituição. Trata-se de uma observância plena, ou seja, não somente no sentido formal, mas principalmente enquanto mecanismo efetivo de proteção e promoção de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido Humberto Theodoro Junior et al. (2015a) entenderam acerca do acesso à justiça instrumental.

Percebe-se, ainda que com a ruptura para o Estado Social, vai sendo abandonada a visão individualista dos direitos para se afirmar uma postura *positiva* (ativa) por parte do Estado na efetivação de direitos fundamentais (direitos sociais). Com isso, o Judiciário, a partir do processo constitucional, passa a ocupar papel de destaque na efetivação desses direitos. Sua função não é apenas de aplicação da norma jurídica, mas de materialização desta.

Diante de seu caráter instrumental, o acesso à justiça passa necessariamente, pela concretização de direitos e proteção do indivíduo face às arbitrariedades dos Estado, característica que está permeada pelo devido processo em sua dupla dimensão, enquanto elemento que se atrela indiscutivelmente ao processo sob a égide do Estado constitucional.

Exatamente nesse sentido, merece destaque a posição de Paulo Hamilton Siqueira Junior (2017, p. 83) que, ao tratar o processo como garantia do cidadão em face do Estado, ressalta sua dupla faceta: instrumental e garantística.

Nesse prisma, estabelece-se uma estreita ligação do acesso à justiça com a aplicação do devido processo substantivo, na medida em que extrapola a esfera procedimental das garantias processuais, adentrando na esfera das garantias

como forma de contenção das arbitrariedades do Estado em face do cidadão e de realização destes direitos.

Nota-se que a garantia do acesso à justiça, qualitativamente dimensionada, fatalmente se concretiza por mecanismos diretamente influenciados pela Constituição da República, considerando o objetivo precípua, consistente na análise e aplicação com vista à concretização de todos os princípios (implícitos ou explícitos) de ordem constitucional, seja instrumental ou material, positivado ou não, com o objetivo de promover tal garantia com alto grau de adequação e qualidade.

Nesse contexto apresenta-se a necessidade e a legitimação da prática do *judicial review*, inspirado inicialmente no sistema norte-americano, consistente no modelo que possibilita ao Poder Judiciário a fiscalização sobre a compatibilidade vertical das leis.

Importa ressaltar que referido mecanismo não representa afronta à separação de Poderes e, muito menos ao Estado democrático, pois, no Brasil, a revisão judicial está inserida em uma conjuntura de democracia de direitos permitindo o diálogo entre os poderes.

A propósito, um Poder Judiciário pleno e atuante pode não somente garantir o acesso à justiça em sua faceta instrumental, mas muito mais do que isso, avaliar e julgar o caso concreto na busca por uma ordem jurídica justa, pois não há falar em democracia sem o efetivo acesso à justiça.

Nesse ponto, ao tratar da importância de um Poder independente no Estado democrático e social de direito, Paulo Hamilton Siqueira Junior (2017, p.89) leciona o seguinte:

A jurisdição constitucional coaduna-se perfeitamente com o Estado Democrático e Social de Direito, na medida em que se torna instrumento eficaz para compatibilizar os preceitos do Estado Liberal com os do Estado Social. A Constituição tem essa função. Logo, a existência de um órgão com a finalidade da implementação e guarda dos preceitos constitucionais, sem a presença das paixões políticas, é indispensável. A democracia social exige um órgão independente que tenha como meta a guarda da Constituição.

[...]

O passivismo do Judiciário é inerente ao Estado Liberal. O Estado Democrático e Social de Direito que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988 concilia os interesses individuais e sociais. Aí está a legitimidade da jurisdição constitucional.

Como é possível extrair do excerto acima transcrito, a concepção do acesso à luz da Constituição está intimamente ligada à efetivação e à proteção das normas e princípios constitucionais.

Nesse diapasão, o desiderato de efetivação direitos e garantias, necessariamente se desenvolve por meio do maior alcance da atuação jurisdicional, amplamente dimensionada, legitimada pelos próprios interesses democráticos, entre os quais o acesso à justiça ocupa lugar de destaque, aqui entendido como o acesso à uma ordem jurídica justa.

Sobreleva ressaltar que é justamente nesse cenário e para dar maior efetividade aos direitos fundamentais que se mostra importante o desenvolvimento do princípio do devido processo legal através de suas duas dimensões: procedimental e substantiva.

Aliás, segundo Pereira (2008, p. 27) a face substancial do devido processo legal, é que deve ser considerada preponderante, por albergar os fundamentos do controle de constitucionalidade das leis, além de ser interpretada para deferir ao Judiciário o poder de “dizer o que é direito”.

Ainda, segundo o mesmo autor (p. 33), o devido processo deve servir de instrumento ao Poder Judiciário na proteção do indivíduo.

Contudo, conforme levantado acima, a condição do Poder Judiciário como protagonista, pode fazer ensejar um debate sobre uma hipotética afronta à separação de poderes.

No entanto, tal contrariedade mostra-se superada a partir da compreensão de que a garantia de acesso à justiça não está restrita ao acesso aos órgãos judiciários, indo muito além desta visão tradicional e alcançando todas as esferas do Poder estatal.

Assim, o acesso à justiça passa a ser compreendido como mecanismo de atendimento e concretização de direitos e garantias inserido em um claro panorama de ordem jurídica justa que, por sua vez, atenda à racionalidade e à razoabilidade da norma quando de sua construção e aplicação, permitindo que esta garantia se realize de forma justa e adequada.

Referida acepção, de modo algum, impossibilitaria um amplo sistema alinhado ao conceito *judicial review*, inclusive no que tange aos atos administrativos

fora da esfera legislativa ou jurisdicional, na medida em que é o Poder Judiciário o guardião da Constituição e das leis.

Nesse sentido, a atuação judicial na concretização de uma ordem jurídica justa, passa além do processo constitucional e da aplicação da razoabilidade em seus três elementos (necessidade, adequação e proporcionalidade), pelos objetivos gerais da República, definidos no art. 3º, I da Constituição Federal, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é a meta prioritária da República Federativa do Brasil, alinhando-se se com os ideários de liberdade, justiça e solidariedade (BULOS, 2015, p. 520)

Assim, quando se trata do *substantive process*, tal elemento deve ser tratado dentro de uma construção constitucional de processo como mais um mecanismo de proteção de direitos individuais e de contenção de arbitrariedades, pois ao entender o devido processo legal também em sua dimensão substantiva, toda e qualquer decisão deve passar por um exame de racionalidade e razoabilidade, dentro da busca pela ordem jurídica justa e, em última esfera à pacificação social, como finalidade maior a ser alcançada.

3.3.4. Da aplicação do *Substantive Process* no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Diante das peculiaridades do tratamento e da aplicação do devido processo legal, em especial no que tange a sua dimensão substantiva ou substancial, é possível notar que, além de sua repercussão doutrinária, suas características também incidiram no âmbito dos julgamentos proferidos pela Corte constitucional.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o devido processo legal em sua dimensão substantiva, com o objetivo de garantir o controle do arbítrio do Legislativo e a discricionariedade de atos do Poder Público em geral, procedendo assim ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas e atos administrativos.

Exatamente nessa esteira, é importante destacar alguns julgamentos já proferidos que compõem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, em determinadas oportunidades, a partir da análise da dimensão material do devido processo legal, a Corte constitucional já abordou a violação do direito fundamental do

acesso à justiça sob o prisma da falta de razoabilidade e de proporcionalidade de ato estatal. É o que se extrai, por exemplo, da decisão proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade de números 173 e 394, julgadas conjuntamente em 25 de setembro de 2008 (BRASIL, 2009).

No entanto, a utilização de referido princípio como meio de controle, passou a ocorrer com maior frequência após a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que o devido processo legal passou a constar expressamente no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LIV, conforme se infere das decisões proferidas após sua vigência.

A propósito, no ano de 1994, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158-8/AM, fundamentou sua decisão justamente na aplicabilidade do devido processo substantivo no caso concreto, ao reconhecer que a legislação objeto dos autos afrontava o princípio da razoabilidade:

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.⁴

Registra-se, ainda, que em 1996, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407MC/DF, novamente fundamentou a decisão de manutenção da lei impugnada na ordem jurídica, sob argumento de que suas disposições não se revelaram arbitrárias ou irrazoáveis, de modo que não houve violação ao devido processo substantivo ao caso concreto:

E M E N T A: [...] VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158-8/AM. Brasília/DF. 18 de dezembro de 1994. Publicado no Diário Oficial em 26/05/1995. Requerente: Procuradoria Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Amazonas e Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas)

abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.⁵

Nesse mesmo diapasão, com relação à aplicabilidade da dimensão substantiva do devido processo legal, foi mantido referido entendimento pela Corte constitucional. Assim, em nova abordagem sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal conclui o seguinte:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – [...] - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - **devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law"** (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes.⁶

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO – INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTOS (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) – RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA – LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407 MC/DF. Brasília/DF. 07 de março de 1996. Publicado no Diário Oficial em 24/11/2000. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 200844/PR. Brasília/DF. 25 de junho de 2002. Publicado no Diário Oficial em 16/08/2002. Requerente: Comercial de Pneus Godoy. Querido: União Federal

PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW” – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24) – O PODER DE TRIBUTAR – QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) – A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE – A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE” – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.⁷

Como se observa, da análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, denota-se claramente a plena utilização da dimensão substantiva do devido processo legal, tanto como meio para coibir e corrigir eventuais abusos e excessos cometidos pelo Poder Público em geral, bem como para o fim de ratificar atos que estão de acordo com suas premissas, servindo de contraponto para os casos em que os atos emanados revestem-se da devida razoabilidade, proporcionalidade e justiça, elementos inerentes ao referido preceito fundamental.

3.4. A CONSTITUIÇÃO GARANTISTA

No contexto do *substantive process*, inclui-se a ideia de constituição garantista, um paradigma firmado a partir do entendimento da máxima efetividade das normas constitucionais, dentre elas as garantias processuais e os direitos fundamentais.

O celebrado jurista italiano Luigi Ferrajoli (2015) leciona que podemos distinguir três paradigmas ou modelos teóricos de direito que se desenvolveram ao longo dos últimos séculos no continente europeu: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

Em primeiro lugar é explicitado o modelo que teve sua origem a partir do direito romano e do direito comum (*common law*) até alcançar o período das codificações, o qual é identificado como *modelo jurisprudencial pré-moderno*. (Ferrajoli, 2015, p.18).

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 915424/SP. Brasília/DF. 20 de outubro de 2015. Publicado no Diário Oficial em 30/11/2015. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ten Model Management Ltda

Sobreleva mencionar que o modelo jurisprudencial pré-moderno não se apresenta estruturado em fontes normativas de competência. Assim, sua construção encontra seu sustentáculo em um conjunto de normas que são instituídas por precedentes judiciais, os quais são repassados por meio da cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária.

Nessa conjuntura, a existência e a validade das normas do *common law* estão absolutamente condicionadas a sua substância, ou conteúdo prescritivo. Justamente em razão deste aspecto, pode-se dizer que a norma de reconhecimento das normas jurídicas é a *verdade*, no sentido de *intrínseca justiça* ou *racionalidade*. (Ferrajoli, 2015).

O segundo modelo é o *legislativo*, o qual também é denominado *paleojuspositivista*, o qual aparece consolidado a partir do monopólio estatal da produção normativa.

Nesse modelo, a norma de reconhecimento passa a ser o princípio da legalidade, na medida que as normas são reconhecidas pelo fato de que são produzidas em conformidade com a competência derivada de uma norma superior.

Ao tratar sobre a Teoria da Norma Jurídica, Norberto Bobbio (2014, p. 48) descreve a questão da *validade* da norma sob a seguinte perspectiva.

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência dessa norma como regra jurídica.

Corroborando o pensamento acima, tem-se que a aferição da existência e da validade das normas se coloca diante de dois elementos, quais sejam, como elas foram constituídas e quem as produziu. Logo, adota-se uma sistemática que acaba por se afastar de sua substância, compreendidas as faces verdade, justiça, razão. (Ferrajoli, 2015, p.19)

Como se pode observar, este modelo legislativo apartou, portanto, a análise de validade das normas de sua intrínseca justiça, ou, em outras palavras, buscou separar o direito da moral. Na verdade, este foi o ônus pago pelos valores da certeza do direito, da igualdade de tratamento perante a lei, da liberdade em face do arbítrio, da submissão do estado-juiz à lei.

Esse paradigma, ao afastar o direito da moral, traz em seu bojo a ideia de norma jurídica a partir de seus elementos formais, afastada do conteúdo e da construção de justiça sob o ponto de vista axiológico.

A partir destes elementos, é intuitivo concluir que o positivismo jurídico é a filosofia do direito embasada nessa experiência, ou seja, no necessário afastamento do direito relativamente a concepções políticas ou axiológicas de justiça. (Ferrajoli, 2015)

Por fim, apresenta-se o terceiro modelo constitucional denominado como *neojuspositivista*, o qual emergiu a partir da propagação das constituições rígidas, ocorrida sobretudo na Europa, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

De início, é relevante ressaltar que tal modelo, assim como os demais, continua a aceitar a norma de reconhecimento do positivismo, a qual, como visto, determina a existência e a vigência das normas em função de sua produção, o que se alinha ao princípio da legalidade formal.

Ocorre que, no *neojuspositivismo*, apesar de permanecer a adoção pela norma de reconhecimento do positivismo, a sua validade passa a depender também da *conformidade da sua substância ou conteúdo aos princípios e direitos firmados na Constituição*, a qual passa a figurar verdadeiramente como uma *norma de reconhecimento de caráter substancial*. Em uma acepção que traduz o princípio da legalidade substancial. (Ferrajoli, 2015)

Trata-se da ideia de que a validade da norma depende de que seu conteúdo esteja vinculado aos princípios dos quais a própria norma decorre, para além dos limites formais de validade normativa.

A propósito, semelhantemente à função exercida pelo *due process* no sistema da *common law* (Pereira, 2006), no sistema do *civil law*, fundamentado no modelo constitucional neopositivista, os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição estabelecem limites substantivos que delineiam uma zona de proteção ao indivíduo.

Importa destacar aqui a posição de Tavares (2014, p. 191) acerca da força normativa e da aplicabilidade das normas constitucionais.

[...] a força normativa da Constituição e sua supremacia impõem-se, necessariamente, na teoria que se pretenda adotar sobre o assunto. Da mesma forma, os direitos fundamentais, cujo assento típico no contemporâneo Estado Democrático é a Constituição. Assim também a posição subjetiva na qual os direitos fundamentais investem os cidadãos e,

particularmente no caso brasileiro, a regra inserida no § 1º do art. 5º da Constituição, que confere nota da aplicabilidade imediata à normas definidoras de direitos fundamentais. Trata-se aqui, de ponto dogmático que não pode ser olvidado pela teoria brasileira das normas constitucionais.

