



JORGE FERNANDO ABRÃO DE ALMEIDA

**UM ESTUDO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA À
LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA — UMA PERSPECTIVA ENTRE
BRASIL E PORTUGAL**

Trabalho realizado sob orientação do
Professor Doutor Gustavo Gramaxo Rozeira

setembro 2021



JORGE FERNANDO ABRÃO DE ALMEIDA

**UM ESTUDO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA À
LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA — UMA PERSPECTIVA ENTRE
BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação de Mestrado em
Ciências jurídico-publicísticas

Trabalho realizado sob orientação do
Professor Doutor Gustavo Gramaxo Rozeira

Tese defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 30 de novembro de 2021, perante o júri seguinte: Presidente: Prof^a Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos (Prof^a. Associada da Universidade Lusófona do Porto); Arguente: Prof^a Doutora Daniela Serra Castilhos (Prof^a Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense); Orientador: Prof. Doutor Gustavo Jorge Gramaxo Rozeira (Prof. Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto).

setembro 2021

É autorizada a reprodução integral desta tese/dissertação apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

À minha avó, Cecília.

À minha mãe, Sonia.

À minha tia, Margareth.

À minha noiva e futura esposa, Isabella.

UM ESTUDO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA — UMA PERSPECTIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Resumo

A pesquisa proposta nesta dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Publicísticas traz percepções sobre o direito do acesso à justiça à luz da dignidade da pessoa humana consoante previsão no ordenamento jurídico brasileiro e português. O estudo investiga questões pertinentes envolvendo a noção de justiça e sua importância na área da filosofia e do direito, notadamente sob o enfoque que foi dado por pensadores como Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls. Como objetivo geral, a dissertação investigou a evolução do direito de acesso à justiça à luz do direito brasileiro e português com vistas ao desdobramento do ordenamento jurídico-constitucional na busca pela efetivação da justiça como direito fundamental, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para debater os pontos mais importantes dessa temática, a pesquisa apresentou a evolução histórica dos direitos fundamentais no contexto da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76) e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) com vistas ao direito de acesso à justiça previsto nas respectivas Constituições. Nesse contexto, é possível identificar como problemática alguns questionamentos, os quais abrangem o apego à aplicação formal do Direito segundo princípios rígidos da lógica e da hermenêutica como obstáculo ao acesso ao direito e à justiça, bem como se os instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica são suficientes para garantir a efetividade do direito de acesso à justiça e se existem fatores de facilitação do acesso à justiça. Como resultado, a pesquisa demonstrou que é preciso ajustar-se a uma nova cultura que vise não apenas à redução da excessiva judicialização, embora seja de extrema valia tais expectativas de redução do acervo de processos que hoje tramitam no Judiciário, mas sobretudo que vise criar condições para que os conflitos de interesses possam vir a ser pacificados por métodos plurais, de forma adequada às suas particularidades, tendo em vista a efetivação do direito fundamental de acesso integral à justiça por métodos apropriados de gestão de conflitos e com uma prestação jurisdicional justa, adequada e em prazo razoável.

Palavras-chave: Direito fundamental; Acesso à justiça; Dignidade da pessoa humana.

A STUDY ON THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE IN THE LIGHT OF HUMAN PERSON'S DIGNITY - A PERSPECTIVE BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Abstract

The research proposed in this master's thesis in Legal Sciences brings perceptions about the right of access to justice in the light of the dignity of the human person, as predicted in the Brazilian and Portuguese legal systems. The study investigates pertinent questions involving the notion of justice and its importance in the area of philosophy and law, notably under the focus that was given by thinkers like Aristotle, Hans Kelsen and John Rawls. As a general objective, the dissertation investigated the evolution of the right of access to justice in the light of Brazilian and Portuguese law with a view to unfolding the legal-constitutional order in the search for the realization of justice as a fundamental right in respect to the principle of human dignity. To debate the most important points of this theme, the research presents the historical evolution of fundamental rights in the context of the Constitution of the Portuguese Republic of 1976 (CRP / 76) and the Federal Constitution of the Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 88) with a view to right of access to justice provided for in the respective Constitutions. In this context, it is possible to identify as problematic some questions which include the attachment to the formal application of law according to rigid principles of logic and hermeneutics as an obstacle to access to law and justice, as well as whether the instruments provided by the legal system are sufficient to guarantee the effectiveness of the right of access to justice and whether there are factors that facilitate access to justice. As a result, the investigation shows that it is necessary to adapt to a new culture that sees only the reduction of excessive judicialization, such expectations of reducing the collection of lawsuits that are being processed in the judicial process are extremely valuable, but mainly to create conditions for conflicts of interests can be pacified by multiple methods, in a manner appropriate to their particularities, in view of the fundamental guideline of full access to justice through appropriate methods of conflict management and with a fair, adequate and within a reasonable time.

Keywords: Fundamental rights; Access to justice; Dignity of human person.

Sumário

Resumo	5
Abstract	6
Introdução	9
Capítulo 1 – Definição do conceito de justiça - algumas visões de justiça	14
1.1 A justiça na ótica de Aristóteles	16
1.2 A justiça na ótica de Hans Kelsen.....	21
1.3 A justiça na ótica de John Rawls	29
Capítulo 2 – Breve introdução aos direitos fundamentais.....	42
2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais	44
2.2 Conceitos afins dos direitos fundamentais.....	58
2.3 Principais características	67
2.4 Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976	72
2.5 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988	79
Capítulo 3 – O acesso à justiça e os direitos fundamentais sob o enfoque de Cappelletti & Garth.....	89
3.1 O acesso à justiça como um direito fundamental.....	96
3.2 As ondas do movimento de acesso à justiça na visão de Cappelletti	99
3.2.1 A primeira Onda – Assistência Judiciária aos Pobres.....	101
3.2.2 A segunda Onda – Representação dos Interesses Difusos	104
3.2.3 A terceira Onda – O Acesso à Representação em Juízo a uma Concepção Mais Ampla de Acesso à Justiça. Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça.....	107
3.3 A evolução do acesso à justiça nas constituições portuguesas	112
3.4 Análise do art. 20 da CRP/76	116
3.5 A evolução do acesso à justiça nas constituições brasileiras	121
3.6 Análise do art. 5º, XXXV, CFRB/88.....	127
Capítulo 4 – Dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça	131
4.1 Conceito de dignidade da pessoa humana	138
4.2 Dignidade da pessoa humana como regra ou princípio supremo constitucional?.....	144
4.3 Fundamentação e justiça	153
4.4 A dignidade da pessoa humana na CRP/76 e na CRFB/88	163
4.4.1 Na CRP/76	164

4.4.2 Na CRFB/88	168
4.5 O acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana.....	172
Conclusão	178
Referências	186

Introdução

Sob a óptica dos direitos fundamentais, a pesquisa analisa o direito do acesso à justiça à luz da dignidade da pessoa humana consoante previsão no ordenamento jurídico brasileiro e português. No tocante à concepção de justiça, a busca pelo sentido da palavra justiça sempre esteve presente na vida da sociedade, bem antes do momento em que o Estado atraiu para si a administração de dizer o direito aos inúmeros casos que ocorriam em suas diversas camadas sociais.

A palavra justiça encontra muitos significados e, concomitantemente ao desenvolvimento da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais, que reconheceram a existência de funções objetivas, efeitos horizontais e deveres estatais de tutela, o conceito de justiça evoluiu. A filosofia teve relevante papel na tentativa de construir o significado de Justiça, que contou com a participação de inúmeros pensadores sem que se conseguisse, até hoje, obter com exatidão a sua colmatação.

Em uma análise do ponto de vista filosófico, o sentimento de justiça é inerente à própria consciência humana, o que significa dizer que tal faz-se presente no homem comum portador de juízo de valor do bem e do mal, do que é certo e errado. A transgressão desses princípios, que são orientadores da vida humana, gera o conflito, dentre outras instabilidades, e traz, como consequências, a indignação e a busca da restauração por meio do amparo jurisdicional.

De modo geral, a justiça funciona para restaurar o equilíbrio ou a proporção, apoiada no princípio de que se devem tratar casos iguais de modo igual, bem como tratar diferentemente situações distintas, mesmo que tais pensamentos sejam incompletos, porquanto é necessário atentar ao fato de que as pessoas diferem e se assemelham em variados aspectos.

O presente trabalho pretendeu elucidar questões sobre a noção de justiça e sua importância na área da filosofia e do direito, notadamente sob o enfoque que foi dado por pensadores como Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls. Com base na teoria desses jusfilósofos, é possível concluir que a ideia de justiça é complexa porquanto consiste em um aspecto constante, uniforme, ao tratar igualmente casos iguais, e de um mutável ou variável, ao tratar casos iguais ou distintos, dependendo de certa finalidade.

Do mesmo modo, pode-se igualmente afirmar que há leis justas e leis injustas. Outrossim, existe a justiça substantiva e procedimental, que cuida igualmente dos casos iguais e de modo diferente dos desiguais, ainda que seja complexa a tarefa de definir o que são situações distintas, e existe a justiça reparatória ou distributiva, a qual reparte, distribui bens e ônus e repara danos de modo imparcial, condição mínima de qualquer escolha jurídica e legislativa.

O acesso à justiça, sob o aspecto do delineamento acerca do surgimento e do desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso representa nas sociedades modernas, terá, em Cappelletti e Garth (1988) — que já haviam percebido a sua evolução conceitual, comparando-a a uma mudança equivalente ao estudo e ao ensino do processo civil —, os seus mais destacados representantes, cuja construção teórica evolutiva do conceito de acesso à justiça permite compreender a importância da dimensão conceitual que adquire a expressão acesso à justiça nos planos doutrinário e jurisprudencial, quando passa a ser compreendida, também, como o próprio acesso ao Judiciário.

As variadas observações sobre o mérito da justiça motivam uma pesquisa mais profunda sobre tal assunto relacionada à construção teórico-conceitual, muito embora seja um risco conceituar o termo justiça, pelo fato de ser este um dos mais árduos nos âmbitos jurídico, social e filosófico. O presente trabalho visa igualmente discutir alterações

reforçadas na atuação dos agentes do Estado em geral no intuito de que a justiça-instituição torne efetivos os seus verdadeiros propósitos de maior brevidade e eficácia na entrega da prestação jurisdicional.

Dentro desse contexto, é possível identificar alguns questionamentos, os quais abrangem o apego à aplicação formal do Direito segundo princípios rígidos da lógica e da hermenêutica como obstáculo ao acesso ao direito e à justiça, bem como se os instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica são suficientes para garantir a efetividade do direito de acesso à justiça e se existem fatores de facilitação do acesso à justiça, de modo que tais questões demonstram a importância de se debater o assunto.

É considerando essa conjuntura que a pesquisa deve apontar alternativas que auxiliem na construção de uma nova cultura que vise não apenas a redução da excessiva judicialização, embora seja de extrema valia tais expectativas de redução do acervo de processos que hoje tramitam no Judiciário, mas, sobretudo, criar condições para que os conflitos de interesses possam vir a ser pacificados por métodos plurais, de forma adequada às suas particularidades, tendo em vista a efetivação do direito fundamental de acesso integral à justiça por métodos apropriados de gestão de conflitos e com uma prestação jurisdicional justa, adequada e em prazo razoável. Concluída por inteiro tal pretensão, estará cumprido o papel maior da justiça, como instrumento válido e eficaz de pacificação social e verdadeiro ideal de vida, conforme anseiam as pessoas.

A justiça envolta hoje no Estado Democrático de Direito nada mais é do que um puro direito humano universal, enquanto a adequada tutela jurisdicional dos valores e dos direitos fundamentais da pessoa é fator essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, porquanto não se pode conceber a democracia sem a justiça. Como o tema é observável de diversas perspectivas e elementos, é de suma importância verificar a sua evolução no decorrer dos tempos nos ordenamentos jurídicos luso-brasileiro.

A pesquisa tem como objetivo geral investigar a evolução do direito de acesso à justiça a luz do direito brasileiro e português com vistas ao desdobramento do ordenamento jurídico-constitucional na busca pela efetivação da justiça como direito fundamental em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para alcançar o objetivo geral definem-se como objetivos específicos analisar a definição do conceito de justiça segundo algumas visões de justiça, especialmente aquelas propostas por Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls; verificar a evolução histórica dos direitos fundamentais no contexto da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76) e da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 (CFRB/88); examinar o acesso à justiça como direito fundamental nas constituições portuguesas e brasileiras com ênfase nos dispositivos atinentes ao respectivo direito previsto na CRP/76 e na CFRB/88; demonstrar a fundamentação do acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana consoante previsão da CRP/76 e CFRB/88.

