

O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Carlos Eduardo da Silva Galante¹

RESUMO

O presente artigo expõe uma revisão bibliográfica sobre o Estado Democrático de Direito e o Princípio do Acesso à Justiça como direito fundamental e apresenta suas influências no contexto atual. O tema em apreciação desponta-se bastante pertinente à formação dos operadores do Direito, já que envolve conhecimentos na área de Direito Constitucional e Processual. Trata-se de princípio que, embora largamente debatido por doutrinadores e magistrados, permanece sempre hodierno. Considerando que o Brasil é um país onde grande parte da população possui natureza econômica caracterizada como “pobre” no sentido literal da palavra, há que existir mecanismos para que todas as pessoas tenham acesso à justiça de forma ampla e integral, garantindo-se a isonomia, outro princípio demandado pela Constituição Federal e que contribui para que este país seja reconhecido como um Estado Democrático de Direito. A pesquisa que ora se apresenta pretende estabelecer um paralelo entre a assistência jurídica gratuita, amparada pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 1060/50, e o Princípio Constitucional e Processual do acesso à justiça e sua efetividade dentro do Estado Democrático de Direito como direito fundamental. Para isto o texto se divide em oito capítulos e procurar-se-á demonstrar que, para se ter um Estado Democrático de Direito é fundamental que a Justiça seja proporcionada para todos aqueles que se encontrem em vulnerabilidade social, sem que isso seja carregado de qualquer tipo de discriminação, garantindo a todos aqueles que são pobres conforme a lei o mesmo tratamento jurídico daqueles que podem arcar com todas as despesas que envolvem um processo. Desta forma, restará cumprido efetivamente um dos pilares da justiça, qual seja, o Princípio do acesso à justiça. Serão apresentados no presente trabalho conceitos fundamentais, características e dimensões desse princípio e tentar-se-á demonstrar suas importâncias para a difusão do conhecimento, pois proporcionam interessantes conhecimentos aos operadores do Direito.

PALAVRAS CHAVES: Acesso à justiça, Estado Democrático de Direito, Direito fundamental, Estado, Justiça.

¹Mestre em Direito Internacional pela Universidade San Carlos. Pós-graduado em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Penal e em Direito Civil pelo Instituto Processus. Graduado em Secretariado pela Unesp e em Direito pela Faculdade Processus. Professor de cursos de graduação e pós-graduação.

ABSTRACT

This article presents a literature review on the democratic rule of law and the Access Principle to justice as a fundamental right and has its influences in the current context. The subject under discussion emerges is quite relevant to the training of legal professionals, as it involves knowledge in Constitutional Law and Procedure. It is assumed that, although widely debated by scholars and judges, is always today's. Considering that Brazil is a country where much of the population has economic nature characterized as "poor" in the literal sense of the word, it must be mechanisms to ensure that all people have access to justice in a broad and comprehensive manner, guaranteeing the equality another principle demanded by the Constitution and that contributes to this country to be recognized as a democratic state. The research presented here aims to establish a parallel between the legal aid, based on the Federal Constitution of 1988 and Law 1060/50, and the Constitutional Principle of Procedure and access to justice and its effectiveness within the lawful democratic State as a right fundamental. To this text is divided into eight chapters and will be sought to demonstrate that, to have a lawful democratic state is essential that justice is provided for all those who are socially vulnerable, without this being charged with any discrimination, ensuring that all those who are poor according to the law the same legal treatment of those who can afford all the expenses that involve a process. Thus, remain effectively fulfilled one of the pillars of justice, namely, the principle of access to justice. Will be presented in this study fundamental concepts, features and dimensions of this principle and will be tried to demonstrate their importance to the dissemination of knowledge, they provide interesting insights to legal professionals.

KEY WORDS: Access to justice, democratic rule of law, fundamental Law, State, Justice.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) reverenciou no inciso XXXV de seu art. 5º o chamado Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, também identificado como Acesso à Justiça ou direito de ação. Por este princípio: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"², o que determina, todos têm direito a requerer a Tutela Jurisdicional para amparar direito ameaçado ou conseguir a adequada reparação quando este é ofendido.

Conforme leciona Espíndola³, no direito, enquanto ordem jurídica, os princípios são universalmente reconhecidos como norma de direito, ou seja, são providos de positividade, vinculatividade, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas.

Em outras palavras e acompanhando o raciocínio apresentado, significa dizer que o Princípio do Acesso à Justiça também obriga o Estado, que não pode se resignar a prestar a Tutela Jurisdicional requerida, pois o direito de ação, como toda a ordem jurídica, está intimamente ligado à ideia de Estado. A base desse direito está no fato de ter o Estado, quando de sua organização e do estabelecimento da ordem jurídica, suprimido a possibilidade de defesa, pelo próprio interessado, dos interesses sob a proteção do direito objetivo, ideia que Brandão⁴ resume da seguinte forma:

Vedada, portanto, a autotutela dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, surge o poder-dever de o Estado prestar a jurisdição, ou seja, o poder-dever de dizer o direito ao caso concreto.

Em decorrência da estreita correlação entre o âmbito jurídico e político, constata-se a necessidade de apresentar, ainda que de forma sumária, noções preliminares sobre o Estado e sua evolução ao longo do tempo, enfatizando a forma com que suas repercussões no mundo jurídico comprometem o Princípio do Acesso à Justiça, pois qualquer modificação na "concepção ou na realidade do Estado determina, objetivamente, a

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível: <www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso: 22 fev 2015.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: "novos" direitos e acesso a justiça*. 2. ed. revista e ampliada. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 176.

modificação, transformação, criação ou até a extinção de institutos jurídicos”⁵.

O Estado Democrático de Direito eleva o Princípio do Acesso à Justiça como um dos direitos fundamentais do cidadão, considerado por Dinamarco⁶ como a sinopse de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.

Imperativo, portanto, apresentar o entendimento atual do alcance e significado do Princípio do Acesso à Justiça, avaliando sua evolução histórica paralelamente à do Estado, uma vez que, para entender qualquer instituto jurídico em sua totalidade, é cogente averiguar as razões determinantes de sua instituição e o motivo que levou o poder político a enunciá-lo e garanti-lo⁷.

Também serão apresentados os principais obstáculos a sua concretização, cuja identificação serviu de base para a definição de seu moderno significado.

2. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE O ESTADO

O enfoque inicial deste capítulo passa, necessariamente, pela delimitação conceitual do Estado com a finalidade de compreensão de seu significado legal e doutrinário. A origem romana do termo Estado promana do substantivo latino “*status*”, que advém do verbo “*stare*” que, delimitado significa “estar firme”. Portanto, o vocábulo Estado, sob o enfoque político dado pelo antigo Império Romano nos remete à ideia de estabilidade.

Hermann Heller⁸ assevera que para compreender o que chegou a ser o Estado atual não é necessário acompanhar os seus predecessores até os tempos mais distantes, pois a consciência histórica de que o Estado, como nome e como realidade, é determinantemente característico sob o olhar histórico e sua moderna individualidade não pode ser transladada aos tempos passados.

O próprio termo “Estado”, utilizado para designar um novo tipo de *status* político, surgiu na obra de Nicolau Maquiavel “O Príncipe” durante o Renascimento Italiano, quando o poder disperso entre os senhores feudais centralizou-se nas mãos do príncipe absoluto. Maquiavel, um dos predecessores da ciência política e primeiro sistematizador dos fundamentos do Direito Público moderno, foi o primeiro a inserir a expressão “Estado” na

⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso., op.cit., p. 32.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 373.

⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso., op. cit., 176.

⁸ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 157.

literatura científica em sua consagrada obra “O Príncipe”, publicada em 1513⁹.

A dificuldade em formular um conceito seguro de Estado advém da própria complexidade deste ente possuidor de diversas formas, o que permite uma abordagem sob diversos olhares. Portanto, com o escopo de delimitar o contexto histórico aqui exposto, inicia-se a exposição a partir das origens do Estado moderno e das ideias que a ele correspondem.

O esboço da ideia de Estado, que começa a surgir no século XVI, é resultado do aumento da complexidade da vida em sociedade e do fatal conflito de comandos entre as várias repartições de poder até então existentes que ameaça fragmentar a necessidade de se concentrar o poder nas mãos de um só indivíduo. Com isso, surgem três aspectos inerentes a essa nova forma de agrupamento humano e que irá servir de parâmetro para todos os conceitos de Estado a serem desenvolvidos posteriormente. Trata-se dos aspectos político, social e jurídico¹⁰. Portanto, para se entender de forma ampla o fenômeno estatal, deve-se estudá-lo sob este tríplice aspecto.

Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga estabeleceram um conceito de Estado destacando este tríplice aspecto:

Uma definição abrangente de Estado seria “uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção¹¹.”

Sob o aspecto sociológico, o ente estatal representa a consonância de todas as forças sociais existentes num dado espaço territorial. Sua finalidade consiste em dar segurança e promover o interesse comum dos homens por meio da reunião de todas as suas forças. Portanto, o Estado é uma composição dos ideais de comunhão que ele traz dentro de si.

⁹ “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados...” (MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. São Paulo: Hemus. 1977. p. 11)

¹⁰ Para muitos doutrinadores, a ideia de Estado Moderno surge em 1648 com a chamada paz de Westfália, consubstanciada em dois tratados: Tratado de Munster e Osnabrück. Com a assinatura destes dois tratados, foram fixados os limites territoriais resultantes das guerras religiosas bem como da Guerra dos Trinta anos, movida pela França e seus aliados em face da Alemanha. Superando, em parte, as questões religiosas; estabelecendo-se as questões políticas dos Estados como elemento principal das suas relações. Este novo enfoque, por sua vez, não significa o descarte das questões religiosas que, aliás, ainda encontram-se presentes nalguns contextos.

¹¹ DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: RT. 2007. p. 43

Contudo, para que possa atingir seus ideais, o ente estatal deve apresentar-se aos indivíduos e à sociedade como poder de mando, como governo e dominação. Resumindo este aspecto, o Estado é a sociedade que constrange; é a organização das forças coativas sociais.

Sob o aspecto político, o ente estatal converteu-se a sede do poder político. A partir disso, o poder político passou a ter no Estado a sua expressão mais ativa, estando ambos – Estado e poder político – inseparadamente ligados.

Por essa razão, o Estado transforma-se no poder institucionalizado, que deve sempre garantir a liberdade dos homens, de acordo com os seus desejos legítimos, por meio de regras pré-estabelecidas. Além de garantir a individualidade de cada indivíduo, deve agir no sentido de concretizar o bem público com governo e território próprios.

Darcy Azambuja descreve de forma fulgente o aspecto político do Estado ao estatuir:

O Estado Moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia, sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações¹².

No mesma acepção, a definição de Marcelo Figueiredo:

O Estado é uma organização jurídico-política, formada de povo, território e soberania. Todo Estado é um organismo político. Sob o ângulo jurídico, titular de direitos e obrigações na órbita internacional e interna, fruto de sua criação e de seu direito¹³.

Portanto, o caráter político do Estado, consiste na função de coordenar os grupos e os indivíduos em vista de fins a serem abrangidos, cominada a escolha dos meios adequados. Para atingir esta pretensão é preciso, antes de tudo, identificar as necessidades prevaletentes do povo, considerando-se os anseios de progresso em sentido amplo.

Outra questão importante a ser ponderada na tomada de decisões políticas incide em equilibrar as necessidades dos indivíduos e as da coletividade, de forma que haja a junção do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Sob o aspecto jurídico, o Estado transforma-se numa organização disposta a manter, pela aplicação do direito, as condições universais de ordem social. Converte-se, com isso, em produtor de direito, sujeito de direito e objeto do direito. O Estado deve buscar o

¹² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Ed. Globo. Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre. 1963. p. 6

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. Atlas. 2ed. São Paulo. 2007. p. 42/43

máximo de juridicidade, já que um de seus objetivos fundamentais incide em asseverar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, bem como amortizar a margem de arbítrio e discricionariedade com o fim de garantir a existência de limites jurídicos à ação do Estado.

Com o decorrer dos anos e o conseqüente desenvolvimento das várias teorias que buscavam esboçar um conceito definitivo de Estado, cada vez mais ganha destaque a noção do Estado como ordem jurídica, com a singularidade de que, sendo uma ordem, o Estado vive nela e a ela se subjeta, fazendo com que seja respeitado por todos os indivíduos e sociedades, inclusive pelos demais Estados.

