XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Frederico da Costa Carvalho Neto, Jefferson Aparecido Dias, Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-208-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Acesso à Justiça, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 06 a 09 de julho de 2016, na Universidade de Brasília - UNB, sobre o tema "Direito e Desigualdades: diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo".

A proposta do trabalho é inovadora vez que, a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos apresentados foram:

1- "A CRISE DO ESTADO E A DESJUDICIALIZAÇÃO: ENTRE O IMOBILISMO E A BUSCA POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA", de autoria de Afonso Soares de Oliveira Sobrinho e de Clarindo Ferreira Araújo Filho, tratou das possibilidades de desjudicialização, em especial por meio da atuação dos Cartórios, como forma de garantir uma ordem jurídica justa. Além de destacar os casos em que tal desjudicialização já ocorreu, os autores também analisam novas possibilidades que podem ser adotadas em homenagem ao aperfeiçoamento do acesso à Justiça.

2- "ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADE SOCIAL: REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", os autores Guilherme Barbosa da Silva e Amanda Querino dos Santos Barbosa tratam da Justiça como fonte de promoção da igualdade, alertando para o fato de, algumas vezes, a ausência de defensor constituído fazer com que o próprio acesso à justiça seja desigual, o que pode ser suprido com a nomeação de um

defensor público. Além disso, o artigo trata de ajustes que devem ser feitos no próprio Judiciário para combater a sua morosidade e a sua inacessibilidade. Dentre estes ajustes, destaca-se o programa de justiça itinerante mantido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

3- "A RELATIVIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Márcia Cruz Feitosa e de Monica Teresa Costa Sousa, analisa a possibilidade de a competência territorial trabalhista ser relativizada a fim de garantir ao trabalhador o acesso à Justiça, uma vez que a norma que exige que a ação deva ser proposta no local da prestação do trabalho dificulta tal acesso à Justiça. O artigo destaca casos em que tem se admitido o ajuizamento da ação no local de domicílio do trabalhador, quando ele for hipossuficiente.

4- "ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS: DIREITO À HOMOAFETIVIDADE", de Michelle Fernanda Martins e Simone Stefani Signori, se inicia com uma pergunta: as transformações sociais geram o nascimento de direitos ou o nascimento de direitos gera transformações sociais? Na sequência, o artigo trata do acesso à Justiça e como ele se correlaciona com o direito à homoafetividade, a partir de um estudo comparativo entre a realidade argentina, onde existe lei que garante o direito à homoafetividade, e o Brasil, onde tal legislação inexiste.

5- "ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, JUSTIÇA OU IMPOSIÇÃO INTERNACIONAL?", Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita analisam o significado que é atribuído ao termo "acesso à Justiça", apresentando os aspectos que envolvem a sua conceituação e efetivação, defendendo que ele deve ser interpretado como o acesso à ordem jurídica justa.

6- "ACESSO NEGADO: TRANSIDENTIDADES E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO MARANHÃO", de Tuanny Soeiro Sousa, advém de um questionamento sobre as demandas promovidas por transexuais para a alteração de seus dados no registro de nascimento. A pesquisa que fundamentou o artigo encontrou apenas 03 (três) ações dessa espécie na Justiça do Estado do Maranhão. O que se notou é que os obstáculos para a propositura dessas ações seriam de ordem social e psicológica, e não jurídicas ou judiciais. O destaque de tal artigo é que ele, além de uma pesquisa bibliográfica, também possui uma pesquisa de campo, na qual foram coletados os dados para a sua elaboração.

7- "AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO", Rafael Gomiero Pitta e Jéssica Amanda Fachin fazem uma análise das perspectivas do novo

Código de Processo Civil, a partir do estudo da fase pretrail do processo civil norte-americano, questionando se a importação pelas leis brasileiras de institutos de direito de outros países tem sido eficaz na promoção do acesso à Justiça.

8- "BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS", de Viviane Lemes da Rosa e André Ferronato Girelli, destaca a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na concretização dos princípios que nortearam a reforma do novo Código de Processo Civil. Além disso, sustenta que o IRDR pode ser um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, ao garantir que o cidadão saiba previamente como tem decidido o Judiciário, a partir de seus precedentes. Por fim, o artigo afasta as principais críticas comumente feitas ao mencionado Instituto, sustentando que elas são improcedentes.

9- "CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE DADOS DO NÚCLEO DE PRIMEIRO ATENDIMENTO DO XX JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – RJ", Lilian Trindade Pitta destaca a importância da informação ao cidadão como forma de garantir não apenas o acesso à Justiça (aqui concebido como o acesso ao Poder Judiciário), mas o próprio acesso ao direito do qual se é titular. A partir de tais premissas, o artigo defende a necessidade de o cidadão ser informado sobre os seus direitos, a fim de que ele possa exercitá-los plenamente. No mais, esse é mais um artigo baseado não apenas em uma pesquisa bibliográfica, mas, também, em uma pesquisa de campo (coleta de dados) realizada em Juizado Especial da Comarca do Rio de Janeiro.

10- "CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO – NOVOS RUMOS TRAÇADOS SOB A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI 13.140/2015 PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Dauquiria de Melo Ferreira e de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, trata dos institutos da conciliação e da mediação, bem como as transformações pelas quais eles deverão passar a partir da aprovação do novo CPC e da Lei nº 13.140/2015, que deram grande importância aos dois institutos que careciam de regulamentação no Brasil.

11- Ao lado de uma maioria de artigos que tratam do acesso à Justiça no âmbito civil, o artigo "DECISÕES JUSTAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO: HÁ GARANTIA DE IMPARCIALIDADE SEM GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA?", de Marlyus Jeferton da Silva Domingos, inova ao tratar do tema no âmbito administrativo. Nesse sentido, o mencionado artigo trata do processo administrativo e da necessidade de ele observar o devido processo legal, na busca de decisões justas. Questiona os problemas gerados no âmbito administrativo pela necessidade de se observar o princípio da legalidade, o que

impossibilitaria a independência no julgamento e, por consequência, a sua imparcialidade. O artigo, por fim, analisa o fato de a Administração Pública não conseguir resolver os seus problemas e obrigar o cidadão a buscar a tutela do Poder Judiciário.

12- “DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”, de Robson Aparecido Machado e de Dirceu Pereira Siqueira, destaca a atuação da Defensoria Pública não apenas na garantia de acesso à Justiça mas, também, na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com hipossuficiência econômica.