Além disso, vale ressaltar que esse espectro de proteção que deve circundar o indivíduo aparece, adequadamente identificado, como “esfera do não decidível”, aspecto que representa “aquilo que *nenhuma maioria pode decidir*, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que *nenhuma maioria pode deixar de decidir*, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela Constituição” (Ferrajoli, 2015, p. 20).

A partir das características explicitadas, é possível constatar a existência de três modelos de direito baseados em três distintas formas de reconhecimento da norma, que por sua vez correspondem a três diferentes critérios de validade.

Em suma, no modelo jurisprudencial, a norma era reconhecida por sua intrínseca justiça, que era a sua condição de validade. No modelo legislativo ou *paleopositivista*, a norma é reconhecida e validada pela adequação de sua produção às regras de forma e competência do ordenamento jurídico. Já, no modelo constitucional *neojuspositivista*, a norma de reconhecimento identifica-se tanto com a conformidade de sua produção (legalidade formal) quanto com a coerência substancial da norma produzida aos princípios e direitos fundamentais firmados na Constituição (legalidade substancial) (FERRAJOLI, 2015).

Como se observa, a partir dos estudos de Ferrajoli (2015, p. 21-22), no Estado legislativo de direito o fundamento do Estado vinha expresso por noções metafísicas, imprecisas e organicistas como “vontade geral”, o *demos*, “a nação”, etc., dos quais a esfera pública era absorvida como expressão política.

Em contrapartida, no Estado constitucional de direito, tais expressões ideológicas dão lugar à expressa positivação constitucional dos fundamentos do Estado: “de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, *os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância*” (FERRAJOLI, 2015)

Com efeito, o moderno constitucionalismo *neojuspositivista*, na concepção de Ferrajoli (2015, p. 24) configura um “sistema de garantias, isto é, de limites e de vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder como condição de sua legitimidade”.

Como contribuição importante de seu trabalho, nota-se que o autor trouxe à doutrina constitucional a concepção de garantismo anteriormente ligada apenas ao direito penal.

Todavia, conforme o próprio autor deixa explicitado, deve ser compreendido como “um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição” (FERRAJOLI, 2015)

A propósito, ao correlacionar Estado constitucional de direito e o garantista Ferrajoli (2015, p. 30-31) assevera que:

Nesse sentido o garantismo é sinônimo de “Estado constitucional de direito”, ou seja, de um sistema que refunda o paradigma clássico do Estado liberal, ampliando-o em duas direções: de um lado, em relação a todos os poderes, não apenas para o Judiciário, mas também para os poderes legislativo e de governo, e não apenas para os poderes públicos, mas também para os poderes privados; de outro lado, em relação a todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as consequentes obrigações, além das proibições, a cargo da esfera pública.

De igual modo o neopositivismo também sustenta uma concepção substancial de democracia., pois, para Ferrajoli (2015), se o primeiro positivismo jurídico possibilitou a eleição dos órgãos legislativos e executivos, munindo os eleitos da necessária competência representativa, com o segundo juspositivismo “vinculou-se o conteúdo das normas produzidas à garantia dos interesses e das necessidades vitais dos sujeitos representados”.

Exatamente nesse contexto, os princípios e os direitos fundamentais estipulados nas Constituições equivalem à positivação da “lei da razão” jusnaturalista, ainda que contingente e historicamente determinada e, ainda, funcionam como limites e vínculos à “lei da vontade”, que é expressa em uma democracia pela *regra da maioria*. (FERRAJOLI, 2015, p. 36)

Logo, o paradigma neopositivista do constitucionalismo acresce ao ordenamento jurídico um elemento substancial, de modo que não basta que a lei seja produzida em conformidade com a dinâmica por ele estipulada, mas é preciso que ela sirva à garantia dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição. (FERRAJOLI, 2015).

Ao tratar sobre normas constitucionais no Estado Democrático, Nelson Nery Junior (2016, p. 51) afirma sobre a força diretiva da Constituição, como garantia da ordem jurídica, a saber:

A função diretiva da Constituição consiste, principalmente, em dotar os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento jurídico. Ao realizar essas três tarefas, a Constituição deixa de ser apenas a ordem jurídica fundamental do Estado e passa a ser também a ordem jurídica fundamental da sociedade.

Diante disso é impositivo concluir que o princípio da legalidade assume um duplo significado: o fraco ou formal, que o remete apenas às regras de competência legislativa; e o forte ou substancial, que vincula o conteúdo da lei à garantia dos direitos fundamentais (Ferrajoli, 2015), o qual se coaduna com as diretrizes de um Estado constitucional de direito.

4. NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Esta parte é dedicada ao estudo das normas processuais fundamentais constitucionais e infraconstitucionais e seu papel de importante auxílio para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

Para tanto, foi necessário abordar o direito constitucional processual, compreendido como influência da constituição no direito processual, bem como os diversos princípios que compõem as normas processuais fundamentais que devem nortear a tutela jurisdicional (estatal ou não estatal), com o escopo de se alcançar uma ordem jurídica justa que se espera num Estado Constitucional.

4.1. A CONSTITUIÇÃO E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Conforme já explicitado anteriormente, a análise do direito fundamental ao devido processo legal deve ocorrer para além de sua face procedimental, ratificando seu caráter substantivo, o qual emerge como força de contenção de arbitrariedades, a partir de preceitos como razoabilidade, racionalidade e justiça, indispensáveis à tutela adequada com escopo na concretização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

É interessante registrar a correlação mencionada pela doutrina, caracterizada pelo encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os direitos fundamentais emergem como um elemento básico para a realização do princípio democrático. (PIOVESAN, 2013, p. 88)

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental de *status* social, deve ser garantido por meio de uma tutela jurisdicional eficiente e, realizada à luz dos princípios constitucionais, como é caso do devido processo legal e da razoável duração do processo, aspectos que devem ser considerados e observados no Estado Democrático, notadamente quando da elaboração e aplicação da lei processual, como meio garantidor de direitos fundamentais.

Justamente diante da incontestável influência e incidência das normas contidas na Constituição da República como condição para o alcance de uma ordem

jurídica justa, vislumbra-se o reconhecimento de um verdadeiro devido processo legal constitucional.

Sobre o tema a doutrina assinala:

As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria Constituição Federal, como *devido processo legal*, ou, como parece ser mais adequado para significativa parcela da doutrina, *devido processo constitucional*. (BUENO, 2017, p. 22)

Como se observa, à luz deste raciocínio, é possível constatar uma inegável afinidade entre o acesso à justiça qualitativamente dimensionado e o devido processo legal substantivo, os quais, fatalmente, devem ser lidos em consonância com as normas fundamentais de índole processual contidas, explícita ou implicitamente, na Constituição, por serem representativas dos valores constitucionais.

A propósito, a partir de uma adequada leitura das garantias que circundam o acesso à justiça e da missão de se promover com efetividade a tutela de direitos, seus titulares “devem dispor de iguais meios para obter a tutela jurisdicional efetiva, que é necessariamente outorgada por meio do devido processo legal”. (SICA, 2011, p. 56)

Como visto, o processo substantivo se apresenta como face indispensável para o entendimento pleno do princípio do devido processo legal, bem como para a realização do acesso à justiça, enquanto meio de concretização de outros direitos e garantias fundamentais, positivados ou não.

No entanto, sem descuidar da adequação, no sentido de projetar-se para um acesso à justiça qualitativo, o qual precisa ser trabalhado num contexto de tutela eficiente aliado a observância do princípio da segurança jurídica.

4.1.1. Direito constitucional processual vs. direito processual constitucional

Não há como examinar a relação entre a Constituição e os mecanismos de acesso à justiça, sem perpassar pelo tema da eficácia e efetividade das normas constitucionais, não restritas ao seu conteúdo meramente programático, especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais.

Assim, antes mesmo de enfrentar diretamente o tema do direito constitucional processual e demonstrar sua distinção específica em relação ao processo constitucional, é preciso, primeiramente, aferir a delimitação quanto à amplitude do grau de concretização das normas fundamentais de natureza social insculpidas na Constituição da República.

Nesse desiderato, Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 11) aponta para uma construção no sentido de que “pretende-se que a formação de uma consciência jurídica ou sua focalização intensiva sobre a real impositividade normativa das regras constitucionais existentes concorre para induzir a uma aplicação mais ampla de seus comandos”.

Pois bem, exatamente no campo da impositividade das normas constitucionais é que se estabelece o conceito de direito constitucional processual, ou seja, como desdobramento de sua eficácia no sentido mais amplo possível.

É relevante esclarecer que o direito constitucional processual não se constitui como uma disciplina autônoma. Na verdade, tal qualificação caracteriza um método de estudo que tem por objeto os princípios e normas constitucionais que compõem um grupo de normas fundamentais constituidoras das diretrizes do direito processual que, por sua vez, alimentado por tais balizas, funciona como instrumento de acesso à justiça.

Nessa linha os princípios e normas constitucionais aplicáveis ao processo, traduzem verdadeiras prescrições constitucionais impositivas, como garantias do cidadão ao processo justo, e à obtenção da tutela jurisdicional, adequada, efetiva, como mecanismo de acesso a uma ordem jurídica justa.

Trata-se do princípio da efetividade do processo justo fulcrado em normas fundamentais condizentes com o Estado democrático de direito e voltado para os resultados da tutela jurisdicional.

Sobre o tema destaca-se que:

O princípio da efetividade do processo, neste sentido – e diferentemente dos demais -, volta-se mais especificamente aos *resultados* da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um “*processo justo*” ou em um “*processo devido*”, dando-se a *falsa* impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do *meio* de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O “justo” e o “devido”, com efeito, vão além do *reconhecimento* jurisdicional do direito. (BUENO, 2017, p. 40)

Assim, para compreensão das normas fundamentais processuais que, potencialmente, conduzem à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, especialmente aquelas que se prestam a instrumentalizar o acesso à justiça como ordem jurídica justa e adequada, com segurança jurídica, eficiência, e tempestividade, mostra-se necessário abordar o direito processual sob a égide do direito constitucional.

Obviamente a temática se coaduna com ideia de eficácia das normas constitucionais, para além de seu conteúdo meramente formal ou programático.

Em outras palavras, a partir da força normativa e, nesse contexto, impositiva das prescrições constitucionais, como garantias à própria manutenção do Estado de Direito, é possível vislumbrar um verdadeiro avanço na busca pelo acesso a uma ordem jurídica justa, pautada pela influência da Constituição no processo.

No caminho da efetividade da tutela jurisdicional e do próprio acesso à justiça, permeado pelo princípio do devido processo legal e dos demais princípios dele decorrentes, vislumbra-se que “o direito material somente se efetiva se lhe corresponderem instrumentos adequados de tutela, com um *processo justo mediante o tratamento igualitário das partes*.” (LUCON, 1999, p. 100)

Como já mencionado, ao tratar da efetividade do processo como instrumento de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, é inevitável suscitar a ideia de resultado, com observância ao princípio da segurança jurídica.

Aliás, nesse sentido manifesta-se a doutrina:

[...]a outorga da tutela jurisdicional *efetiva* (no sentido de que congregue realização prática do direito material com celeridade e segurança jurídica, mediante a observância do devido processo legal), *adequada* (a proteção jurisdicional deve ser moldada ao direito substancial reclamado) e *tempestiva* (seja pela disponibilização de mecanismos para tutelar situações de urgência, seja pela razoável duração do processo). (SICA, 2011, p. 29-30)

Apresentadas estas balizas e, para o fim de delimitar o objeto de análise, emerge necessário compreender a distinção entre o *direito processual constitucional* e o *direito constitucional processual*.

Conforme leciona Monnerat (2017, p. 42), ao tratar do denominado *direito processual constitucional*:

[...] além de ser a principal fonte do Direito Processual Civil, a Constituição Federal consagra, em seu texto, normas específicas de um sistema de *processo constitucional*.

Por *processo constitucional*, devem ser entendidos os mecanismos processuais e procedimentos previstos na Constituição Federal como instrumentos de exercício da denominada "*jurisdição constitucional*".

[...]

Assim, ao lado da jurisdição civil, da jurisdição penal, da jurisdição trabalhista e da jurisdição eleitoral, o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma jurisdição constitucional voltada à limitação, ao controle e à racionalização do poder estatal.

[...]

O Direito Processual Constitucional, portanto, é o sistema de normas voltado a disciplinar o procedimento e demais aspectos processuais do exercício da jurisdição constitucional pelos órgãos incumbidos desta tarefa pela própria Constituição Federal.

Referida temática é bastante abordada pela doutrina específica, cuja relevância da distinção repousa em seu objeto.

Assim, o *direito processual constitucional* está voltado para o exame das normas atinentes à jurisdição constitucional, campo onde estão compreendidas as chamadas ações constitucionais. Por outro lado, o *direito constitucional processual* dedica-se ao estudo dos preceitos fundamentais do direito processual, decorrentes de uma influência direta da Constituição, incluindo tanto as normas constitucionais (explícitas ou implícitas), bem como as infraconstitucionais.

Nas palavras de Paulo Hamilton Siqueira Junior (2017, p. 60):

O *direito constitucional processual* é o elenco de normas e princípios processuais consagrados e tutelados no texto constitucional. São as normas de direito processual inseridas na Constituição, sendo investigadas na disciplina teoria geral do processo. Referida disciplina estuda os preceitos fundamentais do processo, incluindo os que constam da Constituição. Como exemplo, podemos citar o *princípio da inafastabilidade da jurisdição* ou *princípio da garantia do direito de ação*.

O *direito processual constitucional* compreende o elenco de normas e princípios processuais que tem por finalidade regular a jurisdição constitucional, como, por exemplo, o *habeas data*, o *habeas corpus*.

O direito constitucional processual caracteriza-se, na verdade, como ponto de partida para a compreensão das garantias constitucionais dispostas na Constituição, implícita ou explicitamente. Portanto, a partir da premissa de que o processo deve ser interpretado a partir dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, traz à norma constitucional o alcance e a eficácia, indispensáveis à garantia do processo justo.

Conforme ensina Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas (2008, p. 33):

[...] a opção é pela expressão “direito constitucional processual”, que, enfatizando o caráter constitucional das normas, leva o jurista a interpretar as normas infraconstitucionais em função dos valores constitucionais.

[...]

É formado então, o *direito constitucional processual* pelo conjunto de normas que se encontram na Constituição e que reúnem princípios que se consubstanciam na forma e instrumentos de garantia ou proteção dos demais direitos, traçando o perfil constitucional da jurisdição.

Com efeito, ao pensar em processo e constituição, mostra-se indispensável pensar nos princípios constitucionais que garantem e norteiam toda a atividade processual que circunda a tutela de direitos, entre os quais destacam-se os princípios informadores do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição, entre outros.

É preciso ponderar as normas processuais como *meio* destinado a alcançar a pacificação social, e nesse ponto, todo o conjunto de normas processuais (regras e princípios) deve ser interpretado a partir da Constituição da República que, deve funcionar como fonte do direito processual.

A ideia é precipuamente, aplicar o processo a partir e com fundamento na Constituição e, por via de consequência, promover maior proteção e melhor aplicação dos direitos fundamentais no âmbito de um processo efetivo e democrático.