A pesquisa tem como proposta um estudo pautado na metodologia da pesquisa de revisão bibliográfica, análise documental, pesquisa empírica e análise jurisprudencial. Para tanto, a construção sistemática sobre o tema tem por base autores que se dedicam à história do direito fundamental do acesso à justiça como uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica, com enfoque no acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana.

Com vistas a atender a esse propósito, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos. O capítulo primeiro analisa a definição do conceito de justiça segundo algumas visões de justiça, especialmente aquelas propostas por Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls. O capítulo segundo verifica a evolução histórica dos direitos fundamentais no contexto da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76) e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88). O capítulo terceiro examina o acesso à

justiça como direito fundamental nas constituições portuguesas e brasileiras, com ênfase nos dispositivos atinentes ao respectivo direito previsto na CRP/76 e na CRFB/88. O capítulo quarto demonstra a fundamentação do acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana consoante previsão da CRP/76 e CRFB/88.

Capítulo 1 – Definição do conceito de justiça - algumas visões de justiça

Na atualidade, a justiça é tida como meio de pacificação social e, por tratar de um direito cuja evolução conceitual encontra na filosofia do direito muitos pensadores que trabalharam o sentido da palavra, devemos estudar sua conceituação, sobretudo jurídica, do que seja justiça, de modo a não demarcar ou conceituar o termo, porque grande é o risco de faltar uma transparência devida, a exemplo das muitas discordâncias que existem na doutrina a tal respeito e da amplitude que o termo alcança. A título de esclarecimento, o termo em estudo é tão adverso e complexo que o próprio Hans Kelsen (1998), em seu estudo sobre o tema, afirmou correr o risco de afirmar o que seria justiça e faltar com a veridicidade.

Em Aristóteles, a noção de justiça é descrita como um modo de agir constante, uma virtude. Ser justo nos faz viver conforme as leis e a equidade. Ser injusto leva à prática de ilegalidades e a desigualdades. Justo pode ser apreendido como aquilo que é capaz de criar, parcial ou totalmente, a felicidade individual em prol da pólis. A justiça não é um meio, mas um fim a ser alcançado, e a felicidade decorre de um viver justo, independentemente dos percalços da vida (Aristóteles, 1991, p. 7).

Aristóteles, em ponderações sobre esse assunto, fundamentava o direito em princípios éticos, considerando que o supremo bem é a felicidade advinda da justiça, mas admitia a escravidão. O conceito de justiça distributiva entre o Estado e o indivíduo foi desenvolvido por ele, levando em conta que “cada um deve receber honras e bens segundo seus méritos”. Para Aristóteles, o homem somente poderia viver dentro do Estado e, dentro deste, admitia a existência de famílias, tribos e aldeias (formas intermediárias). A equidade, na visão aristotélica, era encarada como instrumento de justiça, distinguindo, ainda, os poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário do Estado (Paroski, 2008, p. 152).

Aristóteles desenvolveu, de forma precursora, o sentido de Justiça a partir de uma igualdade proporcional, ou seja, “o dar a cada qual o que lhe pertence”, no que foi seguido por estudiosos mais modernos (Oliveira Neto, 2016, p. 19).

Conforme se nota, prevalecendo severamente, a fórmula de dar a cada um o que é seu, especialmente na sociedade demasiada desigual dos tempos atuais, corroboraria o reino da força e o da esperteza. A justiça residiria em dar ao rico mais haveres e ao pobre a sua penúria, resultantes de desequilíbrios humanos moralmente insustentáveis. O que se pretende, dentro da organização social protegida pelo Estado, é criar uma ordem de equilíbrio, ainda que relativo. E, “como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade” (Ross, 2007, p. 313).

John Rawls, por sua vez, ao tratar da justiça, assim expressa: que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais. Logo, a teoria da justiça como equidade é o resultado deste esforço (Rawls, 2008, p. 441). Já a concepção kelseniana acerca da justiça e do seu problema infere a justiça como uma “ideia irracional” ou racionalmente incognoscível, no sentido da impossibilidade de reconhecimento de uma justiça absoluta para um conhecimento racional (Kelsen, 2011, p. 19).

A ideia de equidade está presente quando se refere à conduta de classes de indivíduos, e não apenas a um deles, para lhes conceder algum benefício ou cobrar algum dever, ou quando é estipulada indenização ou reconstituição decorrente de dano. Ademais, não se pode falar em equidade sem se citar Aristóteles em sua obra “Ética a Nicômaco”, quando o filósofo diz que “‘o justo é equitativo’ e que o fato do equitativo ser justo não equivale ao legalmente justo, mas a uma correção da justiça legal; que a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade” (Aristóteles, 1991, p. 11).

É considerando a evolução do conceito nas suas variadas visões que iremos discorrer sobre a noção de justiça e sua importância na área da filosofia e do direito, notadamente sob o enfoque que foi dado por Aristóteles (idade antiga), Hans Kelsen (século XX) e John Rawls (modernidade, mais exatamente século XX e início do XXI), considerando as variadas observações relacionadas à construção teórico-conceitual, muito embora seja um risco conceituar o termo justiça pelo fato de ser este um dos mais árduos nos âmbitos jurídico, social e filosófico.

1.1 A justiça na ótica de Aristóteles

Para Aristóteles, a justiça pode ser caracterizada como a excelência moral, porque ela é a prática efetiva da moral perfeita, o meio-termo entre os extremos, uma disposição de caráter pelo qual os homens praticam coisas justas, agem de maneira justa e desejam coisas justas. O filósofo ressalta que “[...] a excelência moral, relaciona-se com prazeres e dores; é por causa do prazer que praticamos más ações, e por causa da dor que nos abstermos de ações nobres” (Aristóteles, 1991, p. 32). Na justiça não há antinomias, o que equivale dizer que o homem justo é o que respeita a lei e é probo, ao passo que o injusto é o que não a respeita e é ímprobo. Na justiça aristotélica, é possível encontrar toda a virtude, e ela é a virtude mais perfeita, porquanto corresponde ao uso da virtude completa (Aristóteles, 1991, p. 95).

O significado de justiça como virtude moral é tão importante que chega a afirmar que “o mando revela o homem”, equivalente à proposição “o exercício do poder revela o homem”, pois, na sua visão, ser justo é uma tarefa difícil, que corresponde a fazer o bem ao outro, a fazer a coisa útil ao companheiro, podendo surgir por meio de atos qualificados a produzirem a felicidade do corpo social ou por uma determinada disposição de caráter apta

a tornar as pessoas a agirem em prol do que pode ser considerado justo (Aristóteles, 1991, p. 98).

A justiça, na tese aristotélica, possui uma perspectiva individual com nítidos reflexos no corpo social, sendo uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazerem o que é justo e a desejarem o que é justo, o que significa dizer que “a justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos” (Aristóteles, 1991, p. 107).

Por outro lado, justiça e injustiça são da mesma qualidade, embora suas essências sejam completamente distintas, de modo que “no que toca à justiça e à injustiça, devemos considerar: (1) com que espécie de ações se relacionam elas; (2) que espécie de meio-termo é a justiça; e (3) entre que extremos o ato justo é intermediário” (Aristóteles, 1991, p. 94).

A injustiça, por outro lado, guarda uma relação semelhante para com o injusto, que é excesso e deficiência, contrários à proporção, do útil ou do nocivo. Por esta razão a injustiça é excesso e deficiência, isto é, porque produz tais coisas — no nosso caso pessoal, excesso do que é útil por natureza e deficiência do que é nocivo, enquanto o caso de outras pessoas é equiparável de modo geral ao nosso, com a diferença de que a proporção pode ser violada num e noutro sentido. Na ação injusta, ter demasiado pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente (Aristóteles, 1991, p. 107).

No tocante à manifestação, a injustiça pode se revelar no comportamento de determinada pessoa que leva desmerecidamente o sofrimento a terceiro, ou na prática de ilegalidade, que pode não atingir uma pessoa específica. A injustiça é a disposição que leva pessoas a agirem injustamente e a desejarem o que é injusto.

A justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei; e a lei existe para os homens entre os quais há injustiça, pois a justiça legal é a discriminação do justo e do injusto. E, havendo injustiça entre homens, também há ações injustas (se bem que do fato de ocorrerem ações injustas entre eles nem sempre se pode inferir que haja injustiça), e estas consistem em atribuir demasiado a si próprio das coisas boas em si, e demasiado pouco das coisas más em si (Aristóteles, 1991, p. 110).

Aristóteles divide a justiça em natural e legal, sendo a primeira de natureza universal, imutável no tempo e no espaço e que independe da opinião de quem quer que seja, enquanto a outra é local e varia de acordo com o ordenamento social. O homem pode vislumbrar no âmbito do justo algumas alterações de local para local, porém esta justeza traz uma verdade relativa, porquanto o que é justo por convenção ou conveniência pode variar, dependendo do momento ou do local estipulado. Como exemplo, o filósofo menciona as medidas do vinho e do trigo, que variam de mercado para mercado (Aristóteles, 1991, p. 107).

A justiça legal é gênero do qual a particular é espécie, dirigindo-se a todos e correspondendo a um tipo de justo em que o membro da pólis se relaciona com os demais, compartilhando os efeitos de sua ação ou de sua omissão. A “justiça legal é a discriminação do justo e do injusto” e diz respeito ao cidadão cumpridor da lei, à obediência ao ordenamento jurídico e aos costumes vigentes na comunidade. Qualquer cidadão, não importando seu status, deve pautar a sua conduta direcionada ao bem comum, que beneficia toda a comunidade, indistintamente (Aristóteles, 1991, p. 110).

Levando em conta que a justiça natural está baseada na legalidade e na produção de seus efeitos perante toda a comunidade, tem-se na justiça particular que o seu foco está na ideia de isonomia, sendo menos abrangente que a legal e com seus efeitos produzindo reflexos diretamente na relação jurídica existente entre as partes. A justiça particular diz

respeito a situações individuais que ocorrem na sociedade, e Aristóteles a dividiu em justiça distributiva e corretiva, pois:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos (Aristóteles, 1991, p. 99).

A noção de igualdade na justiça distributiva circunda a proporcionalidade, na regulação da justa distribuição dos bens públicos, cargos, honrarias, impostos e deveres na Pólis (Aristóteles, 1991, p. 99 e ss). É um terreno fértil para solucionar problemas ligados à disputa do poder político e no enfrentamento da igualdade.

Cada cidadão, de acordo com sua dignidade, função ou formação, deve receber um conjunto de benefícios e deveres previstos no regime jurídico vigente em dado momento na sociedade, harmonizando-se com a prática de dar ao homem o que lhe é devido. Eventuais desigualdades serão compatibilizadas pela isonomia, que permite a atribuição de benefícios diversos de acordo com o mérito pessoal de cada indivíduo.

O mérito é relativo aos bens exteriores; e o maior destes, acreditamos nós, é aquele que prestamos aos deuses e que as pessoas de posição mais ambicionam, e que é o prêmio conferido às mais nobres ações. Refiro-me à honra, que é, por certo, o maior de todos os bens exteriores (Aristóteles, 1991, p. 80).

A justiça corretiva trata da relação de coordenação entre pessoas que se encontram envolvidas em determinada relação privada, voluntária ou involuntária, possibilitando que, em caso de eventuais conflitos, as partes possam ter direito à reparação do mal sofrido ou à

correção de situações defeituosas (Aristóteles, 1991, p. 102). Trata-se de um tipo de justiça que regula as relações entre cidadãos, utilizando o critério aritmético de solução e retificando a igualdade após a sua quebra.

Logo, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é, como vimos, o igual, que dizemos ser justo. Por conseguinte, a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho (Aristóteles, 1991, p. 102).

Para Aristóteles, o justo é bom e o equitativo, sendo justo, não o é, de acordo com a lei, mas atua corrigindo a justiça legal, pressupondo ausência de previsão exata de determinada situação, criando-se uma lacuna que pode ser alcançada por meio de outros preceitos, ou quando diz mais do que deveria, situações que podem desaguar em injustiça (Aristóteles, 1991, p. 117).

Ao examinar o paradoxo relativo à possibilidade de cometimento de injustiça contra si mesmo, ele apresenta a justiça como uma conduta bilateral voltada para o outro, para a Pólis, e diz que o ato voluntário que causa dano a terceiro é um ato injusto contra quem se conhece, concluindo que o homem não pode cometer injustiça contra si mesmo (Aristóteles, 1991, p. 109).

Em síntese, na teoria aristotélica, a justiça não é um meio, e sim um fim a ser alcançado, de modo que a felicidade decorre de um viver justo, independentemente dos percalços da vida.