13- “DEVIDO PROCESSO LEAL: BOA-FÉ E SIMETRIA ENTRE AS PARTES”, Paulo Henrique Helene e Eduardo Hoffmann partem da boa-fé como eixo que deve nortear as relações pessoais e, também, a importância que tal princípio ganhou no processo, em especial, a partir do novo CPC, que valorizou a boa-fé entre as partes, na busca de uma atuação simétrica e legal. O artigo destaca, também, a importância de o princípio da boa-fé ser tratado com os acadêmicos do direito.

14- Mais uma vez, saindo do âmbito do processo civil, o artigo “DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI MARIA DA PENHA”, de Marcus Guimarães Petean, analisa a aplicação do princípio do acesso à Justiça no âmbito penal, em especial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, o artigo trata da isonomia que deve ser observada nos processos que envolvem a violência doméstica, o que permitiria que a lei fosse aplicada não apenas às mulheres mas, também, às pessoas que se identificam com o gênero feminino, como lésbicas e transexuais.

15- "DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA", de Catherine Thereze Braska Hazl, analisa as mutações sofridas no acesso à Justiça com a mudança de paradigma do positivismo para o neoconstitucionalismo. Além disso, o artigo questiona no que consiste, efetivamente, o acesso à Justiça, defendendo que ele não pode ser concebido como a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário.

16- "EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA E INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO", a autora Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira defende a necessidade de resposta justa e adequada para os conflitos, a qual, contudo, não necessariamente precisa ser dada pelo Judiciário. O artigo trata do acesso à Justiça no processo penal e defende a aplicação de meios alternativos para a solução das demandas, defendendo a valorização do papel da vítima. Sustenta que deveria

prevalecer no direito penal, assim, princípios da justiça restaurativa, com o objetivo de restaurar os laços rompidos com o crime e humanizar o processo, empoderando autor e vítima para que juntos busquem a melhor solução para o processo. Por fim, o artigo trata da mudança de paradigma da culpa para o da responsabilidade, inclusive analisando a auto-responsabilização.

17- "ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E JUSTIÇA: DIREITO, SOCIEDADE E O TERCEIRO SETOR", Bruno Valverde Chahaira analisa a situação das comunidades do Estado de Rondônia que, por estarem a várias horas de barco da capital ou de alguma cidade com um órgão da Justiça, têm o seu acesso à Justiça dificultado. O artigo defende, ainda, que em referido contexto social as entidades do terceiro setor podem atuar como auxiliar do Poder Público no acesso à Justiça.

18- “GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CREDIÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: ACESSO OU NEGAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL?”, de André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares, os autores analisam a possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil que autoriza o parcelamento das custas processuais, suscitando questionamentos quanto à sua aplicação, inclusive se poderá se ter um verdadeiro “crediário”, que, muitas vezes, deixará de ser um benefício e pode se tornar um ônus, em especial nos casos de novas custas que poderão gerar novos “carnês”.

19- "NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA ADOÇÃO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA", Antônio Carlos Diniz Murta e Priscila Ramos Netto Viana defendem a possibilidade de adoção da arbitragem como forma de solução de litígios em matéria tributária, a partir de experiência do Direito Português. Sustentam que a adoção da arbitragem pode ser um instrumento que garanta decisões céleres e justas nos conflitos em matéria tributária e o texto também afasta os principais entraves à aplicação da arbitragem na temática.

Com se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes do princípio do acesso à Justiça, analisando a sua aplicação não apenas no direito processual civil mas, também, no direito processual penal e no direito administrativo.

Além disso, importante destacar que os artigos trataram da realidade de diferentes Estados da Federação, apresentando diversos contextos nos quais a aplicação do princípio do acesso à Justiça ocorre de forma diversa.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do acesso à Justiça.

Prof. Dr. Frederico da Costa carvalho Neto (UNINOVE)

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias (UNIMAR)

Profa. Dra. Vivian de Almeida Gregori Torres (USP)

DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA

FROM POSITIVISM TO NEO CONSTITUTIONALISM: IMPLICATIONS ON ACCESS TO JUSTICE

Catherine Thereze Braska Hazl [1]

Resumo

O artigo tem como objeto a análise do conceito de acesso à justiça frente ao ordenamento jurídico atual. Assim, problematiza acerca do positivismo e a afirmação do principio da legalidade frente ao Estado de Direito e posterior constitucionalização do direito através da sua necessária substancialização. Discorre sobre a aplicabilidade dos princípios no caso concreto, bem como a normatividade constitucional e o relevante papel que os direitos fundamentais passaram a exercer no âmbito jurídico. Faz considerações sobre o conceito de acesso à justiça bem como as atuais acepções de tal conceito através de uma interpretação substancial da Constituição brasileira de 1988

Palavras-chave: Positivismo, Constitucionalização, Normatividade constitucional, Neoconstitucionalismo, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the concept of access to justice in the contemporary juridical order. In order to achieve such purpose, it starts problematizing the positivism and the affirmation of the legality principle in light of the State of Law and the following constitutionalization of law through necessary substantialization. It touches upon the applicability of principles as well as the constitutional normativity and the role that fundamental rights started to play in the juridical arena. Furthermore, it brings considerations about the concept of access to justice and the current renderings of such concept through substantive interpretation of Brazilian's Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism, Constitutionalism, Constitutional normativity, Neoconstitutionalism, Access to justice

[1] Mestranda do programa Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer considerações sobre o acesso à justiça no Brasil no âmbito do neoconstitucionalismo. Assim, o trabalho inicia-se com o desenvolvimento do Estado Jurisdicional, no qual todo o poder de regulamentação e aplicação do direito concentrava-se na figura do rei soberano, passando posteriormente pelo Estado de Direito com a afirmação da soberania da lei, pautado pelo principio da legalidade no qual figurou o positivismo jurídico.

Com a crise do estado de Direito, observou-se que o sistema normativo rígido e inflexível era incapaz de abordar todas as transformações da sociedade. Assim, inicia-se uma fase de constitucionalização do direito - que no Brasil teve como marco a promulgação da Constituição de 1988, chegando hoje ao chamado período do neoconstitucionalismo – preocupado em prover umas substancialização do direito material, e não meramente formal como ocorria até aqui. Dentre as características do neoconstitucionalismo apontou-se a normatividade constitucional como fator importante bem como o conceito de derrotabilidade justamente no sentido de demonstrar o caráter mais aberto do direito hoje.