Nota-se que apreender adequadamente o *direito constitucional processual* significa, em alguma medida, compreender a força normativa da Constituição na esfera processual, não como um fim em si mesmo, mas necessariamente na busca pela ordem jurídica justa, muitas vezes necessária para que os direitos fundamentais alcancem, para além de uma eficácia força normativa, também uma eficácia social.

A respeito da jurisdição para eficácia normativa e social dos direitos fundamentais destaca-se doutrinariamente que:

Os Direitos Fundamentais são dotados de eficácia normativa devido à incontestável força normativa de que são dotados. Porém, para que surta efeito concreto, é necessário que sejam também dotados de eficácia social, o que nem sempre ocorre de maneira espontânea, sendo necessária a atuação da jurisdição para que os Direitos Fundamentais adquiram eficácia social e concreta, aquela que pode ser visualizada no mundo real, enfim, para que adquira efetividade. (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 339)

Dentro do Estado democrático, entre diversas fontes do direito processual que, por sua vez informa o acesso à justiça, fatalmente deve estar inserida a Constituição Federal, considerados seus princípios, direitos e garantias fundamentais.

Nessa esteira, é impositivo concluir que qualquer estudo sobre o direito processual e suas diretrizes e finalidades, deve perpassar pela ideia de prestação da tutela jurisdicional, justa, efetiva e em tempo razoável, a qual, obviamente deve estar envolta pelo modelo constitucional pautado no devido processo legal e em via oblíqua, na segurança jurídica.

Sobre o modelo constitucional de processo leciona Monnerat (2017, p. 54):

Portanto, hoje, o desenho do processo é extraído diretamente da Constituição Federal, a começar pela garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional disposta no art. 5º, inc. XXXV, que consagra em sede constitucional o *direito de ação*, isto é, o direito de exigir do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional que atualmente, muito mais do que um direito a uma sentença de mérito ou uma simples resposta do Estado-juiz acerca do direito discutido no processo, deve ser entendida como o *direito a uma tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável*. Igualmente o *processo*, ou seja, o método pelo qual o direito de ação é atendido e a tutela jurisdicional é prestada, encontra-se moldado pela Constituição Federal, que garante a todos os litigantes o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a publicidade dos atos processuais, o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), bem como seu desenvolvimento em tempo razoável, nos termos do art. 5º, inc. LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Tais princípios e garantias, de maneira geral, abarcados pela cláusula do devido processo legal (art. 5º, LVI), encerram o que se pode chamar de *modelo constitucional de processo civil*.

Essas são as premissas sobre as quais se fundam o direito constitucional processual, quais sejam, a força normativa da Constituição e a garantia de proteção e promoção de direitos e garantias por meio da tutela comumente apregoada meio do processo.

As normas fundamentais de natureza processual encontram respaldo no próprio conceito de Estado de Direito, no qual o devido processo legal, procedimental e substancial, apresenta-se como cláusula geral, mas não única, de garantia ao processo justo.

4.1.2. O princípio da eficiência para além de sua função administrativa

Ao tratar da garantia do acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa, considerando todos os aspectos valorativos que o circundam, apresenta-se inevitável a reflexão sobre a qualidade a ser experimentada quando da realização desta garantia, a qual está diretamente relacionada com a eficiência e com a segurança jurídica.

Nessa abordagem é necessário considerar que “[...] não se pode reconhecer um Judiciário eficiente, se não consegue se desincumbir de sua função constitucional de distribuir jurisdição no prazo razoável e na forma devida.” (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 338).

A perspectiva de um acesso à justiça, qualitativamente dimensionado, deve ser aferida a partir de um cenário de Estado constitucional e democrático, notadamente permeado por mecanismos de contenção de arbitrariedades e busca pela concretização de direitos e garantias.

Nesse contexto, tem-se que a expressão “acesso a uma ordem jurídica justa”, atribuída ao professor Kazuo Watanabe, conforme já explicitado na primeira parte deste estudo, é utilizada como elemento representativo e essencial à concretização do princípio e direito fundamental do acesso à Justiça, muito além da simples percepção de acesso formal ao Poder Judiciário.

Ao tratar do tema, a Professora Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 76), em recente estudo sobre a processualidade, leciona que:

O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma *tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social*. Isso vai além do acesso ao Judiciário, *não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país*.

(...)

O acesso à justiça – e à ordem jurídica justa – conduz à pacificação, pois é por ele que os conflitos são adequadamente tratados encontrando solução justa. Essa pacificação pode ser menor ou maior, conforme o instrumento utilizado.

Do conceito de ordem jurídica justa extrai-se a necessidade precípua de toda e qualquer ordem jurídica no mundo, qual seja, a busca pela pacificação social, a qual pode se dar de forma mais ou menos adequada, cada vez que ela se revela mais ou menos justa à conclusão do caso concreto.

Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) anotam que:

a expressão “acesso à Justiça” serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...] Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve *produzir resultados que sejam individual e socialmente justos*.

Nessa esteira, pode se dizer que, em razão deste ideal de que o acesso seja adequado, efetivo e tempestivo, sua concretização, enquanto direito fundamental, deve repercutir o mínimo de resultados negativos ou colaterais para os titulares desta garantia.

A propósito, ao tratar do acesso como garantia-síntese e de seu aprimoramento, também com o objetivo de promover a redução dos chamados resíduos não jurisdicionáveis, Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 202-203) assevera o seguinte:

A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o *acesso à justiça*. Mediante esse conjunto de disposições ela quer afeiçoar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado-de-direito. Ela quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras *etc* – porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da democracia. A efetividade dessas disposições constitui penhor da (relativa) *universalização da tutela jurisdicional*, com a desejada redução dos resíduos não-jurisdicionáveis, bem como do aprimoramento do *processo justo e equo*.

Em outras, palavras, visto numa perspectiva qualitativa o acesso à justiça deve ser vislumbrado como prestação adequada, com o máximo de efetividade e o mínimo de resultados colaterais, o que conduz à percepção de uma tutela eficiente, considerada a atividade típica do Poder Judiciário.

A propósito, ao discorrer sobre a definição do princípio da eficiência, o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 1021) leciona o seguinte:

O *princípio da eficiência* também serve para atenuar o formalismo exacerbado, evitando excessos. Nesse ponto, conecta-se com os ditames da proporcionalidade e da moralidade, servindo, assim, para balizar a conduta dos Poderes Públicos.

Note-se que a *eficiência*, embora não se sobreponha aos princípios tradicionais da Administração, é uma diretriz autônoma, não se colocando como subprincípio de nenhum outro primado, nem, muito menos, contrapondo-se ao ditame da legalidade, fundamentalíssimo para a Administração, a qual não pode conviver com vínculos jurídicos formados ilicitamente.

Quando se diz que a eficiência nutre relação com a *proporcionalidade*, é no sentido da busca de resultados, servindo de controle para certas medidas

legislativas, de cunho burocrático e formalista, as quais acabam recaindo num legalismo estéril que percorre os diversos níveis da Administração Pública, sem trazer qualquer benefício a ela e aos administrados.

Como se observa o princípio da eficiência se apresenta inicialmente como uma diretriz autônoma de ordem constitucional, a qual propaga a ideia de busca pelo resultado no âmbito da atividade pública.

Vale ressaltar que, comumente o princípio da eficiência é pensado apenas sob a perspectiva da função administrativa, a qual sabidamente é desenvolvida por qualquer dos Poderes da República, notadamente no que tange ao ato de administrar, viés que não guarda relação com o objeto aqui tratado.

Nesse sentido:

Em que pese o referido norte constitucional, não se pode negar que a eficiência é um qualitativo que atrela-se à técnica que busca a resolução do mérito. E por isso, um vício que recai sobre o procedimento não pode ser fenômeno impeditivo à obtenção da resposta judicial definitiva. [...] Como dita o mandamento constitucional previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, é dever dos agentes políticos, e obviamente, aí se encaixam aqueles que exercem a atividade jurisdicional, observar o princípio da eficiência. (SOARES, 2017, p. 40)

Assim, referida percepção inicial, de modo algum, poderia obstar o pleno alcance deste importante princípio para as demais áreas de atuação estatal, tal como ocorre quanto à diretriz do devido processo legal.

Relembre-se que o devido processo legal, em sua dimensão substancial, estabelece diretrizes de contenção e de realização no tratamento dos direitos e garantias, as quais, como visto, são vinculantes para todas as esferas de exercício do Poder estatal.

De igual modo, o princípio da eficiência vincula as atividades dos poderes inseridos no Estado constitucional, não somente no que toca ao caráter procedimental, inserido na atividade de administrar, mas também nas atividades típicas estatais, a exemplo da desempenhada pelo Poder Judiciário, considerando que referida atividade pública de natureza prestacional está voltada para a concretização da garantia do acesso à justiça.

Em outras palavras, tal aspecto emerge relevante, notadamente quando compreendido no espaço destinado ao exame da atividade típica do Poder Judiciário.

Nesse sentido a doutrina corrobora o seguinte:

O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes* (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se extrai do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e do “princípio da eficiência” lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, ao atingimento de seus objetivos mais amplos. [...] Por isso mesmo, não há por que recursar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional”. (BUENO, 2017, p. 39)

Ressalta-se, portanto, que a correta aceção e aplicação do princípio da eficiência, vai muito além do papel de influenciar a atuação da Administração Pública em sua atividade típica.

Logo, é fácil concluir que o princípio da eficiência deve ser observado no exercício de todas as atividades estatais, inclusive, em relação à atividade típica afeta ao Poder Judiciário, qual seja a prestação da tutela jurisdicional, necessariamente permeada pela racionalidade e razoabilidade, como elementos importantes para a construção de verdadeira garantia de acesso a uma ordem jurídica justa.

A propósito, a aplicação da eficiência na atividade típica de prestação jurisdicional, instrumentalizada pelo processo, decorre da própria conjuntura constitucional que vincula a atuação de todos os poderes estatais.

A partir dessa concepção da garantia de acesso à justiça com eficiência “o Poder Judiciário deve racionalizar, otimizar e tornar mais eficiente a atividade jurisdicional.” (FONSÊCA, 2017, p. 93-94).

Mesmo antes de o princípio da eficiência ter sido incluído no artigo 37 pelo poder constituinte reformador (EC/19), sua incidência para o processo já encontrava sustentáculo em outros preceitos inseridos na Constituição da República, a exemplo do próprio acesso à justiça.

Exatamente nesse sentido, João Gilberto Gonçalves Filho, em tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo (2010, p. 17), aduz o seguinte:

A bem da verdade, contudo, referido princípio já estava implicitamente consagrado no texto original da Constituição de 1988, não se concebendo que, antes de sua explícita inserção no *caput* do art. 37 da CF pudesse o Estado ser ineficiente. Sua raiz normativa está no direito fundamental de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e no direito fundamental ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Nesse ponto, diante da apropriada aplicação do princípio da eficiência, para além da interpretação comumente abordada quando da análise do artigo 37 da Constituição Federal, é factível vislumbrar sua correlação com o devido processo em sua dimensão substancial, eis que às normas constitucionais deve ser dada a máxima efetividade possível.

Aliás, como visto, o devido processo substantivo se presta a promover a proteção substancial do indivíduo o que, por meio da contenção de arbitrariedades, conduz ao acesso a uma ordem jurídica, tendo por instrumento uma tutela jurisdicional justa e eficiente, notadamente no sentido de promover a segurança jurídica e a confiança e, em via oblíqua, o objetivo maior, qual seja a pacificação social.

O somatório destes elementos ratifica a necessidade da abrangência completa do devido processo legal, uma vez que, em sua dimensão substantiva, referido princípio se presta a servir de sustentáculo para a busca da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, o que se aplica principalmente ao acesso à justiça, considerada sua condição instrumental, mormente diante da dinâmica relação entre a sociedade e o Estado.

Sobre o tema, merece ser destacado o ensinamento de Tavares Pereira (2008, p. 73), ao explicitar que:

A vida, a liberdade a propriedade são os bens protegidos pela cláusula. Até onde vai tal proteção, procedimental e substancialmente falando é uma questão permanentemente aberta. Quando o Estado, por qualquer de seus órgãos, atentar contra eles, suprimindo-os ou mesmo apenas restringindo-os, tal ato estará ao alcance do Poder Judiciário e poderá ter validade ou não, segundo padrões de Escrutínio cujo grau de exigência pode variar segundo o entendimento da corte.

Como se pode notar, a acepção do princípio do devido processo substantivo e do princípio da eficiência, a partir de sua inteligência apropriada, torna imperativo concluir pela sua incidência para qualquer atividade estatal, incluindo o Poder Judiciário em sua função típica de entregar a garantia fundamental (garantia-síntese) do acesso à justiça por meio de uma tutela tempestiva com o menor número de resultados colaterais.

Portanto, tal garantia fundamental deve ser efetiva, tempestiva e adequada, inevitavelmente com o escopo voltado para os contornos de uma ordem

jurídica justa, o que, por sua vez, inclui a eficiência como princípio que sustenta a busca pela redução dos chamados resíduos não jurisdicionáveis.

Nessa linha colhem-se os ensinamentos doutrinários:

Percebe-se que este princípio objetiva o alcance do maior número de frutos, com o menor número de esforços, seja econômico ou emocional, para as partes e para o Estado. [...] Dessa forma, o processo só alcançará o seu escopo principal, qual seja, o de solucionar a controvérsia, quando atender aos ditames do princípio da economia processual, sendo certo, inclusive, que um processo demasiadamente oneroso não será tido como justo. (LOBO, 2014, p. 75)

No mesmo sentido:

A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004 (denominada de “Reforma do Judiciário”), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV. CF). (CARVALHO FILHO, 2017, p. 32)

Pois bem, o Estado, no exercício da atividade jurisdicional, deve ser norteado pelo princípio da eficiência, na busca da máxima proteção e promoção dos direitos do indivíduo, por meio de mecanismos processuais que vão além do caráter meramente procedimental e/ou formal do devido processo legal.

Desse modo, a dimensão substantiva do devido processo, que segundo Pereira (2008), tinha por ideia inicial ser um protesto contra punições arbitrárias e contra violações arbitrárias da liberdade pessoal e dos direitos de propriedade, quando examinada sob o enfoque do acesso à justiça, passa a representar o direito a um julgamento livre, a uma medida justa, razoável e eficiente, enquanto diretriz fundamental traçada para pautar qualquer ação ou disposição dos poderes instituídos na direção do indivíduo.

Diante de uma perspectiva constitucional de máxima efetividade, não há ato estatal, de qualquer das esferas de poder, que possa deixar de observar o *due process*, cuja dimensão substantiva se presta a garantir um acesso que se apresente adequado e, portanto, justo em sua integridade, o que, por certo deve se dar de modo eficiente.

Assim, o princípio da eficiência se alinha ao acesso à justiça comprometido com a qualidade do resultado, capaz de promover a proteção dos titulares de direitos e garantias, pois, “acaso se privilegie apenas a perspectiva “quantitativa” da eficiência, a equação entre tempo e quantidade há de significar necessariamente a perda da qualidade”. (TEIXEIRA, 2012, p. 124).