Em sua obra Dalmo de Abreu Dallari evidencia de forma bastante acentuada este aspecto do Estado ao preceituar:

Aí está um dos grandes problemas do Estado contemporâneo: ele existe em função dos interesses de todos os indivíduos que o compõem, e para o atendimento desses interesses busca a consecução de fins gerais; visando atingir esses objetivos, ele exerce um poder que pretende alcançar o máximo de eficácia, sobrepondo-se a todos os demais poderes e submetendo até aqueles que lhe dão existência; ao mesmo tempo, é a expressão suprema da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio¹⁴.

A força predominante do Direito na formação do Estado consiste no fato dele permitir, na comunidade de pessoas, transpor da simples coexistência à coesão convivencial e modificar o poder, de mera situação fática à sua institucionalização.

3. O ESTADO MODERNO E O CONTRATO SOCIAL: VISÃO JURÍDICA E CONTEXTUAL.

O conceito de Estado Moderno não é unânime, mas se presta a descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até fins do século XVIII ou início do século XIX¹⁵.

Diversas teorias tentam explicar e justificar a origem do Estado, entre elas a do contrato social, que, para o escopo deste trabalho, manifesta-se a mais apropriada, pois institui ao mesmo tempo a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 48/49

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de política*. Trad. Carmem C. Varrialle *et al.* 5. ed. 2 v. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 425.

acordo de vontades, tácito ou expreso, que põe fim ao estado de natureza e dá início à sociedade política¹⁶.

A teoria da origem contratual do Estado auferiu relevo a partir do século XVII com a aquilatação do homem em razão do surgimento dos ideais humanistas. A visão contratualista do Estado teve como principais precursores Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Em sua obra “Leviatã” (1561), Hobbes depreende que para que se traga paz e estabilidade para a sociedade é preciso que se crie um Estado provido da espada, armado, para coagir os homens ao respeito mútuo. Nesse contexto, o Estado se torna condição de existência da sociedade.

Sem a existência de um Estado forte e infundável, onde o soberano deva governar pelo temor imposto aos seus súditos, uma vez que, sem medo ninguém abriria mão de toda liberdade que naturalmente possui, a propensão seria no sentido de que os homens se matassem uns aos outros.

Ao firmar o contrato social, o individuo abdica ao seu direito de natureza, de guerrear com todos, dando ao soberano o direito de proteger a sua própria vida. Caso o soberano não consiga alcançar este objetivo, o súdito não lhe deve mais obediência, podendo desfazer com o pacto anteriormente firmado, uma vez que esvaece a razão que leva o súdito a obedecer. Essa possibilidade de desfazimento é chamada de “*verdadeira liberdade do súdito*”.

A Teoria Contratualista do Estado é avaliada pelos teóricos como aquela de menor consistência das teorias criadas para se tentar explicar a formação do Estado.

Um dos elementos mais essencial da doutrina contratualista é o "estado de natureza", situação da qual o homem teria saído ao associar-se com os outros homens¹⁷ e na qual, segundo Hobbes, todo homem teria a liberdade de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indicassem como meio adequado para a preservação de sua própria vida:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim¹⁸.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 31.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de política*. 5. ed., p. 273.

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro et Maria Beatriz Niza da Silva. 4. ed. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 78.

O estado de natureza, como pronunciado por Hobbes, é explicado negativamente pela ausência de um poder legal constituído, capaz de controlar e obrigar os membros da sociedade. Sua característica básica, portanto, é a ausência do monopólio legal da força.

Por esse motivo, o estado de natureza é um estado de equidade em que a superioridade física ou intelectual não adjudica especial direito ao poder, podendo compensar-se no plano dos acontecimentos; é também um estado de liberdade, onde liberdade corresponde a uma condição de independência, ao domínio de si próprio. No estado de natureza não há soberanos nem súditos, senhores ou servos, mas apenas uma força eternamente potencial e em estado difuso¹⁹.

Em decorrência, a condição do homem é a de guerra de todos contra todos, pois todo homem tem direito a todas as coisas, inclusive aos corpos dos outros, e cada um é governado por sua própria razão, visando resguardar sua vida contra seus inimigos²⁰.

É então que brota a figura do Estado, que nasce da dissolvência das comunidades primitivas fundadas sobre os vínculos de parentesco e consente a formação de comunidades mais amplas resultantes da junção de vários grupos familiares, por razões de sobrevivência interna (sustento) e externa (defesa). O surgimento do Estado significa a transposição da idade primitiva, que ocorreu gradativamente, transpondo o homem selvagem e bárbaro, a um homem civilizado, onde civil tem o significado de “cidadão” e “civilizado”²¹.

Para efetivar seu objetivo, Hobbes afiançava que o Estado deveria ter um poder absoluto²² e ninguém poderia avaliar o soberano, pois este se confunde com o próprio Estado. O soberano está acima da lei, caso estivesse submetido às leis da República haveria uma força acima do próprio Estado que o enfraqueceria, sendo, portanto, incompatível com as pretensões dos indivíduos ao ajustarem entre si o contrato social. Pelo mesmo motivo, Hobbes era contrário a separação dos poderes do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário.

Contando com poderes absolutos, o soberano de Hobbes não se obriga ao julgamento de seus súditos e muito menos perde seus poderes caso se abstenha de proteger a vida de determinada pessoa. A única consequência que poderia haver neste caso, seria que, a pessoa desprotegida e desamparada, e apenas ela, não mais deveria obediência ao soberano²³.

Dessa maneira, o contrato social Hobbesiano não compeliaria o Estado a asseverar o Acesso à Justiça aos seus súditos, apenas os livra de suas obrigações jurídicas para

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de política*. 5. ed., 2v. p. 275.

²⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4. ed., v.1. p. 75-78.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 12. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p.73.

²² BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos" direitos e acesso a justiça*. p. 45.

²³ WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 6 ed. v. 1. São Paulo: Ática, 1995. p. 70.

com o Estado no caso de sua omissão.

Contudo, não é da natureza humana a abdicação absoluta da sua própria liberdade individual e devido a isso nasce a questão dos direitos naturais, os quais, segundo John Locke, o homem já carregava consigo quando do estabelecimento da sociedade civil. Dessa forma, o contrato social constitui-se não apenas na resignação da pessoa ao poder político, mas também na instituição de limites a esse poder, que não poderia descumprir os direitos naturais²⁴.