Partindo-se deste prisma de evolução histórica, que envolve tanto a Teoria do Estado como a Teoria do Direito, busca-se analisar a ideia de acesso à justiça dentro desta evolução do Estado e do Direito. Tal angulo de análise se mostra interessante e se justifica, se for levado em conta o fato de que nas três fases do Estado e na evolução das teorias do direito, as premissas que embasam o acesso à justiça se mostram bastante diversas.

Assim, tendo em vista o direito ao acesso à justiça ser primordial para a emergência do direito contemporâneo - o qual traz características mais dinâmicas e abertas, pautados pelo pluralismo politico, jurídico ou social - não poderia este principio ter ficado inerte às transformações do ordenamento. Mais do que isso, o significante do significado “acesso à justiça” sofre alterações nesta travessia por se tratar de um conceito histórico, ainda que assim não seja tratado com frequência pela doutrina, em especial a manualística.

Logo, o presente artigo pretende realizar estas importantes travessias históricas do Estado e do direito, para elucidar a significação do acesso à justiça na contemporaneidade. Para tanto, inicia com a análise do positivismo no contexto histórico do estado de Direito e o inicio do surgimento das ideias constitucionalistas. No terceiro capítulo, trata da evolução do constitucionalismo e a sua consequência com o surgimento do estado constitucional. O quarto capítulo busca analisar o neoconstitucionalismo à partir da virada copernicana dos direitos fundamentais e da constituição como centro do ordenamento, tratando da questão da

derrotabilidade normativa, e ao final situando o princípio do acesso à justiça dentro do contexto contemporâneo, operando-se inclusive a análise do novo diploma processual brasileiro como instrumento de mudanças que colaboram para que a efetividade ao acesso à justiça tenha meios para ser concretizado e materializado.

2. ASPECTOS DO POSITIVISMO NO CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO

Para que se possa realizar a analise do positivismo visando a sua posterior problematização diante do constitucionalismo, faz-se necessária a apreensão de ideias da historiografia do Estado, de modo que a reflexão seja corretamente contextualizada.

Durante o desenvolvimento da figura do Estado, identificam-se três formas adotadas por este: O Estado Jurisdicional, típico do período medieval, onde o poder estatal se manifestava pelo Rei-Juiz, que não produzia diretamente as leis (que derivavam da natureza e se conhecia como *ius comune*) mas que exercia seu poder ao julgar e aplicar essas leis comuns, e que encontrava sua soberania na ausência de instancia superior que o julgasse, ao passo que a sua legitimação decorria de explicações metafísicas[1].

O Estado Jurisdicional é ultrapassado pelo Estado de Direito, que tem a sua pré-história entre os séculos XVII e XVIII[2], e que se consolida no século XIX, constituindo modelo no qual o Estado toma para si o poder de legislar e de criar o direito, além do poder de julgar. Antonio Manuel Hespanha distingue os dois períodos tendo por base o papel do jurista, que no Estado Jurisdicional atuaria como couteiro, no sentido que este não interfere na natureza das coisas, mas apenas cria condições para que a natureza se desenvolva e siga seu curso. O direito portanto nasce da natureza da vida em sociedade, e cabe ao Estado-Juiz aplicar esta lei natural. De outro lado, no Estado de Direito, o jurista atuaria como um jardineiro, eis que atua diretamente na natureza buscando um estado idealizado, e portanto produzindo leis que não mais decorreriam puramente da natureza. (HESPANHA, 2001, p.1186)

Num primeiro momento do Estado Moderno há portanto uma concentração do todo o poder politico e jurídico nas mãos de uma só pessoa. Em seguida surge, decorrente desta concentração, outra forma de soberania e que caracterizou-se pelo positivismo jurídico: a

[1] Neste sentido ver, HESPANHA, Antonio Manuel. Os juristas como couteiros. . A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna. Rev. Analise Social, vol. XXXVI (161), 2001, 1183-1208.

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

supremacia da lei. A soberania já não trata somente de um fortalecimento por questões politicas mas principalmente ideológico. Neste sentido Maurizio Fioravanti explica como se desenvolveu a primazia da lei perante o ordenamento jurídico.

> Se comenzaba así a pensar que sin un dominio absoluto de la ley no existiria ya ninguna expectativa de orden. (…) Es más: se comenzó a pensar que la propia ley dei soberano era el único derecho posible y legítimo, y que los otros derechos que hasta ese momento habían sido considerados como tales eran en realidad meros privilégios de hecho, prácticas, costumbres más o menos arraigadas, pero ya no derechos. En fin, en esa ley se reflejaba el orden predicado por el derecho natural, que dejaba entrever en el fondo la revolución y los derechos naturales individuales. Cuando se llegue a ese punto, el juego se habrá concluído. (…) los derechos Individuales y el principio de igualdad. Quien osaba contestarla, quien intentaba considerar los derechos fuera de esa conexión esta- ba en contra de la historia, quizá era partidario dei antiguo régimen. En- tre los pliegues dei absolutismo político, a través de la revolución, había comenzado así el largo periodo dei positivismo jurídico. (FIORAVANTI, 2014, p.188)

Durante o Estado de Direito soluções são tomadas com o intuito de obstar o poder do monarca, bem como identificar e limitar uma atuação discricionária e arbitrária do poder executivo Neste sentido Danilo Zolo (2006, p.35-36) explica a "juridicização" de toda a estrutura do Estado Moderno da seguinte forma:

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

Desenvolve-se no Estado de Direito, portanto, uma ciência jurídica atrelada aos preceitos da lei, em que a validade da norma está relacionada não com seu conteúdo mas com a forma que possui, cabendo ao jurista apenas aplicar a lei no caso concreto, e não interpretá-la (KELSEN, 1979, p.21). Assim, "a afirmação do principio da legalidade, bem assim da soberania da lei, conduz ao que se pode chamar de Estado de direito legalista: direito válido seria apenas o direito criado pela expressão da vontade geral, no caso, a lei" (PEREIRA, 2011,p.19).