É esse o ponto no qual o devido processo substantivo deve aliar-se à eficiência, mediante aplicação ampla do princípio em face de quaisquer dos poderes instituídos, na proteção justa e razoável dos direitos e garantias, com a perspectiva de máxima efetividade em prol de seus titulares.

A propósito, a atual lei processual brasileira, inserida num Estado constitucional de direito e alinhada à terceira onda renovatória de acesso à justiça, trouxe uma série de técnicas e institutos que buscam dar maior relevo ao escopo de efetividade para referida garantia instrumental.

Nessa linha, diversos instrumentos podem permitir uma maior e melhor busca por um acesso qualitativamente dimensionado, no sentido de adequação capaz de promover a realização dos direitos e garantias por meio da prestação de uma tutela como instrumento de acesso efetivo e eficiente.

Tal construção reafirma a finalidade de promoção e concretização da ordem jurídica justa e efetiva, enquanto instrumento de pacificação social e proteção da confiança.

Desse modo, é possível qualificar a prestação na medida da realização adequada do acesso, para além do aspecto formal consistente apenas no respeito às garantias procedimentais.

A propósito, ao comentar o art. 8º do Novo CPC, Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 60) destaca que “a menção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, publicidade e da eficiência, revela o fenômeno da constitucionalização do processo.”

Mais precisamente, no que tange ao *princípio da eficiência*, percebe-se uma novidade com consequências positivas para a busca da adequada prestação da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, Fredie Didier Jr. (2013, p. 436), em seu artigo Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência, sustenta tratar-se de

“uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual”.

Como já visto, referido valor deve ser observado não apenas no tocante à atividade estatal, mas em todas as esferas de Poder consideradas suas atividades típicas e atípicas, o que repercute tanto no âmbito da administração judiciária como na gestão de cada processo, guardando verdadeira relação com a busca pela adequação tempestiva na prestação da tutela jurisdicional.

Referida concepção aparece ainda mais evidente ao se formular sobre a distinção entre o princípio da efetividade e o princípio da eficiência. Nesse diapasão, Didier (2013, p. 438) leciona:

Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo.

Ainda sobre o princípio da eficiência previsto no artigo 8º da nova lei processual, Alexandre Câmara (2016, p. 16) leciona:

[...] o art. 8º faz menção ao princípio da eficiência. Este é o princípio que tradicionalmente era conhecido como *princípio da economia processual*, e sua incidência no sistema processual decorre do art. 37 da CRFB. Pode-se compreender a economia processual como exigência de que o processo produza o máximo de resultado com o mínimo de esforço. [...] É que se deve entender por eficiência a razão entre o resultado do processo e os meios empregados para sua obtenção. Quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultado constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo.

Como se observa, a inserção expressa do princípio constitucional da eficiência entre as normas fundamentais contidas na nova lei processual, revela a verdadeira expectativa de que a tutela dos direitos pela via jurisdicional se corporifique em uma resposta justa, racional e razoável à solução de um conflito concreto, o que pode se dar por meio da aplicação da dimensão substantiva do devido processo legal como mecanismo a ser utilizado em prol da garantia do acesso a uma ordem jurídica justa.

Por fim, é importante registrar que o escopo aqui almejado não recai sobre a eficiência na acepção de exame de custos, abordagem que seria adequada

especificamente para a análise econômica do direito, o que não se coaduna com o recorte proposto.

4.1.3. O princípio da razoável duração do processo

No ano de 2004, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, emergiu uma importante alteração no texto constitucional que, por sua vez, repercutiu em todo o sistema brasileiro de tutela de direitos.

Trata-se da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que, após referida emenda, passou a prever expressamente o direito à razoável duração do processo entre os direitos fundamentais.

Muito antes do advento da nova lei processual, ao comentar a chamada reforma do Poder judiciário e a inclusão expressa do preceito constitucional em exame, Luiz Fux (2008) ressaltou:

A Emenda Constitucional n. 45/2004 engendrou a primeira parte da reforma do Poder Judiciário. O escopo maior, nesse primeiro momento, foi o de criar mecanismos institucionais de purificação do poder, sem prejuízo de rediscutir competências, no afã de viabilizar as funções deste poder, bem como estabelecer técnicas de agilização da prestação jurisdicional coerentes com a novel promessa de oferecer ao cidadão uma justiça efetiva, justa e de duração razoável, tal como preconizada em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem.

A partir da inserção expressa do preceito da razoável duração do processo no texto constitucional, bem como diante de sua natureza de direito fundamental explicitada pelo constituinte reformador, inaugurou-se um movimento em prol de relevantes transformações instrumentais a serem implantadas no sistema de acesso à justiça.

Ao tratar da correlação entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional, Arruda Alvim (1986, p. 36) lecionou que “A aplicação da justiça é por excelência uma atividade pública. Sendo assim, é compreensível que ela radique seus traços fundamentais no Direito Constitucional.”

Nota-se, portanto, que antes mesmo da EC/45 e da promulgação da Constituição da República de 1988, já era possível encontrar uma visão, até então vanguardista, de um processo comprometido com valores constitucionais.

De início, vale ressaltar que o direito a uma ordem jurídica justa, como preceito fundamental, já se encontrava inserido, implicitamente, no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna (garantidor do livre acesso ao Judiciário), o que, por si só, a princípio, dispensaria a “inovação” trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nessa altura merece ser destacado um aspecto interessante, eis que, a par de qualquer previsão expressa no âmbito do direito doméstico, a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável já se encontra prevista no rol dos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional.

Nesse sentido, ao destacar alguns dos importantes documentos internacionais, a doutrina elucida:

Essa assertiva tem sido disseminada não apenas com base em normas constitucionais, mas também em pactos e convenções. A propósito, dispõem a esse respeito a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU (10-12-1948, art.10), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (4-11-1950, art.6º, 1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16-12-1966, art. 14, 1) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica (22-11-1969, art. 8º, 1). (BULOS, 2012, p 204)

É o que se pode constatar, inclusive, no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (OEA), mais precisamente nos arts. 8.º, 1. e 25, 1., da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - *Pacto de San José da Costa Rica*, tratado do qual do Brasil é signatário. ⁸

ARTIGO 8

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente, por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza

[...]

ARTIGO 25

1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

⁸ BRASIL. **Ministério das Relações Exteriores**. Presidência, Convenção Americana de Direitos Humanos, 1992.

Nesse contexto, o acesso a uma ordem jurídica justa traz implícita a ideia da necessária eficiência na prestação da tutela jurisdicional, o que, por óbvio também deve ocorrer à luz do princípio da razoável duração do processo.

Logo, por se tratar de direito fundamental de natureza instrumental e prestacional, alocado entre as conhecidas liberdades públicas positivas, a garantia do acesso traz consigo, desde sempre, a compreensão de que deverá ocorrer dentro de certa razoabilidade, inclusive, temporal.

Nesse prisma, o exercício do titular do direito de acesso deveria ocorrer sem óbices capazes de suplantarem seu escopo maior, uma vez que, além de representar um meio de remediar a lesão ao direito, deve resguardá-lo de qualquer ameaça, o que significa evitar, inclusive, a concretização de qualquer lesão. Trata-se da ideia de direito processual preventivo, exigência dos novos tempos.

Importante mencionar que o princípio e direito fundamental estampado no inciso LXXVIII do art.5º da Constituição, apesar de sua relevância para o propósito de embasar expressamente uma reformulação voltada para o aprimoramento da tutela de direitos do cidadão, já se encontrava implícito na garantia de acesso à justiça permeada pelo princípio do devido processo legal, eis que, na acepção de uma ordem jurídica justa, a prestação jurisdicional deve ocorrer em tempo razoável, pois somente assim seria capaz de tutelar os direitos dos destinatários de tal garantia.

Nesse sentido a doutrina aduz o seguinte:

Registra-se que, mesmo antes da publicação da referida emenda, a doutrina pátria já defendia que tal direito constituía uma garantia constitucional implícita, decorrente da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV). Sucintamente, pode-se dizer que um processo justo necessita alcançar seu termo em tempo razoável, sob pena de não ser considerado *devido*. (BARRETO, 2013, p. 224)

Por conseguinte, por própria ressonância das garantias do acesso à justiça e do devido processo legal, emerge imprescindível a observância de um lapso temporal razoável, capaz de garantir a prestação da tutela jurisdicional sem dilações indevidas, de modo a garantir a devida efetividade para cada jurisdicionado titular do direito.

Ao apreciar a necessária efetividade que deve ser conferida ao referido preceito fundamental da razoável duração do processo, Uadi Lamêgo Bulos (2012, p. 397) destaca que “O problema está em saber o que significa razoável duração do

processo, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Oxalá o legislador logre o êxito de esclarecer tal ponto”.

Nessa linha, a ideia de sumarização do sistema processual brasileiro passou ganhar maior relevo, pois, a partir de 2004, passou a contar com fundamento expresso em preceito constitucional, corroborando a adoção de novas técnicas construídas pelo poder legiferante, com o fim de abreviá-lo, tornando-o mais ágil e sem dilações indevidas ou não razoáveis.

Em que pese a importância da mudança de visão, não se pode confundir duração razoável com celeridade a todo custo, sob pena de que ao argumento de uma rapidez exacerbada ponha-se em risco a segurança jurídica, o que implica dizer que em determinados casos, a depender do grau de complexidade da causa, a razoável duração pode significar agilidade e até mesmo *uma demora necessária*.

Sobre a adequada interpretação do preceito constitucional, a doutrina leciona que:

A razoável duração do processo deve ser compreendida invariavelmente levando em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos. O que é dado ao processualista idealizar, em abstrato, são as *técnicas*, as mais variadas e nos variados planos, para buscar um julgamento mais célere. (BUENO, 2017, p. 39)

Na mesma linha Cabral (2016) corrobora:

[...] deve-se frisar que nem sempre eficiência pressupõe rapidez. Celeridade às vezes significa que o processo não foi eficiente. Basta pensar numa causa complexa, que demande mais tempo para reflexão e na qual até mesmo as partes estejam propensas a aceitar que o processo demore mais, com a contrapartida de que os debates sejam mais aprofundados, ou que as audiências aconteçam em maior número para tentativas de conciliação, ou ainda que a sentença, ao final proferida, seja de mais qualidade ou melhor motivada. Por isso, a economia de tempo deve ser unida com o propósito de efetividade, até porque duração razoável não significa rapidez a qualquer preço. (CABRAL, 2016, p. 203)

Como visto, a interpretação deve ser apropriada, aspecto que deve ser bem observado por todos os operadores do direito e pelos titulares de direitos e garantias, na condição de destinatários do princípio constitucional e das novas regras processuais que o corroboram.

Nota-se, então, que alguns princípios são bastante úteis e devem ser observados na busca de uma prestação jurisdicional tempestiva e, portanto,

razoavelmente adequada, pois servem de sustentáculo constitucional para mudança de paradigmas normativos e comportamentais.

Entre as diversas inserções e/ou modificações trazidas na nova norma processual, cujo o conteúdo contribui para o atendimento de um acesso tempestivamente adequado, é possível destacar as seguintes: a) a criação de uma parte geral, tornando mais claras as diretrizes normativas que devem nortear a conduta de todos os sujeitos que de alguma forma participam do processo; b) a inclusão expressa de novos princípios processuais; c) a inclusão de novas cláusulas gerais no texto do CPC; d) a fixação de ordem cronológica para o julgamento dos recursos; e) a inserção de mecanismos que visam estimular a mediação e conciliação em qualquer etapa do processo; f) a inserção expressa da tutela de evidência e a técnica de estabilização; g) a supressão de algumas modalidades recursais; h) a criação de novas técnicas de julgamento que valorizam o precedente; i) a possibilidade de que a sentença condenatória de obrigação de pagar sirva de instrumento para a promoção de protesto e inclusão do nome do devedor em órgãos de restrição ao crédito; j) a criação de um incidente de solução de demandas repetitivas; l) a Flexibilização Procedimental, por meio dos chamados negócios processuais, entre outras.

Nesse contexto de acesso a uma ordem jurídica adequada, efetiva e tempestiva, a partir das normas fundamentais da nova lei processual, algumas novidades merecem ser destacadas como representativas de concretização deste relevante direito fundamental.

Entre os diversos mecanismos de realização da garantia de um amplo e efetivo acesso à justiça, podem ser destacados métodos alternativos de solução de conflitos como o protagonismo da autocomposição, consubstanciada na mediação e demais meios consensuais de solução de conflitos, bem como o incentivo a heterocomposição privada (jurisdição não estatal), formatada dentro do modelo de arbitragem já existente.

De igual modo, a renovação do sistema recursal, a partir da valorização da uniformização e manutenção da jurisprudência estável, íntegra e coerente, como premissa da implantação de uma sistemática de precedentes, além de outros.

A propósito, ao tratar do sistema de precedentes previsto na atual lei processual, Frederico Augusto Leopoldino Koehler (2016, p. 333) assevera que

referida técnica promoverá, em determinada medida, uma prestação jurisdicional com maior segurança jurídica e isonomia, aspectos que se alinham aos princípios da eficiência e do devido processo em sua dimensão substancial. Confira-se:

[...] o sistema de precedentes obrigatórios, se corretamente aplicado, representará, além da concretização da isonomia e de mais segurança jurídica na aplicação da norma [...] *uma prestação jurisdicional mais efetiva e uma redução no tempo de tramitação dos processos.*

Isso decorrerá, como visto, da racionalização do ônus argumentativo do juiz no momento do julgamento, com a transposição para o caso concreto da *ratio decidendi* contida no precedente. Com isso, economiza-se o tempo que o magistrado perderia enfrentando novamente toda a argumentação jurídica que já fora apreciada no momento da formação do precedente.

Como doutrina Frederick Schauer a subordinação aos precedentes acarreta uma padronização e uma estabilidade de decisões, e um conseqüente aumento da consistência interna do sistema jurisdicional, emprestando maior credibilidade ao Poder Judiciário, o que o fortalece como instituição.

Como se vê, a técnica de precedentes jurisprudenciais trazida pelo Código de Processo Civil emerge como nova possibilidade de concretização de direitos, o que se alinha ao acesso à justiça como uma ordem jurídica justa e a razoável duração do processo, sem descuidar da aplicação do princípio da isonomia e da confiança, na medida em que se pretende que casos iguais ou semelhantes tenham respostas jurídicas coerentes.

Assim, conforme explica Lucon (2016, p. 766):

Os atos e as decisões judiciais apenas serão considerados justificados quando observados os deveres impostos ao comportamento judicial pela lei. Tais deveres visam a limitar o poder judicial e por conseqüência a tutelar as garantias atribuídas aos cidadãos que acorrem ao Poder Judiciário em busca de uma solução justa para seus litígios.