Streck explica o entendimento de Locke:

Por outro lado, para John Locke, a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, mediada por este Contrato Social, se fará para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais dos indivíduos, presentes no Estado de Natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano. Assim, o conteúdo do Contrato Social será constituído pelo conjunto de direitos naturais presentes no EN, os quais irão traçar os limites do poder soberano no Estado Civil²⁵.

No estado de natureza os homens já eram providos de razão e usufruíam da propriedade, que no entendimento de Locke apontava concomitantemente a vida, a liberdade e os bens. Sendo sua existência precedente à sociedade, tais direitos não poderiam ser infringidos pelo Estado²⁶.

O contrato social de Locke em nada se parece ao de Hobbes, no qual os homens acordam entre si um pacto de sujeição visando a preservação de suas vidas através da transferência da força coercitiva da comunidade a um terceiro - homem ou assembleia, permutando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens acordam livremente em desenvolver a sociedade civil para salvaguardar e fortificar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor salvaguardados sob a proteção da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político singular. Dessa forma, a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil (Locke não discerni entre ambas) se opera quando, através do contrato social, os indivíduos singulares dão sua aprovação integral e absoluta para a entrada no estado civil²⁷.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. p. 35.

²⁵ *Ibid.*, p. 36.

²⁶ WEFFORT, Francisco C., op. cit., p. 85.

²⁷ WEFFORT, Francisco C., op. cit., p. 86

Quando se implementa a transposição do estado de natureza para a sociedade política ou civil, concebe-se um corpo político único, munido de legislação, de judicatura e da força condensada da comunidade e seu objetivo basilar é a conservação da propriedade e a proteção da comunidade tanto dos perigos internos quanto das invasões estrangeiras. Consolidado o estado civil, a fase seguinte é a designação pela comunidade de uma determinada forma de governo no qual a totalidade do contrato originário renuncia lugar ao princípio da maioria, predominando a decisão majoritária e, concomitantemente, acatados os direitos da minoria, pois, no entendimento de Locke, qualquer que seja a sua forma, "todo o governo não possui outra finalidade além da conservação da propriedade".

Elucidada a forma de governo, compete da mesma maneira à maioria eleger o poder legislativo, que Locke, outorgando-lhe uma superioridade sobre os demais poderes, intitula de poder supremo. Ao legislativo se sujeitam tanto o poder executivo, delegado ao príncipe, como o poder federativo, incumbido das relações exteriores (tratados, alianças, guerra e paz). Subsiste uma notória separação entre o poder legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo, de outro lado, os dois últimos podendo, ainda, ser desempenhados pelo mesmo magistrado²⁸.

Conforme ensinamentos de Streck e Morais²⁹, foi com Montesquieu e seu *De L'Esprit des Loix* (1748) que surgiu a ideia de uma tripartição - Executivo, Legislativo e Judiciário - de funções como "poderes" independentes entre si, condição fundamental para a existência do Estado de direito". Montesquieu confiava que a liberdade política é consequência de uma distribuição equitativa dos três poderes³⁰.

No que corresponda às relações entre o governo e a sociedade, Locke assevera que, quando o executivo ou o legislativo descumprem a lei estabelecida e aviltam contra a propriedade, o governo deixa de cumprir o fim a que fora estabelecido, tornando-se ilegal e corrompendo em tirania, o que proporciona ao povo o direito de evocar a força para depor o governo³¹. O contrato social de Locke meramente legitima o Estado enquanto defensor da propriedade (vida, liberdade e bens) e zelador da comunidade contra os perigos internos e invasões estrangeiras, pois assegura ao povo o direito de resistência ao exercício ilegal do poder, que ocorre quando o Estado deixa de efetivar o fim para o qual fora destinado.

²⁸ WEFFORT, Francisco C., op. cit., p. 87.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. p. 64.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.184-196.

³¹ WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 6 ed. v.1. São Paulo: Ática, 1995. p. 87-88.

O contratualismo não é somente uma teoria sobre as origens da sociedade e do poder político e, conseqüentemente, sobre a natureza racional do Estado. Na história moderna, o contrato é também um fato histórico, ou seja, parte constituinte de um processo político que leva ao constitucionalismo e, em especial, à inevitabilidade de estabelecer o poder do Governo através de um documento escrito que estipule os respectivos e recíprocos direitos-deveres³².

As constituições são os documentos que reproduzem o contrato social entre o Estado e a sociedade, e um dos direitos mais destacados nelas proclamado é o do acesso a uma Ordem Jurídica Justa, a qual só pode existir por meio da delimitação do poder do soberano. O avanço do Estado moderno até o atual Estado Democrático de Direito trouxe repercussões no conceito de Acesso à Justiça e nas relações entre o Estado e a sociedade, especialmente quanto à concretização dos direitos e garantias individuais.

4. O ESTADO CONTEMPORÂNEO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bobbio³³, procedendo de um olhar histórico para elucidar o Estado Contemporâneo, observa que, a partir da segunda metade do século XIX, houve uma sucessiva integração do Estado político com a sociedade civil, que culminou por modificar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração.

As variadas circunstâncias que estimularam a modificação do Estado moderno em Estado Contemporâneo foram, entre outras: a organização do capitalismo com a transformação da livre concorrência de mercado; a racionalidade do poder legal, compreendido como modo de transmissão de comando concreto; a "questão social", cujos movimentos sociais despontaram a partir da segunda metade do século XIX, pegando de surpresa a burguesia; e, ainda, as novas convicções que transformaram o pensamento político³⁴.

Já Pasold³⁵, por sua vez, atuando com o referente "discurso constitucional", recomenda que o surgimento do Estado Contemporâneo iniciou na segunda década do Século XX, em 1917, com a Constituição Mexicana, efetivando-se, logo após, em 1919, com a Constituição Alemã de Weimar.

³² BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de política*. 5. ed., 2v., p. 281.

³³ BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de política*. 5. ed., 2v., p. 401.

³⁴ *Ibid.*, p. 401-406.

³⁵ PASOLD, Cesar Luiz Pasold. *Função social do estado contemporâneo*. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p 57.

Uma das características do Estado moderno foi a constatação dos direitos individuais (direitos de expressão, liberdade religiosa, locomoção, associação, voto, etc.) no ordenamento constitucional:

Lembro que o grande avanço do Estado moderno foi o de estabelecer um ordenamento constitucional, no qual os Direitos Individuais estavam devidamente especificados e consagrados como "anteparos" aos abusos do Estado anterior, no qual reinava o absolutismo e predominava a vontade e os apetites do soberano, personificado no Rei ou no Imperador, em detrimento dos legítimos anseios e necessidades do Povo³⁶.