Figueroa (2003, p.159) aponta uma preocupação em desenvolver um direito baseado fundamentalmente em propriedades formais as quais demonstraram relevância para a construção positivista do Direito. Zagrebelsky afirma que o estado liberal de direito era um

Estado legislativo que se afirmava através do principio da legalidade derrotando as tradições jurídicas do antigo regime absolutista. Sobre o principio da legalidade o autor explica,

> El principio de legalidade em general expresa la idea de la ley como acto normativo supremo irresistible al que, en linea de principio, no es oponible ningum derecho más flerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, em nombre de uma superir razón de Estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistência de los particulares, em nombre de um derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilégios locales o sociales) (ZAGREBELSKY, 2007, p.24)

Observou-se neste sentido, uma redução de todo o direito ao papel que a lei passou a exercer, tendo esta grau de importância maior que as demais fontes de direito. Demonstra-se a busca por um direito que pudesse dar segurança aos indivíduos e ao mesmo tempo limitasse o poder do Estado que deixava de ser submetido a ele mesmo, e passava a obedecer regras assim como a sociedade de maneira geral.

No contexto do positivismo jurídico, desenvolvem-se os preceitos de Hart e Kelsen, considerados "formalistas" os quais caracterizaram o direito um sistema fechado e capaz de se autodeterminar, conforme explica Duncan Kennedy a seguir.

> Para Kelsen e Hart, a determinação de uma norma dada, vista em seu conjunto, é uma questão de grau. Para Kelsen, as normas constitucionais que definem o exercício adequado do poder legislativo são relativamente indeterminadas quanto a que leis o legislador deveria adotar, enquanto as leis são relativamente mais determinadas quanto ao conteúdo das decisões judiciais que pretendem aplicá-las. Da mesma forma, para Hart as normas podem ter zonas de penumbra maiores ou menores, embora mesmo padrões tenham significados essenciais. Para os positivistas, parece-me, deveria ser importante que tanto para Hart como para Kelsen é inevitável a existência de uma zona de indeterminação para cada norma, e que nenhum deles proporciona uma explicação clara de por que isso deveria ser verdadeiro. No entanto, em cada caso, o uso do imaginário espacial é um obstáculo maior para entender o que eles querem dizer (…)Talvez por essa razão cada autor seja algumas vezes caracterizado como um "formalista". Quando eles afirmam que, em certa situação, há apenas uma resposta correta à questão interpretativa, eles são vistos como literalistas, apesar do quanto possam ser insistentes sobre a natureza discricionária das questões localizadas na penumbra ou na moldura. (2008, p.156)

Em suma, traçadas algumas breves características do positivismo jurídico, observa-se que a única e principal fonte normativa era o papel desenvolvido pela lei e ainda que o papel do estado era reduzido, não podendo interferir nas relações privadas, somente para assegurar os direitos de liberdade e de propriedade (PEREIRA, 2011, p.19). Assim, a teoria positivista vem a ser superada pela Constituição, em que a teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo principio, e o modelo interpretativo subsuntivo-dedutivo será substituído pela intersubjetividade (STRECK, 2006, p.258).

3. DO CONSTITUCIONALISMO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Devido à insuficiência do Estado de Direito em acompanhar as transformações da sociedade no inicio do século XX, fala-se na crise do Estado e sua consequente transformação em Estado Constitucional. Segundo Danilo Zolo (2006, p.72) são motivos para esta mudança de paradigma, "a crise da capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos estatais e a decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos".

Sobre a transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional Ana Lucia Pretto Pereira (2011, p.19) aponta que o papel do estado deixou uma postura predominante de abstenção e passou a ter viés intervencionista.

> Esse Estado de direito legalista e liberal veio a ser superado por um novo meio de atuação estatal. O período entre as duas grandes guerras mundiais foi marcado por uma forte contradição entre a igualdade politica e a igualdade social, levando a formação de cartas constitucionais que requeriam do estado não mais uma postura de preponderante abstenção em relação à sociedade civil, mas de intervenção. As constituições não se limitariam apenas a organizar estruturalmente o Estado, fixando seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade (...) vinculantes ao Estado (...) (PEREIRA, 2011, p.19)

Posteriormente ao Estado de Direito pautado pelo principio da legalidade, Dworkin desenvolve a chamada teoria da integridade do direito em que afasta-se o entendimento de que "lei é lei" e que portanto prevaleceria sobre qualquer outra fonte normativa. Há uma rejeição ao formalismo de Kelsen onde o direito com integridade "pede que os juízes admitam, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios e que os apliquem nos casos que se lhe apresentem" (DWORKIN, 1999, p.291).

Neste sentido o autor é contrário à ideia de que o direito é formado apenas por regras e chama atenção para outros elementos quais sejam os princípios e diretrizes politicas. Albert Calsamiglia explica da seguinte forma:

> El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permitan solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo Dworkin coloca el aspecto normativo que es el que más interesa al profesional y al juez. La teoría orienta la práctica. Evidentemente, tanto el método como las soluciones han provocado una cascada de criticas y desacuerdos importantes. Pero me parece que uno de los grandes méritos de la polémica ha sido "discutir problemas" en vez de describirlos y en este punto Dworkin ha sido un maestro. (CALSAMIGLIA, 1992, p. 158)

Humberto Ávila (2008, p.35) demonstra na evolução dos princípios, que estes inicialmente eram interpretados como mandamentos de otimização, e diferente das regras, não eram aplicados no caso concreto. Enquanto que determinado fato poderia subsumir à determinada regra jurídica, princípios eram entendidos como mero "conselho" ao juiz ou aplicador do direito.

No século XX, então, toma corpo a ideia do Estado Constitucional, fruto da tensão existente no poder dado ao Estado para legislar e da ausência de controle do ente soberano, que se reflete em violações aos direitos fundamentais dos cidadãos. O constitucionalismo surge nos últimos momentos do século XVIII mas terá sua consagração na segunda metade do século XX. Segundo Pietro Costa, o desafio era "tutelar os sujeitos, continuando a pressupor o axioma da soberania absoluta do Estado e da coincidência da ordem com a volição estatal" (COSTA, 2010, p.249) o qual teria sido vencido pelas teorias de Ihering e Jellinek sobre a autolimitação do Estado.

O Estado Constitucional busca promover barreiras ao poder soberano estatal, através da positivação de princípios e regras fundacionais do Estado, que devem ser obrigatoriamente respeitados na criação das leis, e que tem como personagem central a pessoa humana e a sua dignidade[3]. A partir da teoria de Kelsen, - que se caracteriza por distinguir os planos do ser e do dever ser, e assim definindo o Estado como ordenamento ou sistema normativo que "estabelece competências e ônus dos sujeitos de direito" – a Constituição se perfaz como norma fundamental que se encontra no topo da pirâmide hermenêutica, de modo que todo o ordenamento deve ser lido e interpretado à luz dos mandamentos e disposições contidas na carta constitucional.