Não obstante o determinante e crescente protagonismo do Poder Judiciário na ordem jurídica, pela própria aplicação do devido processo substantivo, faz-se mister buscar a adequação, efetividade e tempestividade na prestação da tutela jurisdicional, como um instrumento de grande relevância para garantia fundamental de acesso à justiça.

4.2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DA NOVA LEI PROCESSUAL

Após uma análise sobre a teoria dos direitos fundamentais e de algumas particularidades atinentes ao devido processo legal, fica evidenciado o papel das normas constitucionais como importante sustentáculo para a criação e aplicação de diversas técnicas adotadas como importante conteúdo da nova lei processual (Lei 13.105/2015).

Como desdobramento desta concepção, os “novos” princípios adotados expressamente no texto do chamado Novo Código de Processo Civil merecem um destaque especial, pois, explicitam diretrizes para todo o sistema processual brasileiro, mais precisamente no Capítulo denominado *Das Normas Fundamentais do Processo Civil* (Capítulo I, Título Único, Livro I do NCPC), o que, em via obliqua, representa a adoção de verdadeiras garantias constitucionais.

A propósito, ao abordar esta temática a doutrina ressalta que “quando anteriormente nos referimos às ‘garantias constitucionais do processo civil’, fizemo-lo pensando nessa categoria de direitos processuais fundamentais, assegurados pela Constituição”. (COUTURE, 1993, p. 38).

Nesse prisma, como forma de atuação positiva, as alterações legislativas referentes ao sistema processual podem ser identificadas como importante instrumento de realização da efetividade dos direitos fundamentais e humanos que circundam o acesso à justiça.

Assim, vistos num contexto de Estado Constitucional Cooperativo, cuja tarefa junto à comunidade internacional é também a de promover, minimamente, a realidade material e processual dos direitos fundamentais, os instrumentos trazidos pela nova lei processual revelam-se relevantes para o referido escopo.

Por outro lado, em termos de direitos fundamentais, é relevante salientar que se o Estado está obrigado a proteger – como de fato está – “em primeira linha”, “em grande medida” ou “em essência”, referida proteção cabe ao legislador. (ALEXY, 2012, p. 463)

Os fundamentos constitucionais que sustentam a reforma do direito processual, seja por meio de alterações pontuais já implantadas ou da nova codificação que passou a disciplinar as relações jurídicas processuais brasileiras, apresentam-se evidenciados pelas normas fundamentais que passaram a reger a tutela jurisdicional como instrumento de realização de acesso à justiça.

Nota-se, portanto, que diversos novos elementos passaram a integrar o sistema cujo objeto final é a garantia do acesso à justiça como ordem jurídica justa, tudo sob o prisma da razoável duração do processo e, principalmente, da atual missão de se dar a máxima efetividade a tal preceito com a eficiência que se espera da prestação da tutela jurisdicional, o que, obviamente, deve ser desenvolvido à luz do supraprincípio do devido processo legal, considerada sua amplitude bidimensional.

Referidos aspectos impõem, além da providencial transformação legislativa, uma mudança de pensamento e de postura por parte dos atores do sistema, os quais devem funcionar como verdadeiros *sujeitos de transformação* em prol do modelo de acesso à justiça que está posto no cenário brasileiro.

Nesse contexto, emerge a necessidade da compreensão e da efetivação de um sistema processual cooperativo e/ou participativo.

Como já afirmado, é óbvio que o direito processual recebe forte influência das normas contidas na Constituição de 1988, eis que propagam garantias informadoras de todo sistema processual que se presta a subsidiar a concretização do acesso à justiça, aspecto que se evidenciou com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual promoveu uma pontual alteração constitucional que, por sua vez, repercutiu em todo o sistema processual brasileiro.

Trata-se, como visto, da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que, após referida emenda, passou a prever expressamente o direito à razoável duração do processo entre os direitos fundamentais.

É cediço que, independentemente de qualquer previsão expressa, o sistema processual encontra seu fundamento nos denominados princípios/direitos fundamentais, os quais, como já ressaltado na primeira parte deste estudo, podem ser identificados como aqueles que possuem ideia de essencialidade.

Tratam-se de direitos que, entre os vários outros, possuem uma maior carga valorativa e, muitas vezes, são reconhecidamente implícitos (art.5º, §2º, CF), ou, ainda, encontrados explicitamente em diversos dispositivos da Constituição da República, como é o caso do princípio/direito à razoável duração do processo (art.5º, LXXVIII, CF).

Nesse prisma, atendendo ao mandamento constitucional e como forma de atuação positiva em prol do acesso a uma ordem jurídica justa, o Novo Código de Processo Civil e as demais alterações legislativas referentes ao sistema processual podem ser identificadas como importante instrumento de realização de valores constitucionais imprescindíveis para a coletividade e, especialmente, para o jurisdicionado.

Essa visão se alinha ao atual entendimento doutrinário desenvolvido à luz da nova lei o processual e do conceito de direito constitucional processual:

[...] o estudo do direito processual civil na perspectiva do seu “modelo constitucional”, faço questão de enfatizar, até para esclarecer, o ponto, não se resume a saber os temas que a Constituição Federal trata sobre direito processual civil mas, muito mais do que isto, aplicar *diretamente* as diretrizes constitucionais com vistas à obtenção de fruições concretas de direito material resultantes da atuação do Estado-juiz pelo e no exercício de sua função jurisdicional. O CPC de 2015 deve se adequar, necessariamente, ao atingimento daqueles fins, nunca o contrário. (BUENO, 2017, p. 50)

Em termos da atual lei processual, atenta a esta necessária concepção constitucionalista, a comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto do Novo Código destacou que para a solução dos problemas que prejudicam a adequada prestação da tutela jurisdicional faz-se necessário “Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.”⁹

Por fim, ao corroborar a ideia de que as reformas processuais, mormente o Novo Código de Processo Civil, devem servir como instrumento de concretização dos valores constitucionais, a comissão que elaborou o anteprojeto explicitou que:

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, *é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.*¹⁰

Nessa altura é apropriado reafirmar que eficácia, efetividade e eficiência representam signos distintos e, portanto, não podem ser confundidos.

⁹ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**: exposição de motivos do anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência. 2010

¹⁰ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**: exposição de motivos do anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência. 2010.

Sobre este particular a doutrina traz as seguintes características distintivas:

Desde logo, percebe-se que os termos eficácia e eficiência, apesar de relacionados, não podem ser confundidos. A eficiência está relacionada ao modo pelo qual se realiza a atividade jurisdicional, relacionada à conduta dos juízes e servidores. [...] a eficácia está relacionada aos meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na jurisdição. [...] a efetividade está ligada aos dados da realidade. São os benefícios e impactos diretos e indiretos capazes de alterar a realidade. É a capacidade de atender as expectativas da sociedade, transformando-a. A efetividade está voltada para os resultados obtidos na atividade jurisdicional. (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 339)

Exatamente nesse cenário de inevitável transformação em busca da efetividade, foi sancionada a nova lei processual geral brasileira que, emergindo como instrumento proclamador de novos tempos, certamente, representará a mais emblemática de todas as recentes alterações normativas em prol da concepção de ordem jurídica justa, o que é possível perceber a partir das diretrizes principiológicas contidas entre suas normas fundamentais.

4.2.1. Inclusão expressa de normas constitucionais na lei processual

Partindo-se do pressuposto de que para os direitos fundamentais deve ser dada máxima efetividade, é possível constatar que as alterações trazidas na nova lei processual brasileira traduzem, em regra, uma maior concretude para diversas normas constitucionais, o que, como visto foi claramente demonstrada já quando da entrega do relatório final do anteprojeto de código.

A partir das escolhas contidas em seu texto é perceptível a influência da Constituição Federal na construção de todo o Código de Processo Civil de 2015, notadamente, ao promover a inclusão expressa, no texto da norma infraconstitucional, de diversas normas originariamente constitucionais.

É o que se extrai da nova codificação, inclusive, ante a inclusão de alguns princípios constitucionais no texto do Novo Código de Processo Civil. Tal característica é notada principalmente em sua inédita Parte Geral (Livro I), Título Único, Capítulo I, denominado *Das Normas Fundamentais do Processo Civil*, cuja função é traçar as diretrizes de aplicação da lei processual brasileira.

Considerado referido enfoque, todos os envolvidos na construção das normas que compõem a nova lei processual, merecem reconhecimento, uma vez que conseguiram dar um tratamento efetivo e equilibrado ao princípio fundamental da *razoável duração do processo* e ao princípio da *segurança jurídica* que devem nortear a prestação da tutela jurisdicional voltada à observância da garantia do acesso à justiça.

A propósito, a comissão composta por consagrados juristas explicitou entre suas diretrizes que:

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à **Constituição Federal da República** fez com que se incluíssem no Código, expressamente, **princípios constitucionais**, na sua versão processual. Por outro lado, muitas **regras** foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais [...] ¹¹

Assim, dentro da concepção de um direito processual com evidente influência constitucional, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, após passar por um longo e rígido processo legislativo, foi aprovado e sancionado em 16 de março de 2015, fazendo emergir o expreso comando principiológico contido no art. 1º do Novo CPC (L.13.105/2015). Confira-se:

Art.1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.¹²

Registra-se que, apesar de a Nova Lei Processual ter inaugurado um capítulo específico nominado Normas Fundamentais do Processo, vale mencionar a lição de Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos (2015, p. 40-41) ao explicitarem que:

[...] a epígrafe do capítulo nem sempre foi essa. Quando o projeto de lei do então Novo CPC foi apresentado no Senado Federal em 9 de Junho de 2010, o capítulo inicial chamava-se *Dos Princípios e das Garantias fundamentais do Processo*. A razão da alteração do título, mudando-o de princípios para normas, é extremamente relevante. Norma é gênero que compreende espécies, princípios e regras. Assim, a opção legislativa,

¹¹ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**: exposição de motivos do anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência. 2010.

¹² BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015.

acertadamente, foi de ampliar a influência constitucional sobre o processo civil.

Como exemplo desta nova concepção pode ser destacado o teor do artigo Art. 8º do Novo Código de Processo Civil, ao incluir, como normas fundamentais, princípios constitucionais explícitos e implícitos:

[...] ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Diante de tudo que já foi apresentado, resta evidenciado que a eventual ausência de preceitos constitucionais expressos na lei infraconstitucional em nada prejudicaria a necessidade de se ordenar, disciplinar e interpretar o Novo Código de Processo Civil de acordo com os princípios e ou valores fundamentais contidos na Constituição na República, pois tal comando decorre da máxima efetividade que deve circundar estes direitos.

Por outro lado, é inevitável reconhecer que a presença de preceitos constitucionais no texto da lei processual de modo expreso auxilia de modo relevante na efetividade da garantia do acesso como instrumento de realização dos direitos e garantias fundamentais do Estado constitucional de direito.

A propósito, segundo Canotilho (1993, p. 227), a máxima efetividade:

[...] é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo *invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*.

Aliás, em se tratando de direitos fundamentais, o intérprete e o próprio legislador devem buscar a mais ampla efetividade da norma constitucional.

4.2.2. A cooperação como norma fundamental

Da leitura atenta do texto legal, é possível constatar que o Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de

consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o sistema processual brasileiro, sempre ancorado em normas constitucionais.

O sistema processual apresenta um novo modelo de processo, qual seja o modelo cooperativo que se encontra presente em diversos dispositivos, além de sua construção estar expressamente posta como uma das normas fundamentais previstas na parte geral.

Ocorre que, além da importante alteração legislativa, por certo, é imprescindível que se implemente uma nova postura de todos que de alguma forma participam do sistema de acesso à justiça, por sua vez, devem se adaptar a um sistema cooperativo/comparticipativo evidenciado no Novo Código de Processo Civil, eis que a nova lei traz diversos mecanismos que buscam estimular tal postura.

Como dito, o dever de cooperação emerge de forma explícita no texto do Novo Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 6º, inserido na Parte Geral. Confira-se:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.¹³

A propósito, ao tratar do modelo cooperativo de processo, a doutrina elucida que:

Isto induz à assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma *comunidade de trabalho*, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. (THEODORO JUNIOR et al., 2015, p. 70)

Assim, no contexto de mudanças em prol da efetividade, emerge relevante o papel de toda a *sociedade*, aqui representada principalmente pelos jurisdicionados como destinatários da atividade jurisdicional, pois é ressabida a função social do direito, afinal não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*).

Isso decorre da ideia de que a sociedade pressupõe organização e cooperação entre os indivíduos que a compõe, mas de onde, sem dúvida, podem

¹³ BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015.

emanar conflitos, surgindo daí o papel do Estado de promover a harmonia social, o que certamente dependerá da efetiva participação dos envolvidos.

Num cenário de sistema processual, referido aspecto foi considerado na construção da nova lei processual o que, por sua vez, erigiu a cooperação como norma fundamental, a qual obviamente deve ser compreendida em um cenário democrático, pois, “o princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo”. (CÂMARA, 2016, p. 11)

Em outras palavras, “É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência.” (THEODORO JUNIOR et al.; 2015, p.71)

Nessa linha o princípio da cooperação aponta para um modelo cooperativo em que as partes e o juiz participam e influenciam efetivamente na construção do provimento final, diferentemente do modelo meramente adversarial, no qual o papel do juiz se resume ao de expectador da lide processual travada.

Sobre a concepção de cooperação a doutrina aduz que:

De uma vez por todas, passa-se a dar mais valor à substância da relação processual do que ao procedimento em sentido estrito. Seja com o rompimento dos formalismos inúteis, seja com o viés cooperativo da construção decisória, o processo deve ser efetivo e se pautar pela ampla possibilidade de participação, dado que a substitutividade inerente ao exercício jurisdicional não substitui (nem exclui) a cooperação de todos os sujeitos processuais na busca da melhor decisão. (LOBO, 2014, p. 61)

Assim, na concepção cooperativa, os destinatários das normas processuais funcionarão como *sujeitos de transformação*.

Primeiramente o *Juiz*, ao lado dos demais *sujeitos de transformação*, se apresenta como peça fundamental para que o alvo desta norma fundamental seja alcançado.

Aliás, neste ponto, vale relembrar o ensinamento do Ex-Ministro da Corte Suprema, Carlos Maximiliano (2003, p. 51) no sentido de que:

Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano.

Na concepção atualmente adequada e à luz do princípio da cooperação, espera-se do Juiz um comportamento proativo eis que ele deve funcionar na condição de “agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras” (DIDIER, 2005, p.76).

Em outras palavras, o magistrado deve garantir o respeito ao contraditório a partir de um olhar de verdadeira influência de todos os atores na prestação da tutela jurisdicional, num modelo participativo.

À luz do modelo cooperativo, é possível enumerar a incidência de diversos deveres destinados aos sujeitos envolvidos na prestação jurisdicional, inclusive para o magistrado.

Assim, Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 54) destaca que o modelo de colaboração: “[...] pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, assim como os deveres judiciais (i) de esclarecimento, (ii) de diálogo, (iii) de auxílio e (iv) de prevenção.”