Esses direitos fundamentais de primeira geração consistiam em uma limitação ao poder do Estado, largando fora de seu alcance um núcleo inflexível de liberdade ao estipular uma baliza entre o que é lícito fazer e o que não é. Esses direitos-liberdades passam a ser garantidos pela ordem jurídica, pois uma vez reconhecidos, compete ao Estado reconstruí-los coercitivamente quando forem descumpridos, ainda que o violador seja seu próprio agente ou órgão. A garantia de recorrer ao Judiciário é um direito subjetivo em si mesmo, um "direito- garantia" que não é um direito natural, uma vez que depende da existência de uma organização política, o Estado, para ser executada³⁷.

O Estado Contemporâneo, além de manter celebrizados os direitos individuais aceitos pelo Estado moderno também introduz como direitos fundamentais os direitos sociais e os direitos coletivos. Para endossar a efetiva realização desses direitos de segunda e terceira geração, assegura e regulariza a intervenção do Estado nos domínios econômicos e social³⁸.

Durante o tempo em que os direitos fundamentais demonstravam a habitual tutela das aclamadas liberdades burguesas - liberdade pessoal, política e econômica -, as quais constituíam um obstáculo contra a intervenção do Estado, os direitos sociais retratavam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. Os direitos fundamentais são a garantia do *status quo* de uma sociedade burguesa desassociada do Estado, e os direitos sociais, ao contrário, são *a priori* imponderáveis, mas hão de ser sempre obedecidos quando aflorarem do contexto social e representam o meio por onde a sociedade ingressa no Estado, alterando a sua estrutura formal³⁹.

³⁶ PASOLD, Cesar Luiz Pasold. *Função social do estado contemporâneo*. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.p.128.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31.

³⁸ PASOLD, Cesar Luiz Pasold., op. cit., p. 57.

³⁹ BOBBIO, Norberto. et al. *Dicionário de política*. v. 1., p. 401.

A compreensão substancialmente individualista dos direitos fundamentais ao longo dos séculos XVIII e XIX fez com o que o acesso à justiça adotasse o sentido de simplesmente formal de ajuizar uma ação e nela se defender. Esse conceito foi sendo dilatado na passagem do Estado moderno para o Estado Contemporâneo, quando o acesso à justiça deixa de ter somente o conteúdo de prestação negativa, um direito subjetivo de recorrer ao judiciário para recompor um direito ofendido, mas passa a ser também a faculdade de reivindicar do Estado uma prestação positiva, objetivando a concretização dos direitos sociais.

5. O ESTADO DE DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA

O termo Estado de Direito (*Rechtsstaat*) foi inventado no século XIX, pelos juristas alemães Robert Von Mohl e Lorenz Stein⁴⁰ prestando para indicar e comprovar uma forma de organização política concreta, interpretada pela monarquia com base na dupla legitimidade, monárquica e representativa, ainda distante de qualquer aspiração democrática. A utilização desta expressão acabou por se universalizar, podendo-se asseverar que seu conteúdo é congênere ao de Estado constitucional⁴¹.

Na lição de Canotilho⁴², o Estado de Direito consistiria num produto da cultura ocidental, uma forma de organização jurídica e política restringida aos Estados que gradativamente foi sedimentando em um determinado arquétipo jurídico, político, cultural e econômico alicerçado no entendimento sobre princípios e valores que, no seu conjunto, constituem a chamada juridicidade estatal. As dimensões fundamentais desta juridicidade são: governo de leis - e não de homens - gerais e racionais; organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes; primado do legislador; garantia de tribunais independentes; concordância de direitos, liberdades e garantias; pluralismo político; funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controle; e o exercício do poder estatal através de instrumentos jurídicos constitucionalmente estipulados.

Como resultado da cultura ocidental, a ideia de um Estado dominado pelo direito consolidou-se progressivamente nos Estados ocidentais de acordo com as conjunturas e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra solidificou-se a ideia de *rule of law* "império do direito". Na França

⁴⁰ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 248

⁴¹ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed. (ano 2003), 4ª tir. rev. amp. Curitiba: Juruá, 2006. p. 212-213.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. 1.ed. Lisboa, Portugal: Gradiva Pub, 1999. p. 7.

apareceu a exigência do Estado de legalidade (*État légal*). Dos Estados Unidos apareceu-nos à exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado adstrito a uma constituição. Na Alemanha erigiu-se o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), ou seja, um Estado submetido ao direito⁴³.

A receita alemã do *Rechtsstaat* faz o uso de algumas das ideias fundamentais já alçadas na Inglaterra, Estados Unidos e França, mas adiciona-lhe outras dimensões. O Estado dominado pelo Direito está juridicamente cingido à autonomia individual, e é essa autonomia individual que explica alguns dos pressupostos basilares do Estado de Direito de inspiração germânica, pois este deve apresentar-se como um Estado liberal de Direito em contrariedade à ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de arcar como tarefa própria a felicidade dos seus súditos. O Estado de Direito se evidencia pelos seus limites, confinando sua ação à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais — a liberdade e a propriedade — derivavam do respeito a uma esfera de liberdade individual e não a uma declaração de limites firmada pela vontade política da nação. Entende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos estava submetida à existência de uma lei do parlamento⁴⁴.

Em acurada relação com os limites do Estado, Canotilho conceitua o Estado de Direito como sendo “um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo Direito”⁴⁵, ao mesmo tempo em que o Estado de Direito tem como fundamentos a legitimidade do governo e das instituições políticas, a legalidade dos atos da administração e o controle judiciário quanto à aplicação da Lei⁴⁶.

Já Bobbio⁴⁷ enuncia que a progressiva integração do Estado político com a sociedade civil, a partir da segunda metade do século XIX, modificou a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração, organizando a estrutura do Estado de Direito da seguinte forma:

- 1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes.
- 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade e concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.
- 3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes., op. cit., p. 7.

⁴⁴ *Ibidem.*, p.7 - 9.

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 7.

⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de direito político*. Uberaba: Forense, 1978. p. 47.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. et al. *Dicionário de política*. v. 1., p. 401.

as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.

4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder.