4. O NEOCONSTITUCIONALISMO: A VIRADA COPERNICANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DOS CÓDIGOS À CONSTITUIÇÃO)

Após predominância do Estado de Direito, e posteriormente do Estado Constitucional, pautado pelo num primeiro momento por um constitucionalismo rígido, fala-se atualmente, em um período denominado de neoconstitucionalismo.

[3] Costa leciona que a proteção dos direitos fundamentais decorre da própria ideia de democracia moderna, eis que na democracia aonde todos são juridicamente iguais (igualdade formal dos sujeitos privados), pressupõe-se o direito das maiorias, dos "muitos" sobre os "poucos". *"A democracia política é o cavalo de Tróia da ordem liberal-parlamentar: entrega por vias legais o poder a uma maioria que, destruindo a liberdade-propriedade, arrasa os fundamentos da ordem civil." In* COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. P. 247

Figueroa (2003, p; 164) chama esta transição de constitucionalização qual seja o processo da transformação do direito advinda da própria constituição, para se alcançar o neoconstitucionalismo que traz um novo paradigma com relação ao papel que o direito frente ao Estado e à sociedade.

> La constitucionalización del ordenamento jurídico no se há limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamento de jusristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico há dado lugar al constitucionalismo. Se há denominado genericamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo caráter que há adquirido em la actualdiad) a la teoria o conjunto de teorias que han proporcionado uns cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas. (FIGUEROA, 2003, p.159)

O autor aponta para três aspectos que esta mudança instaurou e influenciou no direito: o aspecto material da constitucionalização do ordenamento jurídico, trazendo para si uma carga axiológica que até então não possuía, o aspecto estrutural – relacionado com a nova estrutura das normas constitucionais que será analisado logo adiante no presente estudo, e também em relação aos poderes do estado, qual seja o deslocamento do poder legislativo para o judicial (FIGUEROA, 2003, p 165-167).

Suzanna Pozzolo (2003, p.190) entende haver distintas razoes para o neoconstitucionalismo buscar superação da metodologia positivista, mas elenca como a mais importante a noção de validade jurídica que havia anteriormente – a qual somente entendia ser valida se preenchesse requisitos formais e que portanto já não serviria para ser utilizada no novo Estado Constitucional de Direito, onde as normas são classificadas como válidas por satisfazer critérios materiais ligado então ao conteúdo dela, e não mais à forma.

Neste mesmo entendimento, Ferrajoli (2003, p.15) também afirma que a condição de existência e validade das normas é uma das primeiras transformações que se observa entre o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo.

Para Sanchís (2003, p.125-127) neoconstitucionalismo é o resultado de duas tradições constitucionais distintas, sendo uma a tradição liberal e outra social - a primeira que aponta a Constituição como norma superior às demais normas e a segunda em que a constituição não se limita apenas a impor regras mas pretende também ter viés participativo no âmbito politico e social.

Assim, o neoconstitucionalismo reúne elementos de ambas as vertentes trazendo forte conteúdo normativo e ainda uma garantia jurisdicional. Em suma tem-se uma constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas

que o papel principal se vê através da figura do juiz, e não mais do legislador (SANCHÍS, 2003, p.126).

Segundo Zagrebelsky [4] o direito constitucional para poder servir na prática deve encontrar uma combinação que não se trata mais de encontrar um núcleo especifico e definido dentro do ordenamento jurídico. Assim, o direito constitucional é o resultado de diversos fatores interligados entre si e não somente de um elemento isolado, como por exemplo a determinação de uma lei apenas. Fala-se, no âmbito do neoconstitucionalismo, de uma soberania da constituição e não mais do Estado, conforme anteriormente apontado. O autor, contudo, explica que a soberania da constituição não diz respeito a uma nova estrutura hierarquizada e rígida, como a supremacia da lei que existia até então. Frente ao pluralismo em que se vive hoje, onde não se busca uma ordem constitucional preocupada unicamente com a afirmação da soberania, já não cabe mais pensar no papel da constituição como origem centralizada de onde todo o ordenamento deve sair, mas para onde todo o ordenamento deve convergir (ZAGREBELSKY, 2007, p.14).

A necessidade de uma renovação é tamanha que o neoconstitucionalismo impulsiona uma nova teoria do direito, cujas características mais relevantes são as seguintes, conforme Sanchís (2003, p.13): mais princípios do que regras; ponderação em detrimento da subsunção; onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos inclusive os pouco relevantes; onipresença judicial no lugar da autonomia do legislador e por fim coexistência de uma pluralidade de valores ainda que muitas vezes contraditórios entre si, em face da busca pela homogeneidade ideológica em torno das regras e princípios.

Paulo Schier explica o neoconstitucionalismo através de uma substancialização do direito com viés pós-positivista

> No neoconstitucionalismo, por sua vez, tem –se a emergência não mais de um Estado de direito mas daquilo que se designa como Estado Constitucional fundado em premissas pós positivistas. A referencia do neoconsticionalismo é a constituição material e o estado de direito substancial, ou o predomínio do paradigma constitucional. As constituições deste outro contexto organizam-se, basicamente sob uma regulaçãoo mais matéria, preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da politica e da comunidade. (SCHIER, 1988, p.9)

O neoconstitucionalismo se vale, portanto, de Constituições com grau de normatividade, com o intuito de regular as organizações de poder do Estado também prevê direitos e obrigações aos particulares; e, de outro lado com um viés garantista supõem que

[4] Sobre "ductibildiade do direito" ver, ZAGREBELSKY, in El Derecho Dúctil. Trotta: Madrid, 2007.

seus preceitos podem se valer através de procedimentos jurisdicionais existentes para a proteção e efetivação dos direitos (SANCHÍS, 2003, p.128).

Ao contrário de como se interpretavam os princípios antes da constitucionalização portanto, estes passaram a adquirir caráter de aplicabilidade na esfera do direito, a partir do momento em que se passou a reconhecer sua normatividade. Entende-se que princípios também são normas jurídicas ainda que diferentes das regras, justamente por conta de sua estrutura. Se aplicam regras e princípios de forma diferente nos casos concretos, reconhecendo que na perspectiva linguística os princípios se utilizam de uma linguagem mais aberta, mais fluida e abstrata.

Neste sentido, a norma jurídica não se confunde com o enunciado linguístico passando ser um elemento da norma. Para Canotilho (1991, p.209) "norma é qualquer enunciado que constitui o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição, onde esta é a parte do texto ainda a interpretar, enquanto a norma é parte do texto interpretado".