Do *Jurisdicionado em potencial e do Advogado*, também sujeito de transformação, noutro passo, após um período de perplexidade diante de novos métodos de cognição, mediação e conciliação, se exigirá uma postura proativa e cooperativa, com o objetivo de alcançar uma tutela justa (prestada em tempo razoável).

A nova lei processual brasileira traz cooperação como verdadeiro expoente da realização de valores constitucionais, o que, em via de consequência “torna-se uma autêntica garantia de democratização do processo e como um freio à opressão e ao autoritarismo que poderiam surgir do axioma *iura novit curiae* quando invocado sob ponto de vista alheio à dialética processual.” (LOBO, 2014, p. 72)

Não bastasse isso, claramente o modelo cooperativo acaba por imprimir maior eficiência na solução dos conflitos intersubjetivos.

Ao tratar do sistema cooperativo como novo modelo processual, e do próprio princípio da cooperação, a partir da análise do art. 6º, Leonardo Carneiro da Cunha (2015) afirma que:

A decisão de mérito a ser proferida no processo deve ser fruto de uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, justamente porque, nos termos do art. 6º do novo CPC, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O processo deve ser cooperativo ou participativo. Várias regras processuais são condições de aplicação do princípio da cooperação, dentre as quais as que exigem o atendimento de deveres pelas

parte e, igualmente, pelo juiz. Um dos deveres que se atribui ao juiz é o de prevenção, consistente no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. O juiz deve prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos, incorreções para que sejam sanados, a fim de possibilitar o exame do mérito e a solução da disputa posta ao seu crivo.

Por fim, a inclusão expressa de um princípio fundamental de tamanha envergadura no sistema revela a finalidade de necessária modificação de perspectiva do acesso à justiça, no que tange ao Poder Judiciário, em grande parte responsável pelo caos que permeia o sistema atual.

A propósito ao explicitar sobre o acesso Kazuo Watanabe (1988, p. 128) destaca a necessidade de uma mudança de pensamento.

Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova “postura mental”. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela “perspectiva do consumidor”, ou seja, do destinatário das normas jurídicas que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um “programa de reforma” como também um “método de pensamento” [...]

Diante de todo o explanado, é fácil concluir que a realização prática do aludido direito depende não apenas de medidas legislativas, mas também de uma nova postura e pensamento a serem adotados pelos titulares da garantia e pelos operadores do direito, ou seja, necessária mudança de toda coletividade.

4.2.3 Da primazia do julgamento de mérito como critério de aferição do prazo razoável

A nova norma processual infraconstitucional institui expressamente o julgamento de mérito como critério para a aferição do preceito constitucional da razoável duração do processo, no entanto o faz com inclusão de critérios para sua efetivação. Confira-se:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa¹⁴

Obviamente, como já demonstrado não se pode confundir o explicitado “*direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito*” com celeridade a todo custo, uma vez que a concretização desta garantia constitucional tão estimada

¹⁴ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015.

deve estar umbilicalmente ligada ao princípio da segurança jurídica e do devido processo legal, consideradas sua dimensão procedimental e substancial.

O grande desafio sempre foi o de vislumbrar, por meio de critérios objetivos, qual seria a adequada aceção e alcance do preceito constitucional da razoável duração do processo, uma vez que a lei processual anterior não tratava de tal escopo.

Por conseguinte, emerge imprescindível a observância de um lapso temporal razoável, no sentido de ser capaz de garantir o acesso a ordem jurídica justa sem dilações indevidas, promovendo a devida efetividade para cada jurisdicionado, o que ganha ainda mais relevo diante da previsão contida no Novo Código de Processo Civil.

Como é possível observar, o legislador explicitou entre suas normas fundamentais, como direito da parte obter, em prazo razoável a solução do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º NCPC), pois, o que muitas vezes pode representar *agilidade* para determinados casos, para outros pode significar até mesmo uma *demora necessária*, a depender da tutela a ser examinada.

Afinal deve se ter em mente que, além de ser tempestiva, a adequação no sentido de tutela com qualidade e a segurança jurídica também devem permear a atividade em prol do acesso à justiça.

Ao tratar do inafastável questionamento inerente à prestação jurisdicional estatal, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 584) explicitou que "A busca de decisões perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas do processo. Se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição desse elemento."

A partir da análise do texto do Código de Processo Civil de 2015, é possível aferir que se pretendeu estabelecer um equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo, o que deve ser observado também pelos titulares dos direitos na condição de destinatários do princípio constitucional e das novas regras processuais que o corroboram.

Ainda sobre o artigo 4º, é importante registrar que, além da adoção expressa do princípio da razoável duração do processo com delimitação de sentido, o Novo Código de Processo Civil inovou, pois trouxe importante previsão que dispõe sobre o denominado princípio da primazia do julgamento de mérito, adotado em diversos artigos ao longo da lei processual.

Nessa linha, a expressão “a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” contida no art. 4º do Novo Código de Processo Civil, gera importantíssima repercussão em todo o sistema processual, além de significar um critério objetivo de aferição de um prazo razoável para a duração do processo.

A propósito, Fredie Didier Junior (2015) elucida que:

De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ela ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.

Na mesma linha, ao analisar o mesmo art. 4º Leonardo Carneiro da Cunha (2015) leciona que:

Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito.

Nesse contexto de verdadeira norma fundamental concretizadora de acesso a ordem jurídica estatal, via Poder Judiciário, espera-se do magistrado, das partes e de todos os que de alguma forma participam da relação, por meio de um comportamento cooperativo, a busca pela superação de vícios processuais com o escopo de se alcançar o acesso à justiça consistente em uma resposta de mérito, aspecto que é corroborado em diversos dispositivos contidos no Novo Código de Processo Civil.

Exatamente nesse prisma, Leonardo Carneiro da Cunha (2015) corrobora no sentido de que:

O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.

Por fim, vale registrar que, antes mesmo do advento do novo Código de Processo Civil, mas já com fundamento no preceito constitucional da razoável

duração, o legislador já havia promovido alteração normativa no âmbito infraconstitucional.

Nesse sentido o legislador, criou um critério objetivo de aferição no âmbito da lei processual eleitoral. Mais precisamente por meio da Lei. 12.034/09, houve adoção expressa do preceito constitucional da razoável duração do processo no art. 97-A, da Lei 9504/97, com a delimitação de prazo máximo de 1 (um) ano para a tramitação do processo em todas as instâncias da Justiça Eleitoral, passando a dispor que *“Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.”*

Não bastasse a fixação de lapso temporal máximo para a tramitação do feito, o § 2º do mesmo artigo ressalva expressamente a possibilidade de representação contra o órgão jurisdicional que descumprir referido preceito da razoável duração, ao dispor que *“Vencido o prazo de que trata o caput, será aplicável o disposto no art. 97, sem prejuízo de representação ao Conselho Nacional de Justiça.”*

Nota-se que, nesse contexto, a legislação eleitoral apresentou uma postura vanguardista se comparado aos outros regramentos processuais previstos no ordenamento, pois, até então, a norma processual não tratava sobre as repercussões e critérios para se constatar o cumprimento ou não do princípio da razoável duração do processo .

4.2.4. Da boa-fé objetiva no exercício do direito de acesso.

Na mesma linha de inclusões principiológicas expressas, a inserção do princípio *da boa-fé*, como dever de conduta, no texto do Novo Código também merece ser destacada. O artigo da nova lei dispõe o seguinte:

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015.

A propósito, “a boa-fé do direito deixou de ser casual e contingente para converter-se em regular e certa, sistematizando assim as tomadas de decisões mais coerentes e rentes aos valores insculpidos na Carta Magna de 1988” (RIBEIRO, 2017, p. 101).

É factível vislumbrar a existência de uma cláusula geral contida no dever de comportamento trazido no Novo Código de Processo Civil, o que se extrai do dispositivo acima mencionado.

Em outras palavras, constata-se, de modo evidente que uma “dogmatização da boa-fé no âmbito processual, art. 5º do CPC, veio contida em uma cláusula geral, com nítida ampliação de poderes do juiz para conformar o texto legal às peculiaridades concretas do caso posto a julgamento” (RIBEIRO, 2017, p. 102).

Tal pensamento deve nortear a atividade cognitiva exercida pelos juízes e tribunais e, muitas vezes, servem de fundamento valioso na solução de conflitos levados ao Poder Judiciário.

A partir das características do princípio da boa-fé objetiva, adotado expressamente na nova legislação processual, é intuitivo vislumbrar que sua construção encontra sustentáculo no princípio da confiança.

Estando o sistema jurídico comprometido com a garantia do devido processo legal, torna-se necessária a consolidação de premissas contra os comportamentos não cooperativos dos sujeitos processuais, de modo a induzir a assunção de responsabilidades por todos em consonância com a boa-fé objetiva.

[...]

O princípio da boa-fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de *lealdade* e *lisura*. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados.

Como a segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, é fácil concluir que o princípio da boa-fé objetiva não se confina ao direito privado. Ao contrário, expande-se por todo o direito, inclusive o direito público, em todos os seus desdobramentos. (THEODORO JUNIOR, et al.; 2015, p. 183-184)

Para a adequada análise desta norma fundamental, é relevante destacar que sua compreensão deve se dar, justamente, na sua acepção objetiva, uma vez que o art. 5º aponta expressamente para um dever de conduta que se espera dos sujeitos processuais ao dispor que, todos que de alguma forma participarem do processo, devem *comportar-se de acordo com a boa-fé*.

Nota-se, assim, que o princípio da boa-fé objetiva determina um dever de comportamento, ou seja, uma conduta objetivamente aferível.

Trata-se de uma conduta que se espera nas relações jurídicas, inclusive no que tange ao acesso à justiça, contorno que, obviamente, não se dedica apenas à análise do estado mental subjetivo, ou seja, se houve ou não boa intenção das partes.

Basta uma análise perfunctória da referida norma fundamental para se constatar que o dispositivo projetado impõe uma boa-fé comportamental a toda pessoa que de qualquer forma participa do processo, vinculando seus comportamentos processuais.

Em outras palavras, trata-se da necessária probidade e lealdade que deve nortear as condutas perpetradas durante o processo, o que, por certo, ultrapassa os aspectos anímicos da já conhecida boa-fé subjetiva, na qual a análise fica circunscrita ao âmbito da intenção das pessoas que, de qualquer forma, participam do processo.

Nesse contexto, em decorrência da boa-fé objetiva, por exemplo, é inadmissível que os titulares de direitos adotem posturas contraditórias.

Sobre o tema a doutrina leciona:

Por todas estas razões, o processo, com base na boa-fé objetiva, não permite a prática de comportamentos processuais desvinculados do arquétipo moral de conduta exigida para aquela situação em concreto porque viola a proteção da confiança, constituindo, assim, uma ilicitude objetiva do sistema processual, vale dizer, não tolera o agir processual que incida na *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *inalegabilidade de nulidades formais*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e, por fim, o *desequilíbrio no exercício jurídico*. (RIBEIRO, 2017, p. 105)

Em outras palavras, parece adequado afirmar que o dever da boa-fé objetiva traz consigo a inerente ideia do *venire contra factum proprium*, instituto já bastante desenvolvido no âmbito do direito.

A expressão *venire contra factum proprium non potest* repercute comando segundo o qual é vedado às partes adotarem comportamentos contraditórios, pois ir contra um fato próprio não é permitido.

A título de exemplo, o § 2º, do art. 145 da lei processual, considera ilegítima postura contraditória consistente na alegação de suspeição por parte

daquele que provocou cenário de suposta parcialidade do juiz, aspecto que se alinha ao princípio da boa-fé objetiva, ante o dever de comportamento das partes.

Nessa linha, representam vedações às condutas positivas em contradição, tal figura encontra seu fundamento na tutela da confiança e da lealdade que deve nortear as relações jurídicas, inclusive no âmbito da tutela jurisdicional.

4.2.5. Da razoabilidade e da proporcionalidade

Relevantes princípios já consagrados pela jurisprudência e pela doutrina publicista ganharam relevo na redação do Novo Código de Processo Civil.

É o que se pode constatar entre as normas fundamentais, mais precisamente no artigo 8º, ao dispor expressamente sobre os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.¹⁶

Como já abordado o dispositivo acima projeta no sistema processual, de modo expresse, princípios originariamente pertencentes ao contexto da Constituição da República, o que permite corroborar a concepção de inafastável aproximação entre a norma processual e a norma constitucional.

Ademais, por se revelarem como informadoras da ordem jurídica Justa, percebe-se que há evidente interlocução entre referidas normas fundamentais.

Conforme se observa, é impositivo concluir que alguns direitos/princípios devem ser observados na busca de uma prestação jurisdicional adequada. Aliás, "Nesse signo razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade" (Da Silva, 2007, p.176).

A propósito, no que tange aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecidos como princípios constitucionais implícitos, é possível afirmar que a inclusão expressa no Novo CPC revela-se, tão somente,

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015.

como medida densificadora de valores que devem nortear toda atividade pública, quando da concretização da garantia do acesso à justiça.

A doutrina destaca que:

Também se faz expressa referência no art. 8º aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Estes são princípios cujo conteúdo ainda gera, na doutrina constitucional, tremenda controvérsia, sequer havendo consenso acerca de serem os termos razoabilidade e proporcionalidade sinônimos ou não. O STF tem invocado a razoabilidade e a proporcionalidade em diversas decisões, usualmente fazendo referência a eles como projeções, no plano substancial, do princípio do devido processo legal (*substantive due process*). (CÂMARA, 2016, p. 15)

Ao discorrer sobre a razoabilidade e proporcionalidade, antes mesmo da inclusão expressa na lei processual a doutrina já apontava “[...] O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim do caso concreto”. (BARROSO, 2011, p. 329)

Nessa linha, vale o ensinamento de Humberto Ávila (2011, p. 145-149), no sentido de que o postulado normativo visa analisar o modo como se deve promover o estado de coisas consagrados nos princípios, à medida que são utilizados para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito.

Para a aplicação dos referidos princípios, especialmente no que se refere ao *postulado normativo da proporcionalidade*, é relevante reafirmar a observância dos critérios já consagrados doutrinariamente, quais sejam, *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*.

Dentro desse contexto, o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta.

[...]

Independentemente da controvertida posição da proporcionalidade no ordenamento jurídico, há um consenso na doutrina acerca de sua conceituação e desenvolvimento original pela doutrina alemã.

O critério de proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito. (TAVARES, 2014, p. 633-635)

Nesse diapasão, os postulados normativos da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* apresentam-se como poderosos instrumentos para a solução de dilemas aparentemente intransponíveis, como é o caso do necessário equilíbrio entre a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

Nesse diapasão, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade apresentam-se como poderosos instrumentos para a solução de dilemas aparentemente intransponíveis, como é o caso do necessário equilíbrio entre a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

A propósito o princípio da razoabilidade aplicado ao sistema processual “é mais relacionada a determinados aspectos do common law relacionando-se ora com *fairness* ora com *substantive due process*. Já a proporcionalidade tem ligação mais intrínseca com o direito alemão.” (ABBOUD, 2017, p. 133).