1.2 A justiça na ótica de Hans Kelsen

Na concepção kelseniana acerca da justiça e do seu problema, o autor define justiça como uma “ideia irracional” ou racionalmente incognoscível, no sentido da impossibilidade de reconhecimento de uma justiça absoluta para um conhecimento racional (Kelsen, 2011, p. 64). A temática é explorada particularmente na obra “O Problema da Justiça”, mas também foi recorrente em outros livros e artigos.

A primeira parte de “O Problema da Justiça” descreve diferentes normas de justiça constitutivas de valores. Como exemplos mais significativos, cita: a fórmula do *suum cuique*, a regra de ouro, o imperativo categórico de Kant, o costume, o meio-termo aristotélico, o princípio retributivo, o princípio de justiça comunista formulado por Marx, o preceito do amor ao próximo, os princípios de justiça da liberdade e da igualdade e a noção platônica.

Kelsen categoricamente contrapõe a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, preferindo a afirmação tão somente de valores relativos. Por último, o autor identifica cientificidade com não valoração, tratando de maneira não valorativa uma teoria do valor de justiça (Kelsen, 2011, p. 3). Não é em vão a declaração feita na segunda e última parte do livro, assim como o fez em sua “Teoria Pura do Direito”, de que uma teoria do direito positivo “nada tem a ver com uma apreciação ou valoração do seu objeto” (Kelsen, 2011).

Hans Kelsen claramente distingue o conceito de Justiça do de Direito, ressaltando que ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico.

A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas

interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos. Que apenas uma dessas duas ordens seja “justa” não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional. Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência; somente isso é o objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o justo. Ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um Direito real e possível, não o correto. É, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o Direito positivo (Kelsen, 2016, p. 19).

Conforme o disposto por Kelsen, o Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo, enquanto a justiça é a felicidade social (Kelsen, 2016, pp. 8-9). Além disso, a norma da justiça indica como deve ser elaborado o direito no tocante ao seu conteúdo, ou seja, como deve ser elaborado um sistema de normas reguladoras da conduta humana (social) considerando que esta deve ser justa. E tal conduta é justa quando “[...] corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça” (Kelsen, 2011, p. 3).

De acordo com a maneira pela qual a conduta socialmente desejável foi motivada, vários tipos de ordens sociais podem ser distinguidos. Esses tipos — trata-se de tipos ideais a serem apresentados aqui — são caracterizados pela motivação específica empregada pela ordem social para induzir os indivíduos a se comportarem conforme o desejado. [...] A conduta em conformidade com a ordem estabelecida é alcançada por uma sanção estabelecida na própria ordem. O princípio de recompensa e punição — o princípio da retribuição —, fundamental para a vida social, consiste em associar a conduta de acordo com a ordem estabelecida e a conduta contrária à ordem, respectivamente, com uma promessa de vantagem e uma ameaça de desvantagem como sanções (Kelsen, 2016, p. 3).

Tais normas, postas por atos humanos e que seriam global e regularmente eficazes, representariam o direito positivo. A norma da justiça estabeleceria um determinado tratamento dos homens, visando, por conseguinte, ao ato por meio do qual o direito é posto, daí a impossibilidade de identificação dos conceitos. Partindo de um ponto de vista positivista relativista, Hans Kelsen considera a validade do direito positivo como independente da validade da norma de justiça (Kelsen, 2011, p. 7). De semelhante ângulo, um direito positivo “não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma de justiça — e vale mesmo que seja injusto” (Kelsen, 2011, p. 68).

Hans Kelsen não está comprometido com a definição do conteúdo (de “bondade”, por exemplo) de uma norma jurídica, mas sim com o estabelecimento de uma teoria pura do direito positivo, na qual o problema da justiça é afastado dos julgamentos subjetivos de valor, em nome de um relativismo axiológico e da afirmação da validade formal da norma jurídica. Para ele, cada uma das doutrinas jusnaturalistas oferece ao indivíduo a ilusão de que a norma de justiça escolhida provém de Deus, da natureza ou da razão, sendo dotada de validade absoluta, de modo que seria eliminada a possível validade de outra norma de justiça oposta ou meramente divergente (Kelsen, 2011, p. 65). O autor critica a doutrina do direito natural estabelecida no sentimento jurídico, posto que:

Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus. [...] Contudo, nenhuma das numerosas teorias de Direito natural conseguiu até agora definir o conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproxime da exatidão e objetividade com que a ciência natural pode determinar o conteúdo das leis da natureza ou a ciência jurídica, o conteúdo de uma ordem jurídica (Kelsen, 2016, pp. 13-14).

Hans Kelsen deixa evidente que uma teoria do direito positivista não sustenta a inexistência da justiça, mas que de fato são pressupostas muitas normas de justiça, distintas umas das outras e muito provavelmente contraditórias entre si; e, sobretudo, não contradiz que toda ordem jurídica positiva pode ser apreciada ou valorada, conforme uma das diversas normas de justiça, como justa ou injusta, porém insiste que tais critérios de medida possuem um caráter meramente relativo (Kelsen, 2011, p. 70).

Além do mais, rebate a percepção do positivismo jurídico, alicerçada em uma teoria jurídica positivista ou realista, à doutrina idealista, segundo a qual a validade do direito positivo dependeria da correspondência de sua prescrição em relação às exigências da justiça, de forma que Direito válido seria Direito justo (Kelsen, 2011, p. 67).

No tocante à justiça absoluta e à justiça relativa, bem como à relação existente entre a noção da primeira e a doutrina idealista do Direito, tem-se que:

Uma tal justiça relativa apenas conduz a uma satisfação muito parcial. A justiça pela qual o mundo clama, “a” justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta [...]. A norma de justiça que prescreve um determinado tratamento dos homens constitui um valor absoluto quando surge com a pretensão de ser a única válida, isto é, quando exclui a possibilidade de qualquer outra norma que prescreva um diferente tratamento dos homens. Uma tal norma de justiça, constitutiva de um valor absoluto, apenas pode — como já se acentuou — provir de uma autoridade transcendente — e é assim que ela se coloca em face do direito enquanto sistema de normas que são postas por meio de atos humanos na realidade empírica (Kelsen, 2011, p. 68).

Levando em consideração a antinomia existente entre justiça absoluta e justiça relativa e a relação existente entre a noção da primeira e a doutrina idealista do Direito, o autor critica esta última por seu caráter dualista (dualismo de uma ordem transcendente, ideal, não estabelecida pelo homem, que lhe está supraordenada, e uma ordem real firmada

pelo homem, dita positiva), em contraste com a teoria realista do Direito, que seria monista, “pois não conhece, como aquela, um direito ideal — que não é posto pelo homem, mas emana de uma autoridade transcendente — e, ao lado deste, um direito real, posto pelo homem, mas apenas um direito, estabelecido pelo homem” (Kelsen, 2011, pp. 68-69).

A teoria positivista do Direito toma como ponto de partida o relativismo axiológico pelo fato de afastar o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, e tão somente reconhecer a validade de valores relativos. Para Hans Kelsen, uma teoria científica do Direito não admite a concepção da validade do direito positivo posta na dependência da sua relação com a justiça (Kelsen, 2011, p. 7), haja vista que semelhante dependência apenas poderia perdurar caso a justiça constituísse um valor absoluto, o que, para o autor, não seria possível. Deste modo, finaliza seu raciocínio sustentando que o valor de justiça tão somente pode ser relativo e que uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das diversas normas de justiça:

Admitindo-se a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido, não de que duas normas de justiça contraditórias possam ser tidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que uma ou outra das duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias pode ser tomada como válida, então o valor de justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda ordem jurídica positiva tem de entrar em contradição com qualquer destas diversas normas de justiça — pelo que, conseqüentemente, não poderá haver nenhuma ordem jurídica positiva que deva ser considerada como não válida por estar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça. Por outro lado, cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer das várias normas de justiça constitutivas apenas de valores relativos, sem que esta correspondência possa ser tomada como o fundamento da sua validade (Kelsen, 2011, p. 69).

Para Kelsen, o alicerce de validade de toda norma jurídica somente pode ser a validade de uma norma superior do mesmo sistema. Conforme seus esclarecimentos, uma teoria jurídica positivista somente reconhece esse embasamento de uma ordem jurídica positiva em uma norma fundamental hipotética, o que significa uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico (Kelsen, 2011, p.70). Nesse sentido, tal norma fundamental não pode ser identificada com uma norma de justiça e, também, não pode ser identificada com a Constituição de um país, porquanto não é constituída por meio do ato de vontade de uma autoridade jurídica, o que significa uma norma positiva; no entanto, uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico (Kelsen, 2011, pp.116-117).

A norma fundamental determina tão somente o fundamento de validade, nunca o conteúdo de validade do direito positivo, de maneira que tal fundamento de validade é totalmente independente do conteúdo de validade (Kelsen, 2011, p. 116). Conseqüentemente, pela visão de Kelsen, as normas jurídicas positivas não se emanam, não se seguem e não resultam da norma fundamental, visto que o conteúdo de uma norma não pode ser deduzido daquela. Isso porque: “Uma norma pode ser deduzida apenas de outra norma, um dever-ser pode ser derivado apenas de um dever-ser” (Kelsen, 2011, p. 13).

Como de um fato da ordem do ser não pode derivar qualquer norma de dever ser e como a validade da norma jurídica é formal, Hans Kelsen, reafirmando seu relativismo axiológico, critica a doutrina do direito natural estabelecida no sentimento jurídico, haja vista que todo sentimento, sobretudo o jurídico, é fato da ordem do ser, de maneira que não seria possível a tentativa de obtenção, considerando tal sentimento humano, de alguns princípios modelares e superiores visando preencher o conteúdo do direito positivo e garantir critérios seguros para a sua apreciação ou valoração. Isso somente seria viável caso fosse “[...] possível demonstrar um determinado conteúdo do sentimento jurídico que fosse igual em todos os homens, se o sentimento jurídico de todos os homens postulasse o mesmo

tratamento em iguais circunstâncias” (Kelsen, 2011, p. 98), concluindo pela impossibilidade de revelação de tal conteúdo, “[...] porque o sentimento jurídico dos homens postula o tratamento que se coaduna com qualquer uma das muitas normas de justiça entre si tão divergentes” (Kelsen, 2011, pp. 98-99). Para Kelsen, a justiça é uma qualidade ou atributo e pode ser afirmada por diferentes objetos, não sendo possível identificar uma regra universal sobre o seu sentido e o seu tratamento, de modo que o ideal de justiça é ligado ao de moral. Mais complicado, para o jurista, é equiparar justiça a direito (Oliveira, 2015, p. 98).

Kelsen somente vê a justiça como objeto de uma ciência do Direito quando empregada no sentido de legalidade:

Essa mudança de significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada. Nesse sentido, a “justiça” significa legalidade; é “justo” que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É “injusto” que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece “injusto” sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. “Justiça” significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça “sob o Direito”. [...] Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito (Kelsen, 2016, pp. 20-21).

Na visão kelseniana, o positivismo relativista proporcionaria à pessoa a tomada de consciência de que a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça adotada como base do seu juízo de valor, gerando, como resultado, a possibilidade de respostas variadas e distintas (Kelsen, 2011, p. 114).

Hans Kelsen identifica, dentre os tipos de normas de justiça, um tipo metafísico e um racional.

Considera ele que as normas do tipo *metafísico* caracterizam-se pelo fato de se apresentarem pela sua própria natureza como oriundas de uma instância transcendente e que não podem ser compreendidas pela razão humana. Já as normas de justiça do tipo *racional* são caracterizadas pelo fato de poderem ser pensadas como estatuídas por atos humanos postos no mundo da experiência e compreendidas pela razão humana, muito embora possam até mesmo ser postas por instância transcendente também— o que é característico é que elas são compreendidas pela razão humana, sendo racionalmente concebidas (Oliveira, 2015, p. 97).

As normas de justiça do tipo metafísico ostentam como um de seus traços marcantes o fato de se apresentarem, pela sua própria natureza, como oriundas de uma instância transcendente, existente para além de todo o conhecimento humano experimental (fundamentado na experiência) (Kelsen, 2011, p. 17).

Tais normas pressupõem necessariamente a crença na existência da instância transcendente em questão. Contudo o seu caráter metafísico não se sintetiza à sua origem, aplicando-se do mesmo modo ao seu conteúdo, na medida em que tais normas não podem ser compreendidas pela razão humana, de modo que o homem deve acreditar na justiça que elas instituem, da mesma maneira que acredita na existência da instância de que elas se originam, mas não pode compreender de forma racional essa justiça.

O ideal desta justiça é, segundo esclarece o autor, “[...] como a instância da qual ele provém, absoluto: de conformidade com o seu próprio sentido imanente, exclui a possibilidade de qualquer outro ideal de justiça” (Kelsen, 2011, p. 16).