A lição de Cruz⁴⁸ destaca os fundamentos do Estado de Direito:

a) O Império da Lei - (...) supõe que as decisões da autoridade sejam tomadas por conta da aplicação de regras gerais e impessoais. A lei, elaborada de forma despersonalizada, é quem habilita as autoridades para atuarem, ao mesmo tempo em que limita seu âmbito de ação;

b) Controle da autoridade - A submissão à lei não depende da vontade daqueles que estão no poder. A existência de diversos centros de poder, em virtude do princípio da separação dos poderes possibilita um controle recíproco entre eles. (...);

c) Direitos do homem e do cidadão - Como traço material do Estado de direito, destaca-se a existência de alguns princípios que devem ser obedecidos quando da criação das leis e do exercício da autoridade pública. Estes princípios se resumem, fundamentalmente, no respeito aos direitos do homem e do cidadão, considerados inalienáveis.

De uma maneira simplista, pode-se então entender o Estado de Direito a partir da estrutura estatal em que o poder público é definido e limitado por leis, as quais devem ser impelidas a todos, inclusive ao próprio Estado. Outras características essenciais são: a separação dos poderes, que assegura a interdependência dos poderes por meio da aplicação do sistema de freios e contrapesos; e a observância dos direitos fundamentais.

6. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA

A doutrina de Cruz⁴⁹ constata que os termos Estado de Direito e Estado Democrático de Direito não são exatamente trocáveis, pois durante muito tempo os Estados de Direito Constitucionais não foram Estados Democráticos. Igualmente diz que não é difícil

⁴⁸ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed., p. 213.

⁴⁹ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed., p. 214.

idealizar situações nas quais a vontade popular possa se utilizar de decisões contrárias aos direitos do homem. Devido a isso é que a qualificação de Estado Democrático de Direito pressupõe um equilíbrio entre os princípios em constante tensão, tendo, por um lado, o caráter determinante da vontade popular e, por outro, a garantia de direitos ou situações jurídicas fundamentais do indivíduo, invioláveis, inclusive, por esta vontade.

Consta do art. 1º da CRFB/88 o seguinte texto: "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (...) ⁵⁰". Sobre o disposto no art. 1º da CRFB/88, Miguel Reale faz o seguinte comentário:

“Os que leram a Constituição de 1988, ou tiveram notícia certa dela, sabem que a Assembleia Nacional Constituinte abandonou a tradicional expressão Estado de Direito, optando pela designação Estado Democrático de Direito. Cabe, por conseguinte, indagar, preliminarmente, da razão pela qual se julgou necessário acrescentar o adjetivo "Democrático" ao termo "Estado de Direito", consagrado pelas demais constituições. Pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos. Poder-se-á acrescentar que, o adjetivo "Democrático" pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. "Estado Democrático de Direito", nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a "Estado de Direito e de Justiça Social". A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 (...)” ⁵¹.

A lição de Canotilho ⁵² alega, muito embora haja quem não veja com boas intenções a associação de Estado de Direito com a democracia e não falte mesmo quem considere antinômicos seus valores e princípios, o fato é que, mesmo que o Estado de Direito desempenhasse, e ainda desempenha bem as exigências que o constitucionalismo impôs

⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.*

⁵¹ REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1999. 115 p.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. 1.ed., p. 10.

alusivamente à limitação do poder político, alguma coisa lhe falta: a legitimação democrática do poder. O Estado Constitucional deve estruturar-se como Estado Democrático de Direito, ou seja, como uma ordem de domínio reconhecida pelo povo. A conexão do direito e do poder no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. Dessa forma, no conceito de Estado Democrático de Direito associa-se o ideal democrático ao Estado de Direito, onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.

Os ensinamentos de Streck e Bolzan de Moraes⁵³ ressaltam que os princípios do Estado Democrático de Direito seriam os seguintes:

A - Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B - Organização democrática da sociedade;

C - Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;

D - Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;

E - Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;

F - Divisão de Poderes ou de Funções;

G - Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

H - Segurança e certeza jurídicas.

Em consequência desses princípios, tendo por um lado o caráter determinante da vontade popular e de outro, a garantia de direitos e de situações jurídicas fundamentais do indivíduo, intangíveis inclusive por essa vontade, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, "há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário".

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed., p. 93.

7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS DO ESTADO

Independentemente de qual seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações - ele só pode ser criado nos dias atuais como Estado constitucional. O constitucionalismo buscou justificar um Estado submetido ao direito, regido por leis, sem a mixórdia de poderes⁵⁴.

Os termos Estado de Direito e Estado Democrático de Direito abrigam a vontade constitucional de afeiçoar a comunidade política de acordo com os fundamentos citados anteriormente, que são: o império da lei como regra geral; a separação dos poderes e o respeito aos direitos fundamentais. O respeito pela liberdade e pela propriedade foi uma característica crucial do Estado Constitucional durante grande parte do seu desenvolvimento. A inserção progressiva do Princípio Democrático reuniu outra característica: a lei deve ser não só uma regra geral, mas também a expressão da vontade da comunidade, elaborada por representantes livremente escolhidos por todos os cidadãos⁵⁵.

A principalidade da vontade popular imagina que as decisões desta vontade sejam vinculantes para os poderes públicos e para os cidadãos. Mas o respeito ao Estado de Direito determinam alguns limites à expressão da vontade popular, que deve apresentar-se de acordo com os procedimentos que assegurem uma efetiva participação e um suficiente conhecimento, por parte dos cidadãos, destes limites formais. Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana também devem ser respeitados, o que caracteriza limites materiais. A Constituição democrática surge, então, como instrumento para tornar propício o império da vontade popular e as garantias do Estado de Direito, determinando os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, a organização dos poderes e a previsão de procedimentos que consolidam os parâmetros para a manifestação da vontade popular⁵⁶.

Hesse⁵⁷ por seu turno destaca que:

A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de., op. cit., p. 98.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed., p.214.

⁵⁶ *Ibidem.*, p.215.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. Título Original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. p. 37.

Os direitos naturais, avalizados por John Locke como direitos preparativos ao poder político, passaram a ser aceitos pelo ordenamento jurídico estatal e a necessidade de salvaguardá-los provocou a sua constitucionalização, o que sugere a "incorporação dos direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, reduzindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário"⁵⁸. Os direitos fundamentais transformaram-se em "direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meio de instrumentos estabelecidos pela própria constituição"⁵⁹.