A incorporação de princípios à normativa constitucional deixa de ser somente condição de validade para as leis e faz com que sua aplicabilidade seja efetiva também. A norma constitucional deixa de estar inserida dentro de problemas exclusivos do legislador e passa a ser trabalho também dos juízes ao serem aplicadas e utilizadas como parâmetros fundamentais de decisões judiciais. O papel do juiz passa a ser uma interpretação necessariamente constitucional independente da matéria.

A constituição também passa a ser caráter normativo, mas refere-se a uma norma apta a estar presente em qualquer tipo de conflito. Certamente, a chamada onipresença da constituição conforme apontou-se anteriormente, não aconteceria se esta tivesse como único objetivo a regulação das fontes do direito ou estabelecesse uma gama determinada de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, a forca normativa da constituição apenas seria utilizada havendo violação de alguma destas previsões. Assim, a partir do momento em que a própria constituição adentra nas mais variadas esferas, o legislador perde a autonomia que detinha até então. Não se trata, portanto, de mera execução da lei, mas de uma interpretação da lei em proximidade com os preceitos constitucionais (SANCHÍS, 2003, p. 132-133).

Traçadas algumas diferenças entre o constitucionalismo e neoconstitucionalismo cumpre ressaltar que o estudo acerca das regras e princípios bem como do caráter normativo da constituição contribuiu também para a chamada teoria da derrotabilidade normativa. Sobre a derrotabilidade da norma o presente artigo limitou-se a falar desta como característica da norma no ordenamento jurídico como um todo, não aprofundando acerca da tese da derotabildiade em face das consequências na divisão (ou não) acerca de regras e princípios.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

A tese da derrotablidade normativa tem relevância "pela pretensão de ser compreensiva da dimensão axiológica que o direito adquire nos Estados Constitucionais contemporâneos" (PEREIRA, 2014, p.379). Trata-se, contudo, de fenômeno inicialmente proposto por Hart segundo o qual os enunciados normativos poderiam ser "afastados" na eventual aplicação de um caso concreto, mesmo que preenchidos os requisitos necessários e suficientes válidos formalmente. A não aplicação de determinada norma, no entanto, não seria efetiva por algum fator excepcional do caso, e que portanto acarretaria em uma suspensão de uma norma afirmando em detrimento de diferente solução.

A derrotabilidade normativa não possui conceito exato, mas por se tratar de um significado ligado à norma, partindo do pressuposto que esta é consequência da interpretação que se dá à determinado dispositivo, pode-se concluir que tal concepção decorre de um direito fluido, dinâmico e em constante transformação. Prever que determinada norma pode ser derrotada, ou seja, excepcionada, é dizer que o direito além de não ser capaz de regulamentar todos os atos da sociedade, pode também modificar os próprios conceitos através de determinado caso concreto.

Assim, entende-se que a derrotabilidade normativa é fruto da interpretação que se faz das normas, e que portanto está em plena conformidade com as características acerca do neoconstitucionalismo visto que "no nível sintático da linguagem, onde residem as previsões textuais "em si mesmas", destoadas de qualquer interpretação, não há margem para qualquer questionamento acerca da derrotabildiade" (VASCONCELLOS, 2010, p.58).

> No instante em que se fala da aplicação do direito de intelecção exercida pelos intérpretes, quando o texto deixa de ser apenas texto e passa a integrar o mundo das interpretações, daí se torna factível o discurso da derrotabilidade, No átimo temporal em que ocorre a interpretação, mesmo sendo ela inserida em uma linguagem lógica, neste exato momento, a derrotabilidade tem lugar, exatamente dentro de um plano semântico pragmático. (VASCONCELLOS, 2010, p.59)

Fernando Andreoni Vasconcellos elenca diversos exemplos acerta da derrotabilidade da norma e ressalta um ponto em comum entre todos eles ao dizer "é possível afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível" (2010, p.57).

Alfonso García Figueroa, ao discutir o conceito de regras e princípios dentro do Estado Constitucional, explica sobre a derrotabilidade como resultado de um sistema normativo ao dizer que "toda norma constitucional, seja qual for sua configuração, deve estar disposta e preparada para ser excepcionada por normas constitucionais" (2007, p.162). Ainda, segundo o autor, a derrotabilidade é consequência da otimização moral do ordenamento no Estado Constitucional em que a universalidade, a generalidade e a abstração parecem, então, demonstrar um grande avanço (2007, p.162).

6. A EVOLUÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um contexto político e social que tinha por objetivo superar as injustiças cometidas no período que a antecedeu, notadamente durante a ditadura militar que vigorou no Brasil a partir de 1964. Iniciava-se um novo momento político e jurídico no Brasil, em que consagrava-se a democracia, retomando o Estado de Direito, bem como a afirmação de uma série de princípios fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana, pluralismo jurídico, cidadania e valores sociais do trabalho (SCHIER, 1988, p.49-50).

O constituinte pretendeu resguardar direitos fundamentais do cidadão bem como repersonalizar o Direito, colocando a pessoa como centro do ordenamento. Logo, o artigo 5º da Constituição traz em seu bojo uma serie de direitos considerados fundamentais relativos à pessoa, que servem como base axiológica para toda a hermenêutica do sistema jurídico, trazendo reflexos nas mais diversas áreas do Direito.

Dentre os direitos elencados no referido artigo, encontra-se a previsão da garantia do acesso à justiça, esta sendo essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito, em contraposição à ordem militar haurida de direitos civis que vigorava até então. Desde logo, entende-se o direito ao acesso à justiça como "o mais básico dos direitos humanos, uma vez que se trata de uma garantia ao exercício dos demais direitos, sendo entendido como essencial à plenitude dos direitos fundamentais dos indivíduos" (SPENGLER; BEDIN, 2013, p 137.).

O acesso à justiça presente a partir da norma constante do inciso XXXV prevê que ninguém excluirá da apreciação do poder judiciário ameaça ou lesão ao direito. Logo, através do acesso ao Judiciário, a Carta Magna pretendia proteger e dar efetividade a essa nova gama de direitos – direitos fundamentais em âmbito nacional, direitos humanos em âmbito internacional – que seriam responsáveis pela transição a um Estado Democrático de Direito,

mas ao mesmo tempo um Estado Social, no sentido de que a pessoa e a sua dignidade passavam a representar o foco do ordenamento jurídico.