Já as normas de justiça do tipo racional se distinguem pelo fato de que não pressupõem como essencial qualquer crença na existência de uma instância transcendente,

de que admitem ser pensadas como estatuídas por atos humanos postos no mundo da experiência, bem como ser concebidas racionalmente, ainda que isto não implique que estas normas possam ser postas pela razão humana, dita “razão prática”, ou ser encontradas na razão, o que não seria possível, de acordo com Kelsen. Outrossim, é possível a representação das normas de justiça do tipo racional como postas por uma instância transcendente, porquanto é o conteúdo que as mantém “racionais”, que lhes conserva a essência, não a sua origem, denotando que podem ser compreendidas pela razão humana, ou seja, ser racionalmente concebidas. É o caso de normas de justiça como a da retribuição (Vergeltung), descritas como vontade da divindade (Kelsen, 2011, p. 31).

Adotando, quanto à questão do problema da justiça, um ponto de vista racional-científico, despido de caráter metafísico, e lembrando que existem muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, de forma que nenhum deles exclui a possibilidade de um dos demais, Hans Kelsen estabelece que “então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais” (Kelsen, 2011, pp. 17-18). Na visão de Kelsen, o significado do conceito de justiça vem caminhando lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor com a intenção de estabelecê-lo em uma ordem jurídica determinada.

1.3 A justiça na ótica de John Rawls

A ideia central da teoria da justiça em Rawls é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em Locke, Rousseau e Kant. As diversas concepções de justiça provêm das distintas noções de sociedade, contra um pano de fundo de visões conflitantes

acerca das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana. Em Rawls, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original (Rawls, 2008, p. 3).

Na interpretação kantiana da justiça como equidade, as pessoas agem de maneira autônoma, o que significa que elas agem com base nos princípios que reconheceriam nas condições que melhor expressam sua natureza de seres racionais iguais e livres (Rawls, 2008, p. 636). Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social (Rawls, 2008, p. 14).

Rawls trabalha pontos atinentes à igualdade equitativa de oportunidades e suscita a ideia de tratar a questão das parcelas distributivas como uma questão de justiça procedimental pura. Tal justiça é mais bem entendida por meio de uma comparação entre a justiça procedimental perfeita e a imperfeita. A justiça procedimental perfeita é rara, se não impossível, em casos de interesses muito mais práticos, enquanto a justiça procedimental imperfeita é exemplificada pelo processo penal. O resultado desejado é que o réu seja declarado culpado se, e somente se, tiver cometido o crime de que é acusado (Rawls, 2008, p. 103-104).

Um traço característico da justiça procedimental pura é que o procedimento de definição do resultado justo deve ser realmente levado a cabo, pois nesses casos não há critério independente que se possa consultar para demonstrar que determinado resultado é justo (Rawls, 2008, pp. 103-104). O que torna justo, ou não injusto, ou o conceito de que algo é justo, é o mesmo que — ou melhor, pode ser substituído por — o conceito de estar de acordo com os princípios que, na posição original, seriam reconhecidos como aplicáveis a coisas do mesmo tipo. A justiça como equidade e a retidão como equidade oferecem uma definição ou uma explicação dos conceitos de justiça e de justo (Rawls, 2008, pp. 133-134). A posição original, em que as partes ignoram as condições concretas de suas vidas (véu de

ignorância), é geralmente vista como a única explicação que Rawls fornece para a escolha dos princípios.

Rawls inicialmente ressalta que o conceito de justiça é definido pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais. Caracteriza, portanto, a justiça como apenas uma parte de um ideal social. Compara-a, ainda, ao sentido mais específico que Aristóteles atribui à justiça, e do qual decorrem as mais populares formulações: o filósofo identifica o papel de abster-se de tirar alguma vantagem em benefício próprio, tomando o que pertence a outrem, ou de negar a alguém o que lhe é devido, e assim sucessivamente. A aceção de Aristóteles implica visivelmente, porém, uma explicação do que pertence à pessoa e do que lhe é devido (Rawls, 2008, pp. 12-13).

Segundo a construção dos conceitos, Rawls define justiça considerando o papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais, considerando-a “[...] a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (Rawls, 2008, p. 4). Logo, a concepção da justiça é a interpretação dessa função.

Nesse sentido, tomando como pressuposto o pluralismo de valores, o desígnio que move o trabalho de Rawls é o de descobrir uma questão comum que possibilite a estabilidade nas sociedades pluralistas. Por tal razão, a justiça como equidade deve, desde já, ser entendida como uma percepção política, que se opõe à ideia de doutrina, não se vinculando a qualquer outra doutrina metafísica compreensiva, porquanto seu intento maior é oferecer uma teoria convincente dos direitos e das liberdades fundamentais e de sua prioridade, integrando-a à interpretação da igualdade democrática.

A justiça como equidade é a primeira das escolhas mais gerais dentre todas as que as pessoas podem fazer em conjunto, o que significa dizer que é a escolha dos princípios

primeiros de uma concepção de justiça que objetiva regular todas as subsequentes críticas e reformas das instituições (Rawls, 2008, pp. 12-15), de sorte que tais “princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir” (Rawls, 2008, p. 14).

Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância, de modo que assim estará garantido que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Tais princípios tratam de reivindicações conflitantes das vantagens conquistadas pela cooperação social, sendo aplicados às relações entre várias pessoas ou grupos. Desse modo, levando em conta que esses princípios resultam de um acordo, os cidadãos têm conhecimento dos princípios que outros adotam (Rawls, 2008, pp. 15-20).

Rawls observa que os princípios de justiça são considerados decorrentes de um pacto original em uma situação de igualdade; não há como saber se o princípio da utilidade seria reconhecido. Tal princípio é interpretado de forma clássica como aquele que define o bem como a satisfação do desejo, ou, talvez melhor, como a satisfação do desejo racional. No âmbito da teoria utilitarista da justiça, sua característica marcante é que não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos (Rawls, 2008, pp. 20-31).

Dentre as variadas maneiras pelas quais se pode debater os questionamentos sobre a justiça, algumas propostas de justiça se preocupam, primariamente, com considerações de imparcialidade entre os diversos sujeitos envolvidos (Rawls, 2008, p. 226). Tal postura, de inspiração kantiana, preocupa-se em garantir um trato imparcial aos vários sujeitos interessados em debates sobre como devem ser as normas de justiça.

Rawls propôs uma teoria de justiça que visava assegurar essa imparcialidade, ao buscar respeitar as demandas — geralmente conflitantes — entre os distintos sujeitos

interessados em sugerir as regras de justiça que devem conduzir a estrutura básica de uma sociedade. Além disso, pelo fato de se tratar de uma teoria de justiça com viés normativo, porquanto há o anseio de aceitação dos princípios justos, pode-se vislumbrar o tipo de pretensão veiculada pelo projeto do autor.

Rawls se propôs a responder dúvidas que nascem dos debates sobre a justiça e, mesmo que suas respostas fossem limitadas ao particular campo de alcance de um consenso sobre a estrutura básica da sociedade, tais respostas têm gerado posicionamentos contrapostos ao longo dos tempos, por pensadores com as mais variadas opiniões.

Desse modo, Rawls preferiu apresentar uma teoria de justiça baseada, primordialmente, em considerações de imparcialidade, com resultados que pretendem dizer como a estrutura básica da sociedade deve ser ordenada. Uma tal pretensão conduz, para Rawls, à necessidade de enfrentar vários outros questionamentos, por se tratar de um projeto que visa a uma normatividade mais aceitável para todos.

A título de exemplo, são citadas as dificuldades adicionais de uma tal pretensão, a tentativa de conciliar a concepção de liberdade dos antigos com a ideia de liberdade dos modernos. Além disso, acrescente-se, como outro exemplo, a tentativa de conciliar contribuições distintas de diversos contratualistas já mencionados, como quando há a acomodação do liberalismo de Locke¹ com o republicanismo de Rousseau (Rawls, 2008, p. 21).

É de se destacar, também, o cuidado pela autonomia¹ dos indivíduos e a correspondente preocupação com a imparcialidade. Rawls destacou que “agir com autonomia é agir segundo os princípios com os quais concordaríamos na condição de seres racionais livres e iguais, e que devemos entender dessa maneira” (Rawls, 2008, p. 637). Tais

¹ Para Rawls, a concepção de autonomia é aquela que é adequada a seres humanos; a noção apropriada a naturezas superiores ou inferiores é, muito provavelmente, diferente (§ 40) (Rawls, 2008, p. 636).

desafios acomodam o enfrentamento de assuntos bastante controversos, como o binômio liberdade e igualdade.

Não se pode deixar de observar as dificuldades conscientemente presentes em indagações sobre a justiça, assim como as realizadas nos moldes pretendidos por Rawls. Acrescente, ainda, o contexto da época do lançamento de *Uma teoria da justiça*, de modo que se nota ter sido Rawls ousado ao retomar a teoria tradicional do contrato social de Locke e de Rousseau, construindo uma teoria de traços fortemente kantianos, como uma alternativa ao utilitarismo que dominava naquele tempo o fornecimento das respostas às demandas sobre a justiça.

Em sua ética política, ao retomar a teoria do contrato social de Rousseau, o jusfilósofo americano propõe-se a responder de que modo se pode avaliar as instituições sociais, concluindo que “a virtude das instituições sociais consiste no fato de serem justas, de maneira que a estrutura básica da sociedade é a *justiça como equidade*” (Oliveira Neto, 2016, p. 29). Oliveira Neto complementa que:

A fim de chegar a tal resultado, Rawls imaginou uma situação hipotética similar ao estado de natureza, na qual homens e mulheres, submetidos a um *véu de ignorância*, escolheriam aos seus livres alvedrios princípios de Justiça. Nessa tarefa, os indivíduos desconheceriam todas as situações que em tese lhes trariam vantagens ou desvantagens na vida comunitária e, desta forma, livres e iguais, na posição original todos compartilhariam de uma situação equitativa (Oliveira Neto, 2016, p. 29).

Enquanto Rousseau, no “Contrato Social”, buscou uma maneira de associação que possibilitasse defender e proteger os associados e seus bens com alicerce em uma força comum, em que cada um, ao unir-se a todos, obedece a si mesmo e continua com a mesma liberdade de antes, Rawls tinha como argumento que os homens optam livremente por viver

em sociedade e, por tal motivo, cada pessoa deveria ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdade básica, de modo compatível com o sistema análogo para as outras pessoas (Rawls, 2008, p. 75).

Nesse sentido, a liberdade de cada indivíduo deve ser a mais ampla possível, mas não deve haver ingerência nas suas liberdades e, havendo desigualdade, esta deveria ser revertida em favor dos menos favorecidos, tendo por base os princípios da diferença e da igualdade de oportunidades (Rawls, 2008, pp. 668-675). No tocante ao debate acerca da igualdade, Rawls propõe um sistema político em que as desigualdades devem ser organizadas de modo a ofertarem maior benefício para os menos favorecidos, bem como a vincularem cargos e posições a todos em condições de justa oportunidade, a fim de possibilitar maior benefício aos menos favorecidos sem sacrificar a igualdade de oportunidades (Rawls, 2008, p. 18).

John Rawls buscou idealizar um método que realizasse a construção de um entendimento satisfatório do justo e, ainda, proceder a um meticoloso estudo para divulgar o seu próprio conteúdo.

Rawls trabalha com um exemplo para se chegar ao véu da ignorância. Para ele, se determinada pessoa soubesse que era rica, isso a influenciaria a achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; mas, no caso de conhecer que era pobre, seria bem provável que propusesse o princípio oposto (Rawls, 2008, pp. 22-23). Tal situação é por ele denominada de posição original e véu de ignorância.

Cumprido acrescentar que o véu da ignorância impede o interessado de conhecer sua situação anterior, como ser rico, pobre, juiz ou réu. Nesse aspecto, todos são iguais e possuem as mesmas possibilidades no processo de escolha das regras de organização da sociedade, garantindo a imparcialidade na escolha das opções.

No contexto do véu de ignorância, Rawls afirma que as pessoas escolheriam aos seus livres alvedrios princípios de Justiça, de modo que faz uma formulação desses princípios nos seguintes termos: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”, ou seja, trata-se do princípio de liberdade; “Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos” (Rawls, 2008, p. 73), sendo este o princípio da igualdade, o qual, a despeito de garantir a todos, indistintamente, a acessibilidade aos cargos públicos e aos bens da vida, não anula o princípio da diferença, sendo este “uma concepção fortemente igualitária no sentido de que, se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas, deve-se preferir a distribuição igualitária” (Rawls, 2008, p. 91).