A presença de princípios nos ordenamentos jurídicos contemporâneos deriva de exigências histórico-políticas que podem ser encontradas na tentativa de modificar as consequências maliciosas geradas pelo Estado Legal de Direito trazido a seu fastígio, ou seja, pelo surgimento dos regimes totalitários na primeira metade do século passado, o que acarretou a necessidade de instituir limites ao poder legislativo. Esses limites foram manifestados nas constituições, as quais, por serem cartas de ordenação dos poderes políticos, nas quais os direitos fundamentais surgiam como normas programáticas, passaram ao final da segunda guerra mundial a ter força normativa. Isso acarreta levar os direitos fundamentais a uma fiel observância, aparecendo a exigência de se ter que operar com essa nova espécie normativa⁶⁰. Entre os direitos fundamentais constitucionalizados encontra-se o de acesso à justiça, cujo conceito e significado evoluiu junto ao do Estado Democrático de Direito.

8. A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

O significado jurídico do acesso à justiça sofreu várias modificações ao passar dos anos. Essas modificações ocorreram e ocorrem devido a influências filosóficas, sociológicas, políticas e econômicas que acompanham o desenvolvimento da sociedade e do Direito. Não se pode afirmar com exatidão o significado do termo acesso à justiça, pois esta expressão tem tomado o contorno de um direito social básico nas sociedades modernas em que se busca assegurar o princípio da igualdade de todos na busca de direitos⁶¹.

Fundamental para o entendimento do tema é a leitura atenta da obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryan Garth intitulada *Acesso à justiça*, pois nessa estão anotadas as duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.378.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed., p.153.

⁶⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas, SP: Millennium, 2007. p. 31.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002., p. 15.

direitos e/ou resolver seus litígios sob o amparo do Estado: a) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; b) o sistema deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos⁶².

Cappelletti e Garth escrevem a evolução do conceito de Acesso à Justiça descrevendo os seus primórdios da seguinte forma:

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. 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*⁶³.

A partir da obra de Cappelletti, o conceito de acesso à justiça recebeu várias conotações. Nos ensinamentos de Cinthia Robert e Elida Séguin (2000), não é apenas o acesso aos Tribunais, representado pela figura do Juiz, é, sim, e principalmente, o acesso ao Direito satisfatório. E, nesse aspecto, a Defensoria Pública é a instituição responsável por sua efetivação.

Ainda, acesso à justiça não é o simples acesso aos órgãos Poder judiciário e num conceito mais abrangente, significa o acesso a uma ordem jurídica justa, dotada de valores e de direitos fundamentais. O acesso à justiça deve levar em conta aparatos materiais, assim como instrumentais, com o aprimoramento na forma de prestação pelo Estado, além de meios processuais necessários para concretizar a justiça. E nesse sentido:

Nessa perspectiva, a expressão acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio

⁶² Ibidem., p. 8.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.*, p. 9.

Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas também proporcionar a realização da justiça aos cidadãos⁶⁴.

Quanto ao contexto histórico e a evolução do conceito teórico de acesso à justiça, pode-se dizer que houve importante transformação. Anteriormente, nos Estados Liberais, o que prevalecia era a vontade dominante de alguns que pregavam uma filosofia essencialmente individualista dos direitos e o acesso à justiça possuía uma conotação meramente formal, manifestando-se pela possibilidade subjetiva de o interessado propor ou contestar uma ação. Não havia qualquer participação do Estado nessa iniciativa, o qual assumia uma postura passiva⁶⁵.

O advento do desenvolvimento industrial e a economia voltada para o mercado, com produção em massa de bens de consumo, proporcionaram o surgimento de desigualdades sociais mais evidentes. O Estado, diante desse novo contexto, passou a adotar uma postura mais intervencionista, realizando obrigações positivas, buscando minimizar os efeitos negativos das desigualdades e promovendo o bem-estar de todos. O cenário daquele momento apontava para uma constatação interessante. A garantia de tratamento igual perante a lei se apresentava insuficiente para promover a justiça, dadas as enormes diferenças das pessoas frente aos fatos. Neste momento histórico, o Estado buscou fornecer instrumentos para suprir as situações de desigualdades e desta forma, tentou superar a desigualdade de fato para alcançar a igualdade de direito⁶⁶.

Os anos se passaram e o Estado constatou a necessidade de atuar positivamente para assegurar os direitos básicos da população, incluindo no caso, o acesso à justiça, visto do ponto de vista dos direitos fundamentais básicos. Nesse contexto:

O direito ao acesso efetivo à justiça 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 o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos⁶⁷.

⁶⁴ CICHOCKI, José Neto. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1999. Cit., p. 61.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*., p. 9.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo et al. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, Cit., p. 130-135.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*., p. 11.

A leitura de vários institutos sobre o tema leva a observar algo em comum a todos: a constatação de que o conceito de acesso à justiça evoluiu concomitantemente à evolução do Estado.

O contexto atual faz com que o conceito de acesso à justiça remeta a ideia de ordem jurídica justa, de plenitude da cidadania, de acesso à informação e à orientação jurídica, bem como o acesso a todos os meios alternativos de composição de conflito. Para que se tenha acesso à justiça é necessário que as partes processuais sejam tratadas de igual forma, sendo garantido a cada uma o devido processo legal, bem como um julgamento imparcial, em que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada e eficaz. Nota-se, portanto, que o direito de acesso à justiça está diretamente interligado ao princípio da igualdade, em que se busca a efetivação de um processo justo em igualdade de condições.

Conquanto o Acesso à Justiça denotasse um direito natural do cidadão, o Estado adotava um posicionamento passivo em relação a questões concatenadas com a sua real efetividade, apenas o aspecto do acesso formal aos tribunais era favorecido e o estudo jurídico prosseguia estranho aos problemas reais dos foros, norteando-se em situações hipotéticas, sem dar importância à concretização de um sistema jurídico que tornasse efetiva a prestação da tutela jurisdicional. Nessa seara, a existência do Acesso à Justiça poderia ser constatada unicamente pelo direito das partes em propor e contestar uma demanda judicial, alcançando apenas aqueles que tivessem disponibilidade de recursos para se usufruir efetivamente da prestação da tutela jurisdicional.

Essa atitude começou a alterar à medida que o conceito de Direitos Humanos foi alterado pelo crescimento em tamanho e complexidade das sociedades modernas. As convivências e as ações começaram a assumir um caráter mais coletivo do que individual, fazendo com que as sociedades modernas largassem para trás o olhar individualista dos direitos⁶⁸.