Vale dizer que não se trata de um direito fundamental mais ou menos importante que os demais direitos, apenas fala-se do direito ao acesso à justiça como essencial para se concretizar os demais (direito à educação, saúde, moradia). Sobre a importância do acesso à justiça Juliana Pondé Fonseca (2014, p 550) diz: "O direito de acesso ao Judiciário é uma espécie de "direito-base" que garante a proteção e efetivação de diversos direitos. Sem ele, todos esses direitos não passam de declarações solenes. Resolver problemas de acesso deve ser uma prioridade".

Pode-se dizer então, que o acesso à justiça representa, na teoria, o direito fundamental que em tese garantiria a efetivação de todos os demais direitos trazidos pela carta constitucional. Hoje, no entanto, ele é reconhecido como um direito fundamental, não apenas no que tange à possibilidade do exercício dos direitos preconizados na ordem jurídica mas, também, a exigência de que os conflitos sejam solucionados de forma justa, dentro de um tempo razoável (SANTOS, 2006, p 261.).

Com a mudança de paradigma advinda com o constitucionalismo a partir de 1988, começam a surgir a partir da Constituição, leis esparsas que visavam criar ferramentas de implementação e efetivação do acesso à justiça, bem como conscientizar a população sobre seus direitos e garantias. Assim foi com a criação das Câmaras de Conciliação Previa no âmbito do Direito do Trabalho, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o apoio a métodos alternativos como a Arbitragem e a Mediação, entre outras ações que pretendiam facilitar o acesso ao provimento jurisdicional e a tutela dos direitos fundamentais garantidos.

Vale notar que o presente tópico não tem o condão de analisar se o principio do acesso à justiça no Brasil é efetivado visto tal análise depender de aspectos que ultrapassam considerações jurídicas ou teóricas. Não se trata apenas da presença da garantia na Constituição ou da existência de leis infraconstitucionais que a operacionalizem, e o caso brasileiro apresenta diversas particularidades que tornam a questão ainda mais complexa (FONSECA, 2014, p.560).

Assim, o objetivo aqui é analisar numa transformação do constitucionalismo brasileiro de que forma sua estrutura também interfere na materialização do direito como um todo. Principalmente como consequência de uma concepção que, como se viu, há pouco tempo possuía estrutura fechada e rígida, e que passou a ter caráter mais fluído e aberto de acordo com a vertente do neoconstitucionalismo.

Não há, hoje, espaço para os preceitos do positivismo no âmbito jurídico mas sim de um momento de abertura da constituição para dentro, para sua própria sociedade (MALISKA, 2013, p.36). O novo constitucionalismo exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito (STRECK, 2006, p.258). A subsunção do fato à norma dá lugar à ponderação dos princípios constitucionais; a normatividade constitucional passa a ser inquestionável em face da concretização de direitos e deveres, bem como a aplicação de princípios no caso concreto; a filtragem constitucional[5] bem como derrotabilidade jurídica contribuem para um caráter aberto do direito constitucional como um todo.

> A certeza do direito é adquirida muito mais por meio da interpretação, da correção, ou com eventual remoção, por meio do controle de constitucionalidade, da lei, essencialmente por obra da jurisprudência, não somente constitucional, mas também ordinária. Quem pretende ainda hoje fazer reviver a certeza legislativa do direito, aquela que no paradigma revolucionário se voltava contra o "arbítrio" dos juízes , não compreende que o que mudou foi o próprio paradigma, e que a única via a ser percorrida no sentido construtivo é a via do diálogo entre legislação e jurisdição. (FIORAVANTI, 2014, p.188)

Assim o principio fundamental do acesso à justiça também ganha novas características diante do presente momento. O caráter aberto e dúctil da constituição provoca uma mudança substancial não apenas no conceito de acesso mas principalmente dos meios que efetivam a materialidade do direito no caso concreto. É dizer que o conceito evolui, acompanha as mudanças do ordenamento afim de traduzir a real necessidade de justiça. Sobre a mudança no conceito de acesso a justiça Mauro Cappelletti diz (1988, p.1)

> 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 XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litigis civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do individuo agravo de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', aos direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção

[5] Sobre Filtragem Constitucional ver em: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, p. 55-56. A noção de filtragem constitucional traz, ao contrário, a ideia de realização da normatividade e imperatividade do direito através da perspectiva dos valores constitucionais. Pressupõe a digni0dade normativa não só do direito infraconstitucional mas, principalmente, do Direito Constitucional. Tende, portanto, a afirmar a capacidade do direito intervir e transformar a realidade social, até porque os valores constitucionais não expressam somente um compromisso com a reflexão das presentes condições da organização social e dos fatores reais de poder, mas, no Estado moderno, também expressam valores a serem alcançados."

Conforme já apontado, no Brasil, a Constituição de 1988 representa sem duvidas um marco temporal do verdadeiro Estado Constitucional. E a partir dela que gradativamente, passam-se a interpretar e mesmo editar as demais leis que formam o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo a este verdadeira unidade sistemática. Como explicita o professor Luiz Edson Fachin,

> A Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional – , mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional. Daí a importância em preservar a Constituição, colocando-a a serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, numa sociedade que busca tornar-se, realmente, fraterna e sem preconceitos." (2008, p.6-7)

Logo, o processo no Estado Constitucional não poderia ficar alheio à esta nova leitura e hermenêutica, pois, como dito, o processo representa o instrumento de efetivação dos direitos materiais, de modo que seria ilógico um processo que pretendesse garantir a aplicação dos direitos fundamentais, mas que não fosse ele próprio permeado por estes direitos. Como defende Marinoni, (2015, p.486) "deixar de relacionar o processo com os fins da jurisdição somente teria cabimento caso fosse ele visto em uma dimensão interna e não externa, ou melhor, caso o processo fosse compreendido isento dos seus fins e independentemente dos objetivos da jurisdição".

Seguindo-se nesta linha, ao se entender o processo como possuidor de uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, mister se faz o seu desenvolvimento de modo a permitir e propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes, em prol de um processo que se legitime como justo e que por conseguinte legitime de igual maneira o exercício do poder jurisdicional. Como bem nota Maria Carolina Silveira Beraldo (2011, p.457) , "sob os influxos de uma preocupação axiológica, os sistemas processuais passaram paulatinamente a incorporar posições valorativas que deram ensejo ao instrumentalismo e à publicização do processo".