Nesse sentido, o primeiro princípio assume a condição de que cada pessoa deve ter um direito igual porquanto “a vida de cada pessoa conta igualmente, tem o mesmo valor intrínseco, e os arranjos institucionais básicos da sociedade devem oferecer o suporte necessário — no que se refere a direitos, liberdades, oportunidades e recursos sociais escassos” (Rawls, 2008, p. XXI). Já o segundo princípio infere-se às desigualdades econômicas e sociais que devem ser ordenadas para que se possa trazer o maior benefício possível para os menos favorecidos e para que, ao mesmo tempo, sejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa (efetiva) de oportunidades.

Considerando-se que as partes são iguais conforme a posição original e, portanto, éticas, com capacidade de apreenderem quaisquer princípios indicados e agirem em concordância com eles, seria oportuno definir os princípios da justiça como “aqueles que

peessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam em condições de igualdade, quando não há ninguém que esteja em vantagem ou desvantagem em razão de contingências naturais ou sociais” (Rawls, 2008, p. 23).

Em sua concepção de justiça, Rawls, formula três princípios atinentes à sua constituição, os quais abrangem o princípio da liberdade, da oportunidade e da isonomia. Segundo o primeiro princípio, deve-se assegurar a defesa da ampla liberdade para cada pessoa, compatível com uma liberdade igual para todos os outros; conforme o segundo princípio, as desigualdades econômico-sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades; e, consoante o terceiro princípio, deve haver respaldo ao dever social de promover a distribuição da riqueza equanimemente, com exceção em eventuais desigualdades econômico-sociais, as quais provoquem o maior benefício para os menos favorecidos. Rawls observou que, na hipotética situação da posição original, os princípios de justiça devem ser escolhidos pelos indivíduos de forma racional e razoável.

Nesse sentido, haverá na sociedade a possibilidade de convivência da liberdade individual e da igualdade entre todos, no caso de atribuir direitos e liberdades fundamentais às pessoas e na eventual existência de oportunidades econômicas e sociais iguais nos diversos setores sociais. Numa sociedade justa, a igualdade de liberdades e direitos deve ser tida por definitiva, não se submetendo à negociação política ou à verificação de outros interesses pessoais ou sociais. Para Rawls, o convívio social deve estar alicerçado em mútua cooperação, de forma que o equilíbrio equitativo deve prevalecer na distribuição dos bens básicos para todos (Rawls, 2008, p. 81).

Rawls afirmou que “a justiça como equidade, por ser contratualista, supõe que os princípios da escolha social e, portanto, os princípios de justiça, são eles próprios o objeto de um acordo original” (Rawls, 2008, p. 35). Esses princípios representam a solução para o

problema de escolha apresentado pela posição original. Eles indicam o norte que pessoas racionais, interessadas em promover seus interesses, aceitariam nessa posição inicial de igualdade, para delimitação das regras mais básicas para a necessária associação social (posterior e real). A posição original é um estado de coisas em que as pessoas são igualmente representadas como sujeitos dignos, de modo que o resultado não sofra as arbitrárias influências das contingências ou das demais forças sociais (Rawls, 2008, p. 144).

O véu da ignorância é o meio teórico que busca garantir as condições para a delimitação da noção mais imparcial possível de justiça. É uma situação em que ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou o seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante (Rawls, 2008, pp. 14-15). Do mesmo modo, ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia (Rawls, 2008, pp. 30-31).

As teorias utilitaristas e perfeccionistas são teleológicas, porquanto posicionam um fim que devemos perseguir e “têm um profundo apelo intuitivo porque parecem expressar a ideia de racionalidade”, concluindo que “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas” (Rawls, 2008, pp. 30).

Enquanto a doutrina contratualista considera sólidas as nossas convicções acerca da prioridade da justiça, o utilitarismo procura explicá-las como uma ilusão socialmente útil, de maneira que Rawls conclui que “a prioridade da justiça se explicita, em parte, afirmando-se que os interesses que exigem violação da justiça não têm nenhum valor”, ressaltando-se ainda que a prioridade do justo é uma das principais características da ética kantiana (Rawls, 2008, p. 38).

Rawls demonstrou preocupação com alguns elementos nitidamente kantianos, destacando-se, também, a opção pelo construtivismo, o que sugere a compreensão acerca do

procedimentalismo, já que o jusfilósofo esboçou uma classificação segundo a qual uma concepção de justiça procedimental pode ser enquadrada como perfeita, como imperfeita ou, ainda, como pura (Rawls, 2008, p. 101).

A justiça procedimental perfeita possui um critério autônomo e prévio para a consagração de uma divisão justa, de modo que possibilita criar um procedimento que certamente trará o resultado desejado. Já na justiça procedimental imperfeita, inexiste um processo factível que certamente leve a ele (Rawls, 2008, p. 103). Em contraste, na justiça procedimental pura, contrasta inexiste critério independente para o resultado correto ou justo; isso porque surge um procedimento correto ou justo cujo resultado será também correto ou justo, independente de qual seja ele, desde que respeitada a aplicação do procedimento (Rawls, 2008, p. 104).

A justiça procedimental pura foi, então, a postura declaradamente defendida por Rawls em *Uma teoria da justiça*, cuja perspectiva é um procedimento que vele pela imparcialidade e pela autonomia. A ideia de justiça procedimental pura é mais bem entendida por meio de uma comparação entre a justiça procedimental perfeita e a imperfeita (Rawls, 2008, pp. 103-104). É evidente que a justiça procedimental perfeita é rara, se não impossível, em casos de interesses muito mais práticos. A justiça procedimental imperfeita é exemplificada pelo processo penal. O resultado desejado é que o réu seja declarado culpado se, e somente se, tiver cometido o crime de que é acusado.

Rawls encara em sua teoria da justiça um olhar alternativo de justiça implícito nos contratualistas, porquanto evidencia uma pretensão de desenvolvimento da doutrina do contrato social como uma explicação filosófica “parcialmente abrangente” de uma concepção de justiça social e política. Portanto, Rawls inicialmente direcionou-se à busca de princípios de justiça universalmente aceitáveis até chegar a uma construção posteriormente

limitada à busca de princípios políticos de justiça voltados a uma democracia constitucional moderna.

Rawls explicitamente afirmou que uma concepção de justiça é mais razoável que outra, no que diz respeito à “justiça como equidade”, quando pessoas racionais nessa situação inicial escolhem seus princípios para o papel de justiça, em vez dos presentes em outras concepções. Ele sustentou que, desse ponto de vista, a questão da justificativa se resolve com a solução de um problema de deliberação: “precisamos definir quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual. Isso associa a questão da justiça à teoria da escolha racional” (Rawls, 2008, p. 21).

Todo o exposto demonstra que o surgimento da ideia de acesso à justiça, apesar de bem diversa da atualidade, tem em Aristóteles o seu consolidador primeiro, pois o filósofo grego, que se debruçou em busca do significado e do sentido da Justiça, também se dedicou a demonstrar as suas manifestações no cotidiano, identificando-a com o que entendia por igualdade e, assim, fazendo germinar o sentido de acesso aos direitos. Por outro lado, o estudo das teorias de Justiça, sobretudo em Rawls, revela que o acesso a esta produzirá o acesso aos direitos disponíveis e por vezes reivindicados por pessoas ou grupos que guardam contrariedades entre si ou com o ente político, de modo que variam somente os meios disponíveis para os indivíduos buscarem pela consecução dos seus interesses.

Kant e os demais pensadores aqui registrados marcaram o período moderno pelo debate da justiça ligado a valores fundamentais, tais como propriedade, igualdade, dignidade, autonomia. As relações entre os homens e destes com o poder estatal foi o foco de atenção na definição de justiça, muito ligada à concepção moral e de dever (Oliveira, 2015, p. 83).

Sintetizando as teorias da Justiça sob a perspectiva moderna, as principais teorias revelam-se categorizadas em duas grandes vertentes: a primeira relacionada diretamente

com a ideia de equidade ou *fairness*, sendo o seu maior expoente John Rawls, e a segunda na qual a ideia de justiça está mais ligada ao conceito de bem-estar ou *welfare*, e que é defendida por Ronald Dworkin. Vale ressaltar que a Justiça é, sobretudo, um princípio estruturante do Estado de Direito (Carvalho, 2012, p. 5), o que garante à pessoa o direito de ser julgado com base no princípio da equidade por ser um Direito fundamental.

Capítulo 2 – Breve introdução aos direitos fundamentais

Tendo em conta que o direito é conformado pela história, não existe possibilidade de compreendê-lo sem a sua história, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direito político, sujeitando-se à mudança das ordens políticas (Pieroth & Schlink, 2019, p. 39).

No decorrer da civilização humana, os direitos fundamentais foram contemplados em documentos jurídicos, advertindo-se de que, em algum momento, renunciaria à tentação de se estabelecer de forma ampla uma certa vinculação com o jusnaturalismo, enquanto enfocados tais direitos somente como uma teoria, priorizando, destarte, a análise a partir de uma perspectiva dogmática, estimando seu estudo conforme a sua positivação ou constitucionalização nos ordenamentos jurídicos. Em sua maioria, as obras partem de algum estatuto jurídico gerado no período medieval, delineando sua evolução até o momento atual (Paroski, 2008, p. 107).

Na teoria jusnaturalista, a fundamentação dos direitos humanos está em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Conforme essa teoria, a concepção dos direitos humanos fundamentais não advém dos legisladores, tribunais ou juristas, e, por isso, não pode submergir da consciência dos homens (Moraes, 2017, p. 15). Já a teoria positivista, diversamente, embasa sua concepção na existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Essa teoria considera que os direitos humanos fundamentais são somente aqueles cuja previsão seja expressa no ordenamento jurídico positivado (Moraes, 2017, p. 16).

Muito embora os direitos fundamentais, tal como plasmados no direito positivo, não tenham surgido na antiguidade, pode se assegurar que, por meio da religião e da filosofia, muitas ideias influenciaram o pensamento jusnaturalista e a sua percepção de que o ser

humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma ser denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Certos valores, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, apresentam suas origens na filosofia clássica, especialmente a greco-romana, e no pensamento cristão. A figura do homem livre e dotado de individualidade fundou-se na democracia ateniense, por exemplo. Do Antigo Testamento, há a ideia do homem como ponto culminante da criação divina. Na doutrina estoico-greco-romana, bem como no cristianismo, surgira a ideia de igualdade dos homens em dignidade, e para os cristãos perante Deus (Sarlet, 2015, p. 38). Também importante é a formulação jusnaturalista para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais, nos processos revolucionários do século XVIII.

Na esteira evolutiva dos documentos consagradores de direitos fundamentais, o surgimento de todos eles não ocorreu de uma só vez, de modo que tais tiveram seus momentos históricos marcantes na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, considerando a evolução social, política, econômica e cultural (Paroski, 2008, pp. 109-110). No decorrer da Idade Média, havia uma organização feudal e uma rígida separação de classes, em que se evidenciava a consequente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, e, mesmo com essa discrepância social, já existiam variados documentos jurídicos, os quais se dedicaram ao reconhecimento da existência de direitos humanos, cujo traço basilar era o de limitar o poder estatal (Moraes, 2017, p. 7). Foi, portanto, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX que se registrou o marcante desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais.

2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

É no mundo antigo — Grécia e Roma — que se encontram os pressupostos sociais e institucionais mais relevantes para estudar o tema, haja vista que surgem na Grécia diversos estudos envolvendo a essencialidade da igualdade e liberdade do homem, com ressalvas às previsões de participação política dos cidadãos — democracia direta de Péricles; a crença de que existia um direito natural anterior e superior às leis escritas, ideologia fixada pelos sofistas e estoicos: como exemplo, a crença de Sófocles na existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem. No entanto, estabeleceu-se um complexo mecanismo de interditos no Direito romano com vistas a tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. Alexandre de Moraes destaca, nesse contexto, que a *Lei das doze tábuas* foi considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão (Moraes, 2017, p. 6).

As fundamentações pelas quais justificam como os direitos fundamentais foram instituídos e a forma em que a sociedade se transformou no decorrer do tempo são fatores que têm de ser considerados, notadamente em face das intensas mudanças ocorridas nas relações sociais desde a instauração do Estado Constitucional. Descontextualizadas dos paradigmas de cada época, tais questões não conseguem conferir uma fundamentação plausível ao reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais, bem como do seu caráter de direito subjetivo de cunho individual e coletivo, especialmente na sua dimensão positivo-prestacional (Cordeiro, 2012, p. 21).

O que se percebe é que os direitos fundamentais passaram por diversas transformações desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições — isso relativamente ao seu conteúdo e à sua titularidade, eficácia e efetivação, razão pela qual se

fala até mesmo num *processo de autêntica mutação histórica vivenciado pelos direitos fundamentais* (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 317).

A concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais está na base do Estado Liberal, sendo que nela todos os homens nascem livres e iguais, além de serem titulares de um conjunto de direitos inatos, os quais existiam antes mesmo do Estado, de modo que sua existência independe dele, competindo ao direito reconhecê-los e protegê-los. Dentre esses direitos, elencamos basicamente a liberdade, a propriedade e a segurança. E é dessa maneira que as Declarações de Direito nascidas com as revoluções americana e francesa do final do século XVIII reconhecem tais direitos (Cordeiro, 2012, p. 22). Cumpre lembrar que os movimentos revolucionários do final do século XVIII, visando à instalação de regimes democráticos, em conjunto com a revolução industrial, derrubaram várias instituições e práticas até então enraizadas nas sociedades e na política (Paroski, 2008, p. 110).

O *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) da Virgínia (1776)² foi a primeira positivação global, com força constitucional dos direitos fundamentais no sentido moderno, que serviu de modelo imediato a uma variedade de outras declarações de direitos, a maior parte das vezes mais pormenorizadas, de outros Estados da América do Norte. Os direitos fundamentais constantes dos primeiros dez *Amendments* da Constituição Federal (1791), que também foram designados por “*Federal Bill of Rights*”, tornaram-se os mais importantes direitos fundamentais posteriores ao desenvolvimento dos direitos constitucionais nos Estados Unidos (Pieroth & Schlink, 2019, p. 40).

² No seu art. 1º, diz-se que todos os homens são “por natureza igualmente livres e independentes e possuem certos direitos que lhes são imanes e dos quais, quando entram para o Estado de uma sociedade, não podem privar ou despojar a sua descendência por via de qualquer contrato, ou seja, o gozo da vida e da liberdade, juntamente com os meios para a aquisição de posse e propriedade e para a aspiração e a obtenção da felicidade e da segurança”. Os arts. 8º a 11º contêm normas de direito procedimental para a proteção do arguido no processo penal; o art. 12º proclama a liberdade de imprensa como um “dos grandes baluartes da liberdade”; o art. 16 determina que todas as pessoas têm, em condições de igualdade, o direito ao livre exercício da religião, em conformidade com os mandamentos da sua consciência (Pieroth & Schlink, 2019, p. 40).

O surgimento da expressão “direitos fundamentais” ocorreu na França durante o movimento político e cultural, dando origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³ (Novelino, 2019, p. 311). Esta Declaração tornou-se parte integrante da Constituição de 1791, com vistas a garantir outros “direitos naturais e civis” — liberdade de circulação, direito de reunião e de petição, assim como liberdade de opinião e de culto, numa forma mais precisa que a prevista nos arts. 10 e 11 da Declaração dos Direitos Humanos (Pieroth & Schilink, 2019, p. 41).

Superada a revolução francesa, nasceu, de tal Declaração, a Constituição de 1791, adotada pela Assembleia Nacional Constituinte de 26 de agosto de 1789, constituindo-se em marco importante na evolução dos direitos fundamentais. Esta Constituição se caracterizava extremamente liberalista e individualista, imperfeição de certa forma corrigida pela Constituição de 1795 e, ulteriormente, pela de 1848, com paulatinos avanços pela inclusão de direitos econômicos e sociais (Paroski, 2008, p. 110).

Em 1919, a Alemanha aprova a sua famosa Carta constitucional: a tão lembrada, como também criticada, Constituição de Weimar¹, cuja prioridade era o que se chamou de Estado Social, servindo de paradigma a outras constituições europeias, dentre elas a da Espanha de 1931 (Paroski, 2008, p. 110). Corroboram Pieroth & Schlink, acrescentando que:

Depois da derrota do *Reich* alemão na Primeira Guerra Mundial e da Revolução de 1918, a *Constituição Imperial de Weimar* de 1919 constituiu a Primeira República Alemã. A sua Segunda

³ O seu art. 1º estipula, numa primeira frase, que os homens nascem e permanecem *livres e iguais em direitos*. O art. 2º proclama a manutenção dos direitos humanos naturais e inalienáveis como fim de toda a sociedade política; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Nos termos dos arts. 4º e 5º, a liberdade consiste em poder fazer tudo que não lese terceiros; os limites, que apenas podem consistir em também assegurar aos restantes membros da sociedade o gozo desses direitos, só podem ser fixados pela lei. O art. 10º proclama a liberdade de religião e de consciência no quadro da ordem pública estabelecida pela lei. O art. 11º garante a liberdade de expressão de pensamento e de opinião como “um dos mais preciosos direitos do Homem”, sendo que aqui se faz uma reserva de responsabilidade pelo abuso dessa liberdade nos casos fixados pela lei. O art. 16º proclama: “Qualquer sociedade em que nem a garantia dos direitos esteja assegurada, nem a separação de poderes esteja consagrada, não possui uma Constituição”. Nos termos do último art. 17º, a propriedade, como direito sagrado e inviolável que é, só pode ser afetada em caso de necessidade pública prevista na lei e na condição de prévia e justa indenização (Pieroth & Schlink, 2019, pp. 41-42).

Parte tinha por título “Direitos e deveres fundamentais dos alemães” e compreendia os arts. 109a 165. Retomava os direitos fundamentais do povo alemão de 1848 e abordava simultaneamente os novos problemas sociais. Os seus direitos e deveres fundamentais anunciavam o programa de uma *república democrática de Estado de direito e de Estado social* (Pieroth & Schlink, 2019, p. 47).

Com relação à marcante efetivação dos direitos humanos fundamentais, viu-se que tal materialização continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, de modo que foram adotados como paradigmas a Constituição espanhola de 19-3-1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição portuguesa de 23-9-1822⁴, a Constituição belga de 1831 e a Declaração francesa de 4-11-1848 (Moraes, 2017, p. 10).

Desse modo, a liberdade para o liberalismo constitui uma esfera de privacidade livre de toda e qualquer intervenção, seja por parte do Estado ou dos demais indivíduos. Nesse contexto é que se separam as esferas pública e privada. Tal separação é considerada sagrada para os liberais, haja vista que somente na esfera privada, pelo fato de o Estado não intervir diretamente, é que o indivíduo é legitimamente livre. Para que fosse possível o desenvolvimento da sociedade, se deveria reduzir o Estado ao mínimo, de modo a exigir-lhe uma postura de abstenção, e não de intervenção. Surge, portanto, o Estado de Direito (Cordeiro, 2012, p. 22).

Logo, o homem conquistou os direitos fundamentais no transcurso do processo histórico, de modo que, em originando do embate histórico, tais direitos se concretizam em épocas distintas. Nesse contexto evolutivo, tomando-se tanto a construção teórica quanto considerando a inserção nos ordenamentos positivos dos diversos Estados, os direitos fundamentais são classificados em gerações. Essa positivação jurídica sempre é precedida

⁴ A Constituição portuguesa de 1822, grande marco de proclamação de direitos individuais, estabelecia, já em seu Título I, Capítulo único, os direitos individuais dos portugueses, consagrando, dentre outros, os seguintes direitos: *igualdade, liberdade, segurança, propriedade, desapropriação somente mediante prévia e justa indenização, inviolabilidade de domicílio, livre comunicação de pensamentos, liberdade de imprensa, proporcionalidade entre delito e pena, reserva legal, proibição de penas cruéis ou infamantes, livre acesso aos cargos públicos, inviolabilidade da comunicação de correspondência* (Moraes, 2017, p. 10).

de elucubrações de teóricos na busca em proporcionar respaldo jurídico-filosófico para justificar sua existência. Portanto, o evoluir das gerações tem, conseqüentemente, influência direta no catálogo dos direitos fundamentais, quando do processo de recepção pelos ordenamentos dos Estados (Carvalho, 2014, pp. 97-98).

A terminologia “gerações”⁵ é discutida na literatura jurídica, posto que, de um lado, alguns entendem tratar do bom desempenho no papel de comunicar a historicidade dos direitos fundamentais — e tal posicionamento se encontra sedimentado na seara dogmática. Todavia, as análises estabelecidas a seu uso são respaldadas em estimáveis argumentos, indicando que a expressão gerações declina uma sucessividade entre os direitos, de sorte que tais conquistas foram patrocinadas pelos homens no decorrer da história. Desse modo, uma geração haveria de substituir outra, de forma que haveria uma relação de eliminação na convivência. Nessa vertente, os direitos agrupados em uma determinada geração, por conseguinte, não se aglutinariam ulteriormente (Carvalho, 2014, pp. 97-98).

Com base nesses argumentos, os contrários à terminologia “gerações” apresentam o vocábulo “dimensões”, considerando-o melhor para assinalar o processo aglutinativo que se dá nas conquistas dos direitos fundamentais surgidos em distintos períodos da história. Paulo Bonavides (2004, p. 525), embora utilize-se do termo gerações, leciona que esse uso provém de um equívoco de linguagem, porquanto o termo dimensões é próprio de vantagem lógica e qualitativa perante aquele, justamente por não induzir sucessão cronológica. Já Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 47) prestigia o aspecto de complementaridade e da dinâmica de

⁵ A expressão “gerações” é discutida por alguns doutrinadores, que criticam tal terminologia afirmando poder esta ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. Sem embargo, com apoio nas lições de Norberto Bobbio, considera-se que a expressão *gerações* reflete melhor a ideia que se quer passar de que os direitos fundamentais são direitos históricos, que não nasceram todos de uma vez e nem de uma vez por todas; ao contrário, eles foram surgindo e se desenvolvendo de modo gradual, pelo menos, nos últimos duzentos anos (cf. Bobbio, 2004, p. 5). De outro lado, a concepção geracional dos direitos fundamentais, como compreendida neste trabalho, não significa a substituição de uma geração por outra ao longo do tempo. Ao revés, compartilha-se do entendimento de que as diversas gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais são fruto de um processo evolutivo dinâmico, de caráter cumulativo e complementar, que vai se aperfeiçoando ao longo do tempo, que afirma as ideias de abertura, indivisibilidade e interdependência e que tem, como ponto em comum, a proteção à dignidade da pessoa humana, adotando-se o uso da terminologia “dimensões”.

interação entre os distintos direitos fundamentais, de modo que utiliza também da expressão dimensões. Do mesmo modo, Gomes Canotilho (2018, p. 362) perfila-se a essa corrente, ao afirmar que a ideia de generatividade geracional não é correta, posto que os direitos são de todas as gerações.

Nesse contexto, os direitos fundamentais e a separação dos Poderes foram justamente as formas encontradas para controlar o Estado, a fim de obstar as ingerências indevidas àquela esfera de autonomia individual tida por inviolável, momento em que emerge a primeira “geração” de direitos fundamentais, a qual abrange os direitos de defesa chamados de direitos de liberdade. A autonomia individual e a liberdade contratual deveriam reinar no âmbito privado para propiciar a aquisição e a transferência de riqueza, já que se partia da hipótese de que os indivíduos eram iguais. Como se nota, os direitos fundamentais, em conformidade com essa lógica, têm como único desígnio a defesa da sociedade das agressões do Estado, posto que este é visto como inimigo público; por tal razão, assentou-se proferir que são direitos contra o Estado, cuja dimensão é preponderantemente negativa.

A doutrina apresentou a evolução dos direitos (humanos e fundamentais)⁶, a princípio, mediante a identificação de três “dimensões” de direitos, havendo defensores da existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta dimensões de direitos humanos e fundamentais⁷. Vários fatores podem influenciar a criação de novas categorias de direitos

⁶ O termo “direitos humanos” seria utilizado num contexto universalista, tão em voga atualmente, quando se discute o chamado Direito Constitucional Internacional. Já no plano Constitucional Positivo, caberia melhor a expressão “direitos fundamentais”, dando a correta conotação da importância desses direitos plasmados na ordem Constitucional, inclusive, no intuito de cobrar do Estado a sua aplicabilidade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora faça alusão ora aos Direitos Humanos e sua evolução no plano internacional, ora aos Direitos Fundamentais no plano constitucional interno, não faz qualquer diferenciação entre as duas expressões; ao contrário, aglutina-as (Ferreira Filho, 2016).

⁷ Nos tribunais superiores brasileiros, passou-se a fundamentar “enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (Mandado de Segurança, 1995).

fundamentais para atender às necessidades sempre crescentes do homem, individual e socialmente considerado. Dentre eles, intervindo no ponto de vista, na regulamentação e na sua ampliação, podem ser indicados os avanços das ciências e da tecnologia e as mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais. Em suma, o avanço em diversos campos da vida em sociedade coaduna com o ritmo de alargamento dos direitos fundamentais (Paroski, 2008, p. 112).

Certo é que não houve uniformidade na evolução e na efetivação desses direitos, mas sofreram variações, conforme o modelo de cada sociedade e o regime político implantado, de modo que enfrentaram avanços e retrocessos, muito embora conseguindo sair de mero reconhecimento formal para efetiva consolidação, até alcançarem posição de destaque nos regimes verdadeiramente democráticos. Contemporaneamente, os direitos fundamentais de primeira geração, ao menos no sentido formal, constam em todas as Constituições (Bonavides, 2004, pp. 563-564).