Essa movimentação dos Direitos na acepção mais coletiva fez-se no sentido de aceitar os direitos e deveres sociais dos indivíduos, associações, comunidades, e governos. Esses novos Direitos Humanos passaram a ser considerados necessários para se tornarem acessíveis a todos os direitos que antes eram proclamados. Dentre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, e à segurança material, sendo que a atuação positiva do Estado tornou-se fundamental para asseverar o exercício de todos a esses direitos sociais básicos⁶⁹.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.*, p. 10.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.*, p. 11.

Essas transformações se repercutiram na questão do direito ao acesso efetivo à justiça, gradativamente reconhecido como sendo de suma importância para os novos direitos individuais e sociais, já que a titularidade de direitos é destituída de sentido na insuficiência de mecanismos para sua efetiva exigência. O Acesso à Justiça pode, portanto, ser considerado como o requisito fundamental — aquele tido como o mais básico dos Direitos Humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que almeje garantir e não apenas proferir os direitos de todos⁷⁰.

9. CONCLUSÃO

O acesso à justiça deve ser compreendido como o mais básico dos direitos humanos. Deve ser entendido não apenas como o acesso ao Poder Judiciário, mas sim à ordem justa. A viabilidade desse objetivo depende dos obstáculos a serem transpostos. A concretização do acesso à justiça deve ser vista como um meio indispensável para a efetiva consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, uma vez que se trata de direito fundamental básico, sem o qual a ordem jurídica não cumprirá seu dever. Acesso à justiça tem significado de direito social básico nas sociedades modernas, em que se busca assegurar o princípio da igualdade de todos na reivindicação de direitos.

O presente trabalho tratou de esmiuçar as características do Estado e em especial, constatou que o Estado Democrático de Direito se caracteriza pelas normas democráticas que possui e por ter seus direitos e garantias fundamentais respeitados pelas autoridades públicas. Ainda, sabe-se que o Brasil é estabelecido como um Estado Democrático de Direito, de acordo com o Art. 1º da Constituição Federal. O princípio do Acesso à Justiça, garantido constitucionalmente pelo Art. 5º, inc. XXXV, tem como escopo garantir que todos aqueles que necessitem do amparo do Poder Judiciário possam ter acesso ao mesmo sem qualquer restrição ou barreira, seja econômica ou política.

O princípio do Acesso à Justiça busca garantir que aqueles que não possam arcar com todas as despesas processuais (incluindo taxas, custas processuais, perícias, honorários advocatícios, etc.) sem comprometer sustento próprio ou de sua família possam, também, ter acesso à Justiça, de forma equânime, para defender direito seu ou de terceiro. É a justiça para todos os necessitados que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A efetividade do princípio do Acesso à Justiça ainda é uma busca constante e apesar de alguns avanços na área legislativa, como a Lei 9.099/95 que criou os juizados especiais ou, ainda, o inc. VII do art. 3º da Lei 1.060/50, acrescido pela Lei Complementar 132/2009, que

⁷⁰ Ibidem., p. 10 e 11.

isenta os beneficiários da assistência judiciária do depósito prévio, no valor de cinco por cento do valor da causa, para a propositura de ação rescisória, o referido princípio está longe de ter efetividade, uma vez que a situação econômica da parte constitui empecilho para que esta tenha um tratamento equânime, provocando sua desistência à demanda e prejuízo ao seu direito.

Portanto, considerando que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, e que, como tal, tem suas sustentações nas normas democráticas, se faz necessário que direitos e garantias fundamentais sejam respeitados e efetivamente cumpridos pelas autoridades. Considerando, ainda, que os princípios ora estudados constituem direitos e garantias fundamentais, deve-se, para que ratifique o país como efetivamente um Estado Democrático de Direito, ter estes princípios respeitados e efetivados de forma plena. Para tanto, é necessário que a Justiça seja garantida a todos de forma equânime e digna.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: *Centro de estudios políticos y constitucionales*, 2002.

_____. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. Globo. 1963.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Barueri, SP: Manole, 2005. 480 p.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1994.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** 7ª ed. UNB: Brasília. 1999.

_____. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 12ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, 173 p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: "novos" direitos e acesso à justiça**. 2ª ed. rev. e ampl. Florianópolis: Habitus, 2001. 319 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 18 mar 2014.

_____. **Lei nº 1.060, de 05.02.1950**. Disponível em www.planalto.gov.br. Consulta realizada em 18 mar 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas.** in Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 11, jan-jun 2006. p. 135-141.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** 2ª ed. atual. e ampl. Campinas, SP: Millennium, 2007. p. 239-249.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito.** 1ªed. Lisboa, Portugal: Gradiva Pub, 1999. p. 81-85.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522-1530 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **La dimensione sociale: l'accesso allá giustizia.** Bologna: Il Mulino, 1994.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Processo, ideologias e sociedade.** Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. v. 1.

CICHOCKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça.** Curitiba: Juruá, 1999.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2ª ed. (ano 2003), 4ª tir. rev. amp. Curitiba: Juruá, 2006. 300-304 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** São Paulo: RT. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Princípios e critérios no processo das pequenas causas.** In: WATANABE, Kazuo (Coord). *Juizado especial de pequenas causas: Lei nº 7244, de 7 de novembro de 1984.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

FILARDI, Hugo. **Ação Civil Pública e Acesso à Justiça.** Revista de Processo. São Paulo, n. 133, p. 27-47, mar. 2006. ISSN 0100-1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995

_____. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** Saraiva: São Paulo. 2003.

- HELLER, Agnes. **Una Revisión de la Teoría de las Necesidades**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.
- HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374-378 p.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. 576 p. Título Original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro et. Maria Beatriz Niza da Silva. 4ª ed. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HOUAISS, **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. Versão 4.0.
- MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de direito político**. Uberaba: Forense, 1978. p. 143.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 849-851.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.
- RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título Original: *Justice ET démocratie*.
- REALE, Miguel. **Filosofia e Teoria Política – Ensaios**. São Paulo: Saraiva. 2003.
- _____. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. **A nova Lei 11.488/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da defensoria pública para ações coletivas**. In: _____. (Org.). *A defensoria pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 31.
- WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)**. in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 6 ed. v. 1. São Paulo: Ática, 1995. p. 70.