Neste viés, o novo CPC traz a disposição do artigo 6º, que define que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Da mesma forma, o artigo 10 prevê que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às

partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de oficio. Ambas disposições se dirigem a garantir um procedimento com a efetiva participação das partes, o que encontra respaldo na ideia do devido processo legal. Se a ideia do legislador era criar mecanismos de legitimação do processo e da decisão que dele decorre, dentro de uma ótica democrática e, especialmente, constitucional, a garantia da participação das partes no convencimento do juiz se mostra como elemento essencial. Nesta linha se manifesta Candido Dinamarco, ao afirmar que

> "A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de-ofício inesperadas." (DINAMARCO, 1996, p.285)

Da lição de Dinamarco, extrai-se uma proximidade entre a ideia da cooperação como decorrente do principio do contraditório, que seria interpretado de forma extensiva e que teria uma dimensão mais ampla de contraditoriedade, como defende Leonardo Cunha Carneiro. Para este autor, "Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito" (CUNHA, 2012, p. 150).

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

> O direito ao processo justo constitui principio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas e

> para a formação de precedentes. (MARINONI, ARENHARDT, MITIDIERO, 2015, p.489).

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

Como explicita Aharon Barak ainda que se defenda uma aplicação puramente vertical dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário é uma das dimensões do Estado, e, portanto, estaria vinculado a estes direitos, não podendo promover um processo ou proferir uma decisão que fosse contrária a estes (2001, p.25).

7. CONCLUSÕES

Diante das travessias operadas ao longo do texto, pode-se notar, a partir da concepção que passa a ter o direito no âmbito do neoconstitucionalismo, que diversos preceitos passaram a ser paulatinamente incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Uma das principais mudanças do positivismo para os dias de hoje é a dimensão que tomou os princípios fundamentais. Enquanto que há pouco tempo estes eram entendidos como mero direcionador para os aplicadores de direito, hoje possuem caráter igual às regras no que tange à sua aplicabilidade.

Verificou-se igualmente que em linha com as mudanças que o direito sofre, como consequência da evolução da teoria do Estado e das concepções sociais tendo em conta a sua dinamicidade e fluidez, o conceito de acesso à justiça (como conceito histórico) também é inovador no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 88. Vive-se hoje um momento de abertura do ordenamento como um todo, tanto para dentro, afim de aproximar-se da sociedade como para fora, afim de integrar-se na nova ordem jurídica internacional. Nesta toada, são cada vez mais comuns as discussões que envolvem a questão do acesso à justiça nesse novo contexto global, inclusive no que diz respeito ao acesso à justiça em âmbito internacional, especialmente nos casos de violação dos direitos humanos.

Quanto ao que toca o ordenamento brasileiro, identificou-se através da pesquisa, a busca de meios de efetivação dos princípios constitucionais, afim de atender as demandas do

judiciário desenvolvendo-se novas práticas sobretudo para a construção de técnicas que tornem efetiva e adequada ao novo momento da prestação jurisdicional.

Conclui-se portanto que, neste sentido, ganha força o processo no Estado Constitucional (processo esse também permeado e iluminado pelo texto constitucional), eis que este não poderia afastar-se da leitura constitucional que cada vez mais ganha força através da normatividade constitucional e da aplicação dos princípios no caso concreto. Esta nova leitura é indispensável para efetivação dos direitos materiais, de modo que não seria condizente um processo que pretendesse garantir a aplicação dos direitos fundamentais, mas que não fosse ele próprio permeado por estes direitos.

Pelo exposto, parece possível apontar que o novo diploma processual brasileiro representa, visto de certo angulo, um produto de toda esta evolução histórica do Estado e do direito, com vistas à efetivação do Estado constitucional e, em certo modo, do *neo*constitucionalismo, através do acesso à justiça e de um processo que pretende atender às garantias fundamentais conforme as premissas históricas da contemporaneidade.

8. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In Friedman, D. Human Rights in Private Law. Portland: Hart Publishing, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert. El Concepto de Integridad em Dworkin. 1992 In: Doxa. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8127/Calsamiglia,%20Albert

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 1991. 5 ed. Almedina.

CAPELLETTI, Mauro. O processo civil no direito comparado. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Lider, 2001.
_____, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988 (reimpressão 2002).

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147-159, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em 29/04/2015.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In O Estado de Direito: História, teoria, crítica. Costa, P e Zolo, D, orgs., trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996

DWORKIN. Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria Del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

FIGUEROA, Alfonso García. La épica de los principios en la teoria del derecho: derrotas. In: Criaturas de la moralidad. Trotta: Madrid.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales. Editorial Trotta: Madrid, 2014.

HESPANHA, Antonio Manuel. Os juristas como couteiros. . A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna. Rev. Analise Social, vol. XXXVI (161), 2001.

GOUVEIA, Lucio Grassi. A função legitimadora do principio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. Ano 34, vol. 172, jun/2009. Sao Paulo: RT, 2009.

KELSEN. A justiça e o direito natural. Trad. e pref. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor. 1979.

KENNEDY, Duncan. A left/phenomenological alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation. Legal Reasoning: Collected Essays (Contemporary European Cultural Studies), p. 154-173, 2008.

MALISKA. Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo Civil: teoria do processo civil. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A Atividade Política da Jurisdição Constitucional Brasileira: algumas dimensões. In: Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Coord. Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. O conteúdo e o alcance do artigo 5º, § 1º,da CF/1988. In: Direito constitucional brasileiro: teoria da constituiçao e direitos fundamentais. Clèmerson

Merlin Clève, coordenador; coordenador assitente Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Juliana Pondé: Acesso à Justiça. In: Clèmerson Merlin Clève.(Org). Direito Constitucional Brasileiro. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. v.2. p. 549-589. 2014

POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e acesso à justiça. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 253-267, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em:<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104/13758>. Acesso em: 02 ago. 2015. doi:http://dx.doi.org/10.5007/15104.

SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In CLÉVE, Clémerson Merlin (coord.). Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. v 1. São Paulo: Revista dos tribunais.

SPENGLER, Fabiana Marion. BEDIN, Gabriel de Lima *O Direito* De *Acesso à Justiça Como o Mais Básico dos Direitos Humanos no Constitucionalismo Brasileiro*: Aspectos Históricos e Teóricos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 129-144, janeiro/junho de 2013. ISSN 1982-0496. Disponível em http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/442/323

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Trotta: Madrid, 2007.

ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. Martins Fontes: São Paulo. 2006.