Os fundamentos e as ideias constantes na Revolução Francesa de 1789, ao prevalecerem, deram ensejo a três ordens principiológicas nas quais se remata todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais — e, mesmo que este não tenha sido o intento, deram causa na fixação do que viria a ser a ordem histórica da institucionalização destes: liberdade, igualdade e fraternidade, como que renunciando. Tais valores tinham base no jusnaturalismo, que era muito forte no período, conquanto visto este pelo ângulo da racionalidade, e não mais por inspiração divina, em conformidade com o pensamento lançado por Locke e por Rousseau, possuindo caráter de generalização e universalidade, mas somente de modo abstrato (Paroski, 2008, p. 113).

Considerando que na primeira dimensão o Estado deveria ter uma postura negativa, caberia a ele não intervir para garantir as liberdades públicas. Enquanto, no Estado Social, teria a obrigação positiva de fazer. Tal concepção é superficial, porquanto nada se garante

sem comportamento comissivo. O comprometimento do Estado liberal não é apenas da não interferência (postura negativa), devendo igualmente assegurar o gozo de tais liberdades perante terceiros. E, nesse segundo momento, somente poderá fazê-lo por meio de ação. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, embora se utilize da expressão dimensão positiva ao se referir aos direitos sociais, acaba por ressaltar que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de feição positiva, mas também as liberdades sociais, como o direito à greve (Sarlet, 2015, p. 50).

Trata-se, pois, dos direitos fundamentais de primeira dimensão aqueles decorrentes das revoluções liberais, burguesas, marcados pelo individualismo — de modo que assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo ulteriormente complementados por um leque de liberdades, abrangendo as assim designadas liberdades de expressão coletiva, como as liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, dentre outras, e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, divulgando, deste modo, a íntima correspondência entre os direitos fundamentais e a democracia (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 320).

Como visto, esses direitos são de notória inspiração jusnaturalista, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, ou seja, igualdade formal. Integram-se esses direitos pelas nominadas liberdades de expressão, de imprensa, de reunião, de associação e pelos direitos de participação política, como o direito a voto e a capacidade eleitoral. É de se observar que “esses direitos, em última análise, prestigiam e conservam as liberdades individuais, com os limites traçados pelo direito constitucional, consistindo num mínimo oponível contra todos, inclusive o Estado” (Paroski, 2008, p. 114). Em síntese, são direitos correspondentes à fase inicial do constitucionalismo ocidental, de

pensamento notoriamente liberal, muito embora continuem a integrar as Constituições, ainda que seus conteúdos e significados sejam diferentes.

O Estado Liberal, contudo, fracassou na promoção da justiça social, já que não conseguiu assegurar o desenvolvimento a que se propôs, conforme fica evidenciado pela eclosão de vários movimentos sociais após a segunda metade do século XIX e o início do século XX (Cordeiro, 2012, p.23). Naquela época, era conferido pelo ordenamento jurídico apenas a igualdade meramente formal, de modo que não havia preocupações com as diferenças sociais entre as pessoas, porquanto se acreditava que esse tratamento igualitário garantiria a sua liberdade e o progresso individual (Paroski, 2008, p. 114).

Na primeira dimensão, o Estado deveria ter uma postura negativa, posto que caberia a ele não intervir para garantir as liberdades públicas, enquanto caberia, no Estado Social, uma obrigação positiva de fazer. Embora tal concepção seja superficial, já que nada se garante sem comportamento comissivo, o comprometimento pelo Estado liberal não se limita apenas a não interferir em razão da postura negativa, mas deve, além disso, assegurar o gozo de tais liberdades perante terceiros. Nesse segundo momento, portanto, somente por meio da ação é que poderá fazê-lo (Carvalho, 2014, p. 101). Nesse sentido, embora se utilize a expressão dimensão positiva em referência aos direitos sociais, termina por observar que os direitos de segunda dimensão englobam além dos direitos de feição positiva, incluindo-se as liberdades sociais, como o direito à greve (Sarlet, 2015, p. 50).

Com o fracasso da doutrina do Estado liberal, diante da sua insatisfação, alargaram as diferenças entre as pessoas e os grupos sociais, apesar de representar um avanço quando comparado com a sociedade anterior, refém da pretensão dos governantes. O que se percebe é que a liberdade e a igualdade formal foram insuficientes para garantirem o progresso econômico, social e individual. O que realmente demonstrou-se indispensável naquela conjuntura era assegurar igualdade real de oportunidades de acesso a bens e valores

fundamentais, com vistas à melhoria das condições de vida das pessoas, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade mais justa. Nessa situação, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração (Paroski, 2008, p. 115).

Com base nesse contexto, a crise do liberalismo refletiu no surgimento dos direitos de segunda geração, em conjunto das doutrinas socialistas emergentes que, perante os emergentes problemas sociais e econômicos do século XIX, requisitaram a ingerência estatal com vistas à garantia das liberdades, agora por meio do Estado.

No Estado intervencionista, a função estatal transpõe o de simples árbitro da paz, indo além, para garantir o bem comum. Inicia-se uma abertura para a percepção de Estado como ‘amigo’ dos direitos fundamentais, o que significa dizer que houve uma evolução do Estado da posição de adversário para a de guardião e promotor desses direitos. Essa nova ordem permitiu o surgimento da concepção do Estado Social de Direito, cujos principais marcos são a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, e, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais de segunda geração (Bonavides, 2004, p. 564)⁸.

É no interior das instituições representativas e procurando a harmonização entre direitos de liberdade e direitos sociais que se faz o desenvolvimento dos direitos fundamentais do Estado liberal ao Estado social de Direito, de maneiras e segundo modelos mais ou menos variados (Miranda, 2015, p. 37).

Os direitos de segunda dimensão, portanto, surgem com o advento do Estado Social, englobando os direitos econômicos, sociais e culturais (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 320). Os governos e os intelectuais da época se renderam ao convencimento de que se mostravam indispensáveis prestações positivas por parte do Estado, com vistas a garantir um mínimo de bem-estar aos indivíduos (Paroski, 2008, p. 117).

⁸ No mesmo sentido, Paroski (2008, p. 115) e Cordeiro (2012, p. 23).

Com a segunda dimensão dos direitos, houve superação do paradigma do modelo liberal do poder, instaurando-se, a partir de então, o Estado Social, que visava garantir as liberdades públicas e que passou, além disso, a chamar para si a responsabilidade de garantir direitos trabalhistas, culturais e econômicos. Tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário-mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão compreende, destarte, os direitos a prestações de cunho “positivo”, de modo que, mesmo englobando direitos de cunho negativo, essa dimensão tem como marco distintivo a sua extensão preponderantemente positiva (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, pp. 320-321).

Vimos que os direitos da segunda dimensão decorrem da necessidade de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão. Dentre eles, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social e vários outros. As constituições ocidentais consolidaram tais direitos, sobretudo, após a Primeira Guerra Mundial e, mais abundantemente, após a Segunda Grande Guerra, restando, inclusive, consagrados nos diversos tratados internacionais. Segundo Bonavides, esta geração de direitos nasce abraçada ao princípio da igualdade, entendida num sentido material (Bonavides, 2004, p. 571).

Na terceira dimensão, os direitos de solidariedade e fraternidade desprendem-se da figura do homem-indivíduo para destinar-se à proteção dos grupos humanos, ou seja, são direitos atinentes à família, à nação, ao povo, e, em consequência disso, pode-se dizer que atende à proteção de titularidade difusa ou coletiva. O vocábulo fraternidade possui maior fluidez conceitual e está historicamente envolvido com a ideia de desapego religioso. O que se percebe é que o termo solidariedade traduz com maior coerência uma corrente forjada na

necessidade de sobrevivência. Cumpre destacar que a história da construção dos direitos tem por substrato o embate dialético catalisado na necessidade, mormente quando se trata da interação entre Estados.

Os direitos de terceira dimensão — o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural (Lafer, 1991, p. 131) — têm como nota característica o deslocamento da titularidade do indivíduo para grupos humanos, haja vista que teria formação difusa ou coletiva, ou mesmo desconhecida. Essa dimensão de direitos fundamentais está se afirmando em nível internacional, sobretudo na celebração de tratados e de outros documentos internacionais, sem grande reconhecimento nos textos constitucionais (Sarlet, 2015, p. 51), e vem galgando o seu reconhecimento nas constituições de forma gradual, porém, em ritmo acelerado no que diz respeito ao Direito Internacional (Lafer, 1991, p. 131).

Corroborando Paroski, ao elucidar que:

As constituições mais recentes, incluindo a brasileira⁹, e as declarações internacionais de direito passaram a reconhecer novos direitos, até há pouco tempo sequer imaginados, contemplando não apenas direitos negativos, assim entendidos aqueles que pressupõem uma abstenção do Estado, mas sim direitos positivos, consistentes em prestações do Estado, como responsável pelo acesso da população a serviços sociais públicos essenciais, em grau mais elevado que aquele exigido para a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais, em sentido estrito. Tutelam-se bens comuns e indispensáveis indistintamente a todas as pessoas. Não se trata mais de proteger bens considerados individualmente (Paroski, 2008, p. 118).

Tais direitos têm como titulares “grupos humanos como família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (Lafer, 1991, p.131), de modo

⁹ Art. 225, CF/88, por exemplo: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

que visa como destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 320) enquanto “direitos baseados na solidariedade ou na fraternidade”, tendo em vista o gênero humano, considerado integrante de grupos sociais, caracterizando-se como coletivos e difusos, determinando proteção compatível com sua natureza (Paroski, 2008, p. 119).

A polêmica que se situa em torno do reconhecimento de “novas” dimensões de direitos humanos e fundamentais, para além das três dimensões já tematizadas, merece uma análise particular, levando em conta sobretudo as hesitações e ambiguidades que suscita. Não desejando avaliar de modo crítico-reflexivo tal fenômeno, é de se referir a existência de teorizações que sugerem a existência não só de uma quarta, mas também de uma quinta e até mesmo de uma sexta dimensão em matéria de direitos fundamentais, conforme contribuições de autores brasileiros (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, pp. 322-323).

Nesse sentido, Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, qual seja esta, resultado da globalização dos direitos fundamentais, sendo composta por direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (Bonavides, 2004, pp. 570-572). Celso Lafer também ampara a existência de uma quarta geração de direitos, pronunciando que, ao lado dos direitos de terceira geração, estariam os que transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaem, unicamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais (Lafer, 1991, p. 131).

Alguns doutrinadores explicam essas novas gerações ou grupos de direitos fundamentais, porquanto são dotados de características próprias, já que não existiram nas gerações anteriores.

Paroski utiliza a terminologia geração, sustentando que os designados direitos fundamentais de quarta geração estão, quando muito, num estágio embrionário. O autor já

chegou a sustentar que, muito embora inexistassem direitos de quarta geração reconhecidos e positivados pela ordem constitucional, a doutrina afirmava já se ter iniciado um processo que pode ter dado origem aos direitos de quinta geração (Paroski, 2008, pp. 119-120). Nessa dimensão, segundo a doutrina, incluiria limites aos avanços das ciências, notadamente da biotecnologia, da bioengenharia e da manipulação genética, “nos domínios de interferência com a liberdade, igualdade e dignidade humanas”, lembrando a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano, e, ainda, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem, ambas de 1997, “que proíbem discriminação com base em herança genética e clonagem humana” (Paroski, 2008, p. 120).

Independentemente da discussão envolvendo as dimensões de direitos fundamentais, cumpre lembrar o evento mais influente que resgatou a importância dos direitos humanos em geral e da dignidade da pessoa humana em particular, que foi a Segunda Guerra Mundial. A partir dessa época, mais do que garantir o bem comum, a função do Estado passou a ser a de garantir a dignidade da pessoa humana, e preocupações com a existência de condições fáticas para o exercício dos direitos fundamentais entram em pauta (Novais, 2006, p. 86).

Os direitos fundamentais somente se farão presentes quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade, se distinguirem e até se contraporem. E por tal razão é que não podem apreender-se, a não ser como realidades que se demandam mutuamente, se condicionam, intervêm uma em relação à outra. Miranda ressalva que os fins do Estado, sua organização, o exercício do poder e a limitação deste são função do modo de enxergar a pessoa, a sua liberdade, bem como as suas indigências. Ao mesmo tempo, os anseios individuais, institucionais ou coletivos reconhecidos, os direitos e deveres da pessoa, bem como a sua posição perante a sociedade e o Estado, são função da aceção que ele atribui à

sua autoridade, das normas que a regulam e dos meios de que possui (Miranda, 2016, p. 231).