Ao tratar da incidência direta do princípio da proporcionalidade no âmbito como norma fundamental processual expressa a ser observada no processo, dois aspectos emergem relevantes, quais sejam a proibição da proteção deficiente e a proibição de excesso

Ao tratar desta repercussão no âmbito da prestação da tutela jurisdicional a doutrina elucida o seguinte:

[...] a proporcionalidade aplica-se, inclusive no processo civil, a partir de uma bipartição: proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*). [...] A restrição a direito fundamental deve, necessariamente, observar o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*). Esse princípio também é identificado com o princípio da proporcionalidade em sentido lato, sua existência é ínsita ao Estado Constitucional. A principal função do princípio da proibição de excesso consiste em possibilitar o controle da atuação dos poderes públicos no Estado Constitucional, assumindo, mormente no que se refere aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual. (ABBOUD, 2017, p. 134)

Prossegue o mesmo autor:

Destarte, toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito. Nesse contexto, a proporcionalidade é um parâmetro normativo fundamental para se controlar excessos do Judiciário ou de alguma das partes ao longo do processo. Trata-se de padrão normativo essencial, inclusive para assegurar a cooperação processual e a preservação da boa-fé objetiva dos litigantes ao longo do processo. (ABBOUD, 2017, p. 135)

Logo, diante de eventuais conflitos aparentes, as escolhas hermenêuticas deverão estar pautadas na boa técnica, sempre permeada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dispostos expressamente como normas fundamentais da nova lei processual.

Ressalta-se que a aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade está no seu papel de “fundamento normativo das decisões judiciais e da atuação do Poder Público. Perante a perspectiva adotada, toda restrição a algum direito fundamental precisa ser proporcional.” (ABBOUD, 2017, p. 133).

Por fim, é importante ressaltar que, no caso de haver aparente conflito entre princípios/direitos constitucionais, o operador do direito poderá socorrer-se dos conhecidos critérios de ponderação, com o fim de se buscar qual deverá ser aplicado no caso concreto, solução que poderá ser efetivada pelo exame da preponderância de cada direito e eventual cedência a ser aplicada no caso concreto.

4.2.6. Meios alternativos de acesso: heterocomposição não estatal e autocomposição

Em uma concepção moderna de jurisdição, inserida no Estado Constitucional, o papel do Poder Judiciário passa a ser de equilíbrio e garantia e sua legitimidade deve estar voltada também aos direitos das minorias, já que decorre diretamente da Constituição da República.

Conforme leciona Grinover (2016, p.129):

No Estado Democrático Constitucional o Poder Judiciário assume uma função de *controle, equilíbrio e garantia*. Sua legitimação, que deriva diretamente da Constituição, decorre da imparcialidade e da independência de que usufrui em relação às forças políticas e da observância dos direitos das minorias, não representadas pelos poderes majoritários.

Nesse ponto do trabalho, considerada a função do Poder Judiciário no cenário constitucional, passa a ser ainda mais relevante reafirmar a distinção entre tutela de direitos e tutela jurisdicional, mais precisamente por se estar diante de uma relação entre gênero e espécie.

Ao diferenciar referidas expressões a doutrina afirma:

[...] a *tutela de direitos* é o fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento, Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em *tutela jurisdicional dos direitos*, isto é, a tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição. (YARSHELL, 1999, p. 29)

A partir deste ajuste terminológico é relevante destacar que, apesar da via jurisdicional estatal ser a forma mais utilizada, o acesso à justiça também pode ser vislumbrado por meio de autocomposição ou heterocomposição não estatal.

Nas palavras de Nilton César Antunes da Costa (2012, p. 15):

Na autocomposição, quem resolve o litígio efetivamente são as partes, ajudadas ou não por um terceiro sem o poder de decidibilidade sobre elas. Na heterocomposição as partes, submetem a resolução do litígio nas mãos de um terceiro imparcial com poder de decidibilidade definitiva sobre elas. Assim, perceptível no sistema jurídico pátrio que as técnicas de autocomposição difundidas são: transação, conciliação e mediação, que podem se dar no meio judicial ou extrajudicial.

Referido aspecto é de suma relevância para o fim de ser ratificado o entendimento de que a tutela jurisdicional heterocompositiva obviamente não configura exclusividade do Poder judiciário.

Nesse sentido, é importante ratificar a ideia no sentido de que a prestação jurisdicional, tradicionalmente estatal, não representam qualquer óbice para outras formas alternativas, que vão além da heterocompisação desenvolvida no âmbito do processo judicial desenvolvido sob a batuta do Estado-juiz.

Diante disso, compreender que o Poder Judiciário é o único caminho para a solução de conflitos e realização do acesso à justiça, caracteriza entendimento absolutamente dissonante com a atual compreensão de acesso a uma ordem jurídica justa, inserido numa ordem constitucional e democrática.

Nesse sentido, a doutrina:

Propugna-se atualmente que o Poder judiciário deva oferecer a prestação jurisdicional por meio do processo ou da sentença, mas não é só isso: ele também deve oferecer meios que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, cumprindo o acesso à Justiça, ou à ordem jurídica justa. (SILVA; TARTUCE, 2014, p. 429)

Prosseguem as autoras:

[...] desenvolvimento de novos paradigmas, sobretudo apresentando a resolução adjudicada do conflito como última *ratio* do sistema. Essa

perspectiva considera a existência de peculiares órgãos com múltiplas funções e diferenciadas técnicas para solucionar os conflitos, pois é preciso disponibilizar uma gama considerável de mecanismos a serem utilizados em prol da pacificação para garantir acesso à ordem jurídica justa.

[...]

Nesse sentido, a desjudicialização pode ser identificada como uma tutela diferenciada que autoriza a resolução de impasses jurídicos na via extrajudicial, colaborando para que se relegue ao Poder Judiciário exclusivamente os casos em que há lide e a respectiva solução só possa ocorrer por subsunção, que deve operar nas situações em que é forçoso que o Estado exerça sua função precípua de declarar o direito em caráter definitivo. (SILVA, TARTUCE, 2014, p. 432-434)

Assim deve ser rejeitada qualquer construção restritiva, tendente a atribuir o exercício da jurisdição heterocompositiva exclusivamente ao Poder Judiciário.

De igual modo, merece ser destacado que o acesso à justiça pode ocorrer fora do ambiente da tutela jurisdicional (estatal ou não estatal), compreensão que corporifica o conceito de autocomposição além de ressoar as balizas para a instituição e o exercício de diversos meios autocompositivos.

Sobre a referida matéria, é possível notar que a doutrina aponta exatamente nessa linha:

[...] cabe lembrar que o monopólio da jurisdição estatal não impede o uso de qualquer mecanismo privado para a solução de conflitos. Os acordos processuais podem emprestar ao processo judicial uma maior adaptabilidade voltada às *necessidades dos litigantes (legal needs)*. Trata-se, portanto, de instrumento importante para que o acesso à justiça seja pensado não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na óptica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisam do Estado-juiz. (CABRAL, 2016, p. 201)

Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse esta uma competência exclusiva sua. É incorreta essa compreensão totalizante do Poder Judiciário e, por isso mesmo, que o estudo dos chamados meios *alternativos* (no sentido de *não jurisdicionais e não estatais*) é tão importante. (BUENO, 2017, p. 29)

Atento a estas premissas conceituais e sob o prisma constitucional, a nova lei processual brasileira reitera a previsão contida no art. 5º, XXXV, da CRFB, a fim de reafirmar a abrangência preventiva e repressiva do acesso à justiça, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual ratifica a garantia do livre acesso à tutela jurisdicional.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.¹⁷

No entanto, aliado a isso, corrobora a permissão para a utilização da arbitragem nos termos da lei (§1º) e a preferência pelos métodos de solução consensual de conflitos (§2º), aduzindo expressamente que a mediação, a conciliação e outros métodos de solução de conflitos devem ser estimulados, inclusive no curso do processo judicial, alocando estes elementos como normas fundamentais, as quais servem de diretriz para todo o sistema.

Ao definir a arbitragem a doutrina assevera o seguinte:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. (CARMONA, 1998, p. 43)

Entre os métodos alternativos de solução de conflitos a arbitragem apresenta-se como heterocomposição não estatal, a qual em muitos casos pode ser a escolha mais adequada, principalmente sob o ponto de vista técnico.

Ainda sobre os métodos alternativos, espera-se uma postura proativa e cooperativa voltada para autocomposição judicial ou extrajudicial, por meio de câmaras privadas, o que ratifica a concepção de acesso à justiça com maior amplitude.

Aliás, como leciona a doutrina:

Nos termos postos, vislumbra-se que, para além de pensar na jurisdição como última via para dimensionar um conflito, hoje é possível pensar que as chamadas técnicas *integradas* podem ser utilizadas como vias plúrimas e adequadas para a solução mais apropriada, quando bem estruturadas e levadas a cabo de modo profissional, independentemente do nível de

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015.

complexidade do conflito que se apresente. (THEODORO JUNIOR, et al.; 2015, 247)

Nessa linha de cooperação/colaboração a mediação emerge no Novo Código de Processo Civil como verdadeiro expoente da realização de valores constitucionais, pois corrobora a busca pela maior eficiência na solução dos conflitos intersubjetivos, pois passa a valorizar a vontade dos titulares da garantia do acesso, o que se coaduna com a ideia de concretização de direito e da ordem jurídica justa como instrumento de realização de valores constitucionais.

5. CONCLUSÃO

A partir da exposição do tema do acesso à justiça constatou-se que o debate sobre referida garantia constitucional deve se dar para além dos mecanismos de acesso formal, ante a necessária preocupação com a qualidade do acesso e da própria garantia de direitos, inseridos no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

A visão substancial da garantia caracteriza um ponto crucial para o enfrentamento e superação dos desafios necessários ao escopo de concretização do acesso à justiça e da missão constitucional de se tutelar direitos como mecanismo de pacificação social.

Nessa linha, o tema acesso à justiça foi alocado e abordado baseado em sua condição de direito fundamental social indispensável ao Estado democrático e, portanto, necessariamente prestacional, advindo daí sua inerente cláusula de prioridade constitucional.

Nesse viés, afirmou-se que uma postura estatal ativa emerge necessária para a garantia do acesso, o que deve ser materializado por meio de uma tutela de direitos estatal ou não estatal, porém adequada, no sentido de ser efetiva, tempestiva, eficiente e, realizada com o escopo de se alcançar uma ordem jurídica justa, com a qualidade que se espera à luz dos princípios constitucionais.

Para tanto, foram analisados os preceitos constitucionais que sustentam a tutela de direitos com o escopo de se dar máxima eficácia aos direitos fundamentais que circundam a garantia do acesso à justiça.

De igual modo, o tema foi apreciado sob o prisma do preceito constitucional do devido processo legal, consideradas sua dimensão procedimental e substancial e, principalmente, da missão de se dar efetividade a tal garantia.

Foram abordados os princípios que se apresentam relevantes, bem como as técnicas processuais úteis para a apropriada obtenção da garantia do acesso à justiça, sempre em busca da aceção de uma ordem jurídica justa e adequada.

No intuito de promover uma apreciação substancial e qualitativa da garantia em questão, foram apreciados o devido processo legal e a razoável duração do processo, destacando-se a importância de tais princípios no cenário democrático do Estado constitucional.

De igual forma, outros princípios e normas fundamentais processuais foram apreciadas, constatando-se a importância e a aptidão destes elementos normativos para a interpretação e realização de valores contidos na Constituição da República, por meio da garantia do acesso à justiça.

A partir da concepção de acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa, é necessário identificar as diretrizes que norteiam os instrumentos garantidores deste direito, pois a partir do momento que um indivíduo é detentor de um direito fundamental, deverá haver uma norma que seja capaz de garantir este direito.

Explicitou-se a concepção de acesso a uma ordem jurídica justa, permeada pelo princípio constitucional do devido processo legal, em suas dimensões procedimental e substancial, bem como pelas normas fundamentais previstas nos textos constitucional e infraconstitucional, notadamente na nova lei processual, como elementos de consolidação do conceito de ordem jurídica justa.

Foi feita uma descrição sobre a nova lei processual e, constatou-se o alinhamento e a observância dos parâmetros de coerência com as normas constitucionais, em especial com os direitos fundamentais do devido processo legal, da eficiência e da duração razoável do processo,

Assim, no âmbito da norma processual infraconstitucional, constatou-se a verdadeira influência dos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição para a construção das normas processuais fundamentais, inclusive por meio da inclusão expressa em seu texto de princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Na busca pela efetividade do acesso à justiça como valor constitucional, o aprimoramento da tutela jurisdicional, estatal ou não estatal, vista como instrumento de pacificação social, foi reafirmada como de suma importância para a o fim de garantir uma ordem jurídica justa e adequada.

Para tanto, faz-se mister a realização de outros princípios e direitos fundamentais que circundam e servem de suporte para o aprimoramento da garantia, como é caso da razoável duração do processo, do devido processo legal, da eficiência, sem descuidar da segurança jurídica que deve permear todo o sistema constitucional de tutela de direitos.

Assim, o acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso a uma ordem jurídica justa realizadora de valores constitucionais.

Também para se aprimorar a prestação da tutela jurisdicional, como principal forma de acesso, surge a necessidade de adoção de algumas medidas, entre os quais podem ser destacadas as alterações normativas, como é o caso da nova lei processual geral que, por sua vez, apresenta-se fortemente influenciada pelas normas contidas na Constituição da República.

Aliás, é possível notar que referida influência constitucional, muitas vezes de modo expresso, acaba por servir de sustentáculo para construção de todo um arcabouço de técnicas normativas e interpretativas voltadas para a sumarização, efetividade, eficiência e adequação da garantia do acesso à justiça, por incidirem no âmbito da atividade jurisdicional estatal e não estatal.

No primeiro capítulo, buscou-se apresentar um breve contexto histórico dos direitos fundamentais, incluindo as gerações ou dimensões amplamente reconhecidas, como os direitos de liberdade, os de igualdade e os de solidariedade. Além disso, apresentou-se um breve panorama dos direitos de quarta e quinta dimensão, já bastante debatidos no âmbito do direito constitucional.

Através dos estudos apresentados, foi possível concluir que o direito fundamental de acesso à justiça compreende tanto um direito fundamental em si, consubstanciado no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, quanto um direito fundamental garantidor da concretização de todos os demais direitos fundamentais, positivados ou não, extraindo-se daí sua evidente natureza instrumental.

Nesse espeque, o conceito de acesso à justiça deve ser projetado para uma perspectiva mais plena e substancial alcançando o conceito de acesso à uma ordem jurídica justa, a qual caracteriza-se por ser voltada para o resultado justo e adequada, ou seja, com maior qualidade.

Restou evidenciado que para atingir tal desiderato, todas as demais garantias constitucionais que permeiam o processo devem ser observadas, para que ao final, além do resultado ser eficiente e justo às partes, seja construindo no inafastável espaço democrático.

No estudo do acesso à justiça, foram descritas as ondas renovatórias de acesso à justiça, passando pela primeira onda, a qual está pautada nos custos do acesso à justiça, tanto do ponto de vista das custas e taxas do processo, como de honorários de advogado. A segunda onda que se concentrou na coletivização do

acesso e na necessidade de se projetar normas especiais voltadas para os processos coletivos, como forma de viabilizar um acesso mais igualitário à justiça, estatal ou não. E, por fim, a terceira onda, a qual claramente voltou-se para o aspecto da efetividade, da qualidade e do resultado da prestação jurisdicional, o que acaba por se alinhar ao conceito de acesso à justiça para além de sua dimensão meramente formal.

A propósito, foram esses os parâmetros que levaram à construção do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa e adequada.

Nessa trilha, emerge inevitável compreender que os direitos fundamentais compõem uma cláusula aberta e, portanto, sujeita às mudanças no âmbito social. Tal expressão, faz com que se eleve, a partir da construção de um Estado de Direito, o acesso à justiça não somente em seu aspecto formal, como direito fundamental em si, mas também em seu aspecto substancial, como direito fundamental destinado à proteção de todos os demais direitos.

Assim igualdade, eficiência, mínimo de garantias contra arbitrariedades, e tempestividade, configuram verdadeiros pilares para um acesso justo, adequado e, ainda qualitativamente dimensionado.

Justamente a partir destas premissas, é possível constatar que o presente estudo pretendeu apresentar o acesso à justiça em seu aspecto substancial, bem como demonstrar qual é a relevância dos atuais instrumentos de qualificação da tutela jurisdicional, estatal ou não estatal, a fim de, por meio da garantia do acesso permeadas por estes diversos instrumentos, dar maior robustez para a efetiva concretização dos demais direitos e garantias.

O enfrentamento do tema sob o ponto de vista de se garantir que haja acesso à justiça qualitativo, superando barreiras sociais, políticas, econômicas e até mesmo jurídicas, significa em maior escala, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, incluindo as próprias garantias fundamentais processuais, como o devido processo legal, em seu duplo aspecto: formal e substancial.

O escopo de compreender o acesso à justiça como direito fundamental de natureza social e instrumental, destinado à proteção e promoção dos demais, abarcando-se nesse processo, o acesso à justiça para além de seu aspecto formal e à luz do devido processo legal em sua plenitude dimensional, revela-se como uma das principais propostas deste estudo.

A propósito, referida compreensão, caracteriza-se como elemento legitimador das formas alternativas de solução de conflitos, tanto no âmbito da heterocomposição como da autocomposição, o que se coaduna com a acepção do acesso de forma qualitativa.

Na segunda parte, o trabalho concentrou-se no tratamento das garantias processuais destinadas à promoção dos direitos fundamentais, como mecanismo de contenção de arbitrariedades e de realização de direitos, dentre estes a cláusula do devido processo legal, aqui entendida em sua dimensão formal, como garantia processual, e substancial, como cláusula aberta e mecanismo eficiente de concretização dos direitos fundamentais inserida no processo, a fim de garantir o resultado final com justiça, equidade, e tempestividade.

A partir dos estudos apresentados, a ideia de acesso à justiça qualitativo, fica também vinculada à ideia das garantias constitucionais processuais, dentre elas a do devido processo legal, com enfoque especial no devido processo legal substantivo, cláusula de proteção e concretização de direitos fundamentais de suma importância, a fim de impedir arbitrariedades e coibir ações injustas.

Aliás, o acesso à justiça que se diga qualitativo, voltado para o resultado da prestação jurisdicional, estatal ou não, passa pelo entendimento do devido processo legal em seu aspecto substantivo, como mecanismo eficiente para se promover o acesso à ordem jurídica justa.

Nesse contexto, traçou-se um breve histórico da cláusula do devido processo legal substantivo, de matriz norte-americana, mas plenamente aplicável aos sistemas de *civil law*, tanto que tem sido gradativamente reconhecida pelos Tribunais Superiores.

O devido processo legal substantivo, conforme apresentado, encontra fundamento na ideia de direito constitucional processual, ou seja, da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, explícita ou implicitamente considerados, a partir do processo, e das garantias constitucionais processuais, dentre elas o devido processo legal, que neste trabalho figura como cláusula aberta de contenção de arbitrariedades e realização de direitos.

Partindo-se do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa trabalhado à luz do devido processo legal, como cláusula de garantia aberta em seu viés substantivo, desenvolvem-se e legitimam-se as formas alternativas de

resolução de conflitos, as quais ganharam relevo, inclusive, passando a encontrar fundamento e expressa predileção nas normas fundamentais da nova lei processual, mas que já há muito tempo permeavam a ideia de processo como meio destinado à pacificação social, e não como um fim em si mesmo.

Merece ser destacada a necessidade de se promover mecanismos alinhados com o princípio da segurança jurídica, como base para um resultado efetivo, para o tempo razoável, elementos que também integram o conceito de ordem jurídica justa, na tentativa de dar vazão aos conflitos sociais de forma eficiente, justa e équa.

Na terceira parte, considerando o recorte proposto, foram descritos e estudados os instrumentos de concretização do direito fundamental do acesso à justiça extraídos da nova ordem jurídica processual, a partir de normas fundamentais constitucionais e infraconstitucionais.

Entre os diversos elementos, foi trabalhada a compreensão do princípio da razoável duração do processo, o qual, a par da expressa previsão constitucional como direito fundamental, já se encontrava implicitamente considerado a partir da própria garantia do acesso à justiça.

O tema da razoável duração do processo também foi tratado com fundamento na nova ordem jurídica processual, dando-se ênfase na tentativa de se evitar dilações indevidas no curso do processo, por meio da adoção de novas técnicas de sumarização com o escopo de incidir um tempo razoável de duração do processo, a exemplo dos negócios jurídicos processuais, do sistema de precedentes, do julgamento de recursos repetitivos e, até mesmo, do estímulo aos meios de autocomposição, entre outras.

Também é factível concluir que os conceitos de razoabilidade, proporcionalidade e eficiência encontram-se intimamente relacionados à razoável duração do processo, e da prestação jurisdicional focada na promoção do acesso a uma ordem jurídica justa, na medida em que se apresentam como instrumentos valiosos à solução de dilemas como o conflito entre o tempo do processo e a qualidade da prestação jurisdicional, ou mesmo nos já bastante estudados conflitos entre direitos fundamentais.

A nova lei processual civil consubstancia a principal norma infraconstitucional voltada à concretização de valores constitucionais, inseridos num modelo cooperativo de processo.

Merece ser ressaltado que a concepção cooperativa de processo, fatalmente repercute o aprimoramento da prestação jurisdicional como mecanismo de acesso à justiça, inegavelmente inserida num quadro processual democrático e, portanto, alinhado com as normas previstas na Constituição da República.

Vale ressaltar, ainda, que a partir da nova lei processual geral, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência foram alçados à categoria de *postulados normativos* que dispõe sobre normas fundamentais da nova ordem processual. Diante desta característica, são além de princípios, parâmetros de interpretação e aplicação da lei processual notadamente no âmbito da prestação jurisdicional, a fim de atingir o escopo final, que é o alcance à ordem jurídica com justiça.

A propósito, entre os postulados normativos da nova lei processual, inserem-se além dos já mencionados, o conceito de boa-fé objetiva, como dever de comportamento leal e coerente, objetivamente aferível no âmbito do processo, sendo vedado a qualquer pessoa, que de qualquer forma participe do processo, comportar-se de forma desleal, como a protelação indevida dos atos processuais, ou qualquer outra de comportamento processual contraditório, independentemente da intenção que move.

A primazia do julgamento de mérito, a cooperação e os mecanismos de autocomposição e heterocomposição, como normas fundamentais da nova ordem processual, indicam a preocupação com a segurança jurídica, razoável duração do processo, e qualidade da prestação jurisdicional, o que em outras palavras, significa perseguir o acesso à ordem jurídica justa.

Neste novo modelo, merece ser destacada a garantia de um contraditório substancial e efetivo, como direito de influência na dialética processual, o que ratificando que o princípio da cooperação a ser compreendido em um contexto de comunidade de trabalho em prol de um julgamento de mérito justo e efetivo, o que está absolutamente alinhado com os ideais constitucionais de acesso.

Ressalta-se que todos os mecanismos apresentados, sejam de natureza processual ou não, encontram fundamento de validade nos princípios constitucionais

do acesso à justiça e do devido processo legal, e se destinam ao escopo de realizar o adequado acesso à justiça da forma mais universal, eficiente, justa e tempestiva possível, inserido num contexto de Estado de Direito e de respeito à segurança jurídica, buscando-se alcançar o fim maior de pacificação social.

A preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional vai além da atuação típica do Poder Judiciário, vez que, conforme já visto, a jurisdição não pode ser mais compreendida nos limites restritos do Judiciário, mas sim, como mecanismo de pacificação que deve ter como meta, exatamente por esse motivo, hipóteses mais eficientes de solução de conflitos, tais como a heterocomposição, ou jurisdição não estatal.

Portanto, para se alcançar a garantia do acesso conforme a plenitude vislumbrada na Constituição da República, não basta a superficial e insuficiente compreensão do acesso ao judiciário, bem como a retrógada visão de que o processo seria um fim em si mesmo, descomprometido com a efetividade e demais valores constitucionais.

Logo, é impositivo vislumbrar na tutela jurisdicional um meio eficiente de acesso à justiça, afim de oferecer à sociedade, mecanismos de solução de conflitos, de forma que as bases do Estado de Direito e o monopólio da força possam se equilibrar com a necessidade de pacificação social, resultado e equidade.

Nesse sentido, o fato de o judiciário ser formalmente acessível e de o processo ser conduzido com a observação formal das garantias processuais, não bastam para o atendimento dos valores constitucionais que devem permear a solução dos conflitos, pois, para que o direito fundamental do acesso à justiça e a garantia do devido processo legal sejam observados, é necessário concretizá-los, com instrumentos que tenham por objetivo a prestação jurisdicional adequada para um quadro constitucional de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Diante de tudo o que foi explicitado e, considerado o recorte proposto para este estudo, é factível conjecturar que o produto da correlação dos tópicos apresentados, quais sejam, o do acesso à justiça, do devido processo legal substantivo e das normas fundamentais processuais, se alinha com o designo de se alcançar uma ordem jurídica justa, efetiva, tempestiva, eficiente, adequada e, portanto, qualitativamente dimensionada, ou seja, o acesso à justiça como direito fundamental substantivo.

REFERÊNCIAS:

- ABBOUD, Georges. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol 1. Coord: Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. RT, 1986.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às Alterações do Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?, in SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96-97.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª ed., ampl., Editora Malheiros, 2011.
- AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 4. Ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Globo, 2008.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Responsabilidade Civil do Estado por denegação do acesso à justiça. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262. jan./abr. 2013.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª edição. 2013
- BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol 1. Coord: Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. V.1. 25 ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO JUNIOR, Amilcar Araújo. A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Coord: Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Vol. 3, Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. Neoconstitucionalismo e Dignidade Humana: paradigmas essenciais à justiça restaurativa e ao acesso à justiça. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3aa19fe9dc706a3. Acesso setembro-2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. O Papel do Juiz na efetivação dos Direitos Humanos, in Direitos Humanos: visões contemporâneas. Coord: Kenarik Boujikian Felipe. São Paulo: Método, 2001.

COSTA, Nilton César Antunes da. Decisões e Sentenças Arbitrais: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COUTURE. Eduardo J. Interpretação das leis processuais. Tradução de Gilda Maciel Correa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro Da. 2015. Opinião 49 – princípio da primazia do julgamento do mérito. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/> Acesso: setembro de 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Processual Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros, 2007.

DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. São Paulo: Revista de Processo, v. 127, 2005.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. Princípio da primazia da decisão de mérito. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (coord). Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JUNIOR, Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe Camargo, DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (orgs.), Novas Tendências do Processo Civil. Bahia: Juspodvm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7ª ed. Malheiros, 2013.

ELSTER, Jon. Local Justice. New York: Russell Sage Foundation, 1992, apud AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?, in SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLEXA, Alexandre, MACEDO, Daniel, BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodvm, 2015.

FONSÊCA, Vitor. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol 1. Coord: Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUX, Luiz. A reforma do Processo Civil. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HERKENHOFF, João Baptista. Gênese dos Direitos Humanos. Volume I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino in LUCON, Paulo Henrique dos Santos, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, SILVA, João Heckerda, VASCONCELOS, Ronaldo, ORTHMANN, André (coord). Processo em Jornadas. Capítulo 25: O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. Jus Podivim, 2016

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p.191

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36, n. 141, jan./mar., 1999.

LOBO, Arthur Mendes. A fundamentação das decisões judiciais como elemento essencial na (des)construção de um precedente e seus reflexos socioeconômicos. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 63-100, jan./jun. 2013.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos in LUCON, Paulo Henrique dos Santos, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, SILVA, João Heckerda, VASCONCELOS, Ronaldo, ORTHMANN, André (coord). Processo em Jornadas. Capítulo 58: Segurança Jurídica do Código de Processo Civil de 2015. Jus Podivim, 2016.

MACENA, Luiz André de Carvalho. Aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2013. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília. São Paulo.

MAGANO, O. B. Constituição, direitos fundamentais e contrato de trabalho. In: Trabalho & Doutrina: processo e jurisprudência. Revista jurídica trimestral, nº 15. São Paulo: Editora Saraiva, dezembro de 1997.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 17, no 66, jan-mar./2009.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação. Rio de Janeiro:Forense, 2003.
- MAZZILI, Hugo Nigro. In Processo Coletivo, Vol. 8, Jus Podivm, 20016. Coord: Fredie Didier Junior.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, 1ª ed, Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, apud, SGARBOSSA, Luís Fernando, 2009.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Introdução ao Estado do Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9 ed. RT, 2006.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O Princípio de Proibição de Retrocesso Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido Processo Substantivo: Substantive Due Process. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido processo substantivo. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791
- PEREIRA, Sebastião Tavares. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Santa Catarina.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Processo Administrativo Tributário. 3ª ed, Malheiros, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol 1. Coord: Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANDIM, Emerson Odilon. O devido processo legal na administração pública: com enfoque previdenciário. LTr. São Paulo. 1997, p. 78.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica. In Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Coord: Carmen Lúcia Antunes Rocha. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. Coord: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luciana Vieira. Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8997/prova-ilicita-no-processo-civil-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>> Acesso em outubro de 2017.

SILVA, Erica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. V. 2, Slavador: Jus Podivm, 2014, p. 429.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo Legal (Due Process of Law). 2ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1996.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direito Processual Constitucional. 7ª edição, 2017.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Marcos José Porto. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. 2006. Tese (Pós-doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Acesso à Justiça Qualitativo. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Minas Gerais.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Revista do instituto de Minas Gerais n. 3/153-166.

TESSLER, L. G. O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. In: Estudos de Direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: Fundamentação e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres De. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. Volume Único. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo de conhecimento. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. Revista dos Tribunais n. 814, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999.