Nem todo direito é dito fundamental, mas se deve sopesar que a própria dinâmica do processo civilizatório haverá de declinar sempre novos direitos ao ser humano. Não há uma relação antagônica entre a constituição de novos direitos e o paradigma científico apropriado para lhe proporcionar confirmação, mas, sim, existe uma maior dificuldade em se atender à demanda sempre crescente dos direitos fundamentais, principalmente em países periféricos (Novais, 2006, p. 86).

Embora seja a expressão “direitos fundamentais” a que melhor engloba o plexo de garantias existentes na interação jurídica dos entes humanos ou não perante o Estado enquanto polo condutor da sociedade, não se pode assegurar que exista nessa dicção um conceito definitivo. Isso porque, em verdade, existe uma apreensão conceitual, de modo que se almeja, com isso, alegar que o conceito de direitos fundamentais está continuamente em desenvolvimento.

2.2 Conceitos afins dos direitos fundamentais

Várias são as formas de visualizar o conceito de direitos fundamentais, advertindo os pensamentos influentes em cada período. A aproximação do conceito de direitos fundamentais demanda admitir que boa parte dessa fundamentalidade depara-se nas decorrências trazidas por sua formação histórica. Significa dizer que os dados e elementos históricos é que nos auxiliam na compreensão de porque alguns direitos surgiram e foram inaugurados como fundamentais. Na pretensão de acompanhar esse caminho histórico, a doutrina erigiu uma categorização dos direitos fundamentais em dimensões, conforme já

ressaltado, o que, em um primeiro momento, foi realizado a partir da expressão “gerações de direitos”.

A aceção dos direitos fundamentais encontra na literatura duas linhas consagradoras desses direitos: como, de um lado, um direito humano pertencente à pessoa antes mesmo do reconhecimento da figura estatal e, por outro, pertencente ao indivíduo enquanto membro do Estado. Nesse sentido, apresentamos as duas linhas, conforme lições de Pieroth e Schlink, que permitem reconhecer a evolução histórica dos direitos fundamentais, para quem, por um lado, entendem os direitos fundamentais como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado. Esses autores destacam que “a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado”. Em contrapartida, os autores discorrem que, no desenvolvimento alemão, ao mesmo tempo, se apreendem como fundamentais os direitos que incumbem ao indivíduo além do ser humano que é. Isso significa que lhes cabem esses direitos à medida que são membro do Estado, ou seja, tais direitos não são anteriores ao Estado, e sim são outorgados por ele; todavia, também aqui, esses direitos são um direito individual (Pieroth & Schlink, 2019, p. 50).

A dificuldade em se instituir um conceito definitivo sobre os direitos que teriam a baliza da fundamentalidade é que apenas pode ser legitimamente erigido para modelar determinado momento histórico de uma realidade jurídica de um povo, razão pela qual se afirma que a construção desse conceito está sempre em contínua evolução. Ademais, o âmbito de alcance dos direitos fundamentais não mais deixou de se alargar a partir do momento em que o ordenamento jurídico apreendeu que os reais sujeitos de direito — os homens e outros entes — deveriam ser valorizados ante o Estado constitucionalmente organizado (Carvalho, 2014, p. 77).

Cumpra acrescentar que o reconhecimento dos direitos fundamentais sobrevém em decorrência da tripartição das atividades do Poder, o que de fato fundamenta a razão de englobar a expressão separação dos poderes nas mais diversas Declarações de Direitos. Nesse aspecto, mencionamos a mais célebre delas, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, cujo art. 16 prescreve que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes é determinada não há Constituição”.

A partir deste marco histórico para o constitucionalismo, os direitos fundamentais começaram a se agregar aos preexistentes na extensão direta do aprimoramento da legitimidade do Estado de Direito. É com a utilização mais ampla possível do tema em tela que se pode oferecer uma apreensão conceitual livre da avidez do tempo. Nesse ponto, Jorge Miranda se desincumbiu da complicada tarefa, ao ministrar um conceito panorâmico:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material — donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material (Miranda, 2015, p. 9).

A apreensão conceitual de direitos fundamentais desenvolvida por Jorge Miranda está no conhecimento histórico do autor sobre a dicotomia existente entre direitos fundamentais formais e materiais. De acordo com o art. 16º, nº 1, da atual Constituição portuguesa, “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional”. Texto similar consta do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988. Nessa análise, impende afirmar que isto quer dizer que, nas normas de Direito ordinário, interno e internacional, há atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais (Miranda, 2015, p. 14).

Outrossim, o enlaçamento dos direitos fundamentais não se exaure no elenco constitucional, haja vista a possibilidade de outros sobrevirem das mais distintas formas de manifestação da norma jurídica. Nesse sentido, é possível citar a redação do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira em vigor, que recebeu da literatura jurídica a designação de conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (Sarlet, 2015, p. 81).

A dicotomia aqui assinalada entre os direitos fundamentais remonta à divisão entre Constituição formal e material. No ponto de vista material, leva-se em conta o substrato ideológico da Carta Magna, enquanto, na perspectiva formal, valoriza-se o estudo da posição hierárquica e a relação entre suas normas no contexto interno do ordenamento jurídico.

Alguns juristas consideram que uma norma pode ser formalmente constitucional, sem o ser na sua acepção material. Jorge Miranda defende a tese de que todos os direitos fundamentais que forem reconhecidos formalmente pela Constituição adquirem o caráter material (Miranda, 2015, p. 9 e ss). Nas lições de Ingo Sarlet, há um conceito material para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, ainda que não estejam inclusos no catálogo (Sarlet, 2015, p. 86).

A doutrina assentou que a Constituição não exaure o rol dos direitos fundamentais, já que estes sobrevêm de outras formas de manifestação da norma jurídica. Tanto é verdade essa afirmação que é esse o perfeito alcance e acepção da existência do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira. No entanto, a questão de fundo é saber se o status de direito fundamental somente se entrevê se inserido na Constituição ou se alarga do mesmo modo àqueles que se agregarem ao sistema jurídico em patamares inferiores.

Na doutrina portuguesa, a posição relativa ao conceito material de direitos fundamentais é que estes representam direitos decorrentes do direito internacional (Miranda, 2015, 130), mas aqueles consagrados pela Constituição portuguesa, por meio de normas que não pertencem ao catálogo dos direitos fundamentais, são, como todos os que formam o referido catálogo, direitos, também, fundamentais em sentido formal (Cunha, 2014, p. 156).

Para Robert Alexy, um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos. São eles: 1) ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um (Alexy, 2015). Estes seriam *direitos humanos fundamentais materiais*, portanto, “verdadeiros” direitos fundamentais, estejam ou não declarados ou positivados num documento formal, ou estejam declarados na Constituição (Ferreira Filho, 2016, p. 121).

Nas lições de Jorge Miranda, o catálogo dos direitos fundamentais não se encontra limitado no texto constitucional português, posto que não se tem nele um elenco taxativo de direitos fundamentais, mas, sim, a enumeração, em rigor, exemplificativa, que é uma enumeração aberta, permitindo que seja preenchida ou completada por meio de novas faculdades para além daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada período (Miranda, 2015, p. 152).

A percepção trazida por Paulo Bonavides, apoiando-se em Carl Schmitt, é que os direitos fundamentais variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra (Bonavides, 2004, p. 515). Assim sendo, somente uma fórmula genérica tal qual concebida por Jorge Miranda é capaz de patrocinar ao menos uma mera apreensão do conceito (Miranda, 2015, p. 7).

A denominação dos direitos fundamentais nem sempre é conforme apresentado, visto que algumas vezes recebe outras terminologias, seja na doutrina ou no direito positivo,

interno e internacional, como, por exemplo, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, semelhante à relação bastante esclarecedora apresentada por Sarlet (2015, p. 27).

A clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” assume aqui particular relevância, de sorte que não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, o são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, mesmo que concebido por entes coletivos — grupos, povos, nações, Estado.

A distinção apresentada por Ingo Sarlet se resume na acepção de que os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) arraigam no reconhecimento, pelo direito positivado, de um leque de direitos naturais do homem, que, nesta lógica, adquirem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal (Sarlet, 2015, pp. 29-30).

Nessa esteira, podemos alegar que direitos humanos são aqueles previstos em tratados e demais documentos internacionais, com vistas a resguardar a pessoa humana de uma variedade de interferências que o Estado ou outras pessoas podem praticar, assim como comina ao Estado o dever de realizar prestações mínimas que garantam a todos uma existência digna, considerando os direitos sociais, econômicos, culturais. Já os direitos fundamentais, por outro lado, são aqueles comumente direcionados à pessoa humana e que determinado ordenamento jurídico incorporou no seu catálogo (Nunes Júnior, 2018, pp. 767-768).

Embora a doutrina não convirja acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais comum na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, considerando a convergência no objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa

humana, abarcam direitos relacionados à liberdade e à igualdade, porém a positivação se dá em planos distintos — internacional e interno. Por um lado, os direitos humanos se deparam sagrados nos tratados e convenções internacionais — plano internacional. De outro, os direitos fundamentais são os direitos humanos sagrados e positivados na Constituição de cada país — plano interno, de modo que seu conteúdo e conformação podem variar de acordo com cada Estado (Novelino, 2019, p. 311).

A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, emprega a expressão “direitos e garantias fundamentais” para mencionar os positivados em seu texto e “direitos humanos” na alusão aos consagrados em tratados e convenções internacionais (Novelino, 2019, p. 311). Já o Direito Constitucional português, por exemplo, classifica os direitos humanos fundamentais em direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política; direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; e direitos econômicos, sociais e culturais (Moraes, 2017, p. 25).

Os direitos fundamentais, portanto, encontram o seu embasamento no direito posto pelo Estado, comumente em constituições escritas. A verdade é que os tais direitos são expressão dos direitos humanos, já que, em seu conjunto, limitam-se, fundamentalmente, à garantia dos clássicos direitos civis e humanos, de sorte que variadas constituições fazem alusão a ambos, o que robustece a desnecessidade em torno de distinções mais particularizadas. O essencial é que a Constituição seja, na definição da doutrina, atraente aos direitos humanos, garantindo-lhes de forma efetiva (Duque, 2014, p. 53)¹⁰.

Hodiernamente, não planam imprecisões sobre o fato de que “os direitos fundamentais são o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”, sendo

¹⁰ No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores. A doutrina indica que o primeiro autor a utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais” foi Ferreira Filho (2016). Também Alexandre de Moraes utiliza-se desta terminologia, ensinando que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais (Moraes, 2017, p. 21).

que esta sociedade, simultaneamente, presta-se como condição para a eficácia dos direitos fundamentais (Cordeiro 2012, p. 28). Democracia e direitos fundamentais eficazes são, portanto, conceitos intimamente ligados, de modo que se afirma não existirem plenamente os direitos fundamentais senão no Estado Democrático de Direito, ao passo que o Estado de Direito “é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção” (Novais, 2006, p. 33).

Direitos fundamentais são, na acepção de Dimoulis e Martins, direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que ultimam caráter normativo supremo dentro do Estado e cuja finalidade é a limitação ao exercício do poder estatal em face da liberdade individual (Dimoulis & Martins, 2014, p. 41). Os direitos fundamentais concebem, igualmente, uma síntese hipotética entre uma moral interiorizada, ancorada na consciência subjetiva e justificada racionalmente e o direito coercivo, regulamentado positivamente (Silva, 2018, p. 44).

Como ideia-guia de sua teoria, Robert Alexy adota um conceito geral e formal, de sorte que, para ele, “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (Alexy, 2015, p. 450).

Concernente às percepções formais, levando em conta seus pontos de vista teóricos, a ideia de direitos fundamentais, que direciona a um conceito, ainda que não muito bem definido e formado, conforme a maior parte dos pensadores desta corrente doutrinária, pode ser abreviada como aquela que conjectura em certos direitos algumas características com caráter de universalidade que os qualificam de fundamentais (Paroski, 2008, p. 100).

Deste modo os direitos fundamentais precisam ter sua definição baseada em sua força formal, decorrente do modo de sua positivação, não levando em consideração o maior ou menor valor moral de certos direitos (Dimoulis & Martins, 2014, p.42). Todavia, a

acepção dos direitos fundamentais com alusão exclusiva a normas constitucionais não é aceita por todos os doutrinadores. Alguns autores, como Robert Alexy, sustentam que os princípios da moral e da razoabilidade determinam em larga medida a existência e o exercício dos direitos fundamentais (Dimoulis & Martins, 2014, p. 46).

Os direitos de todos os homens, não importando sua origem, etnia, raça, cor, sexo, religião e cultura, são fundamentais porquanto essenciais à existência digna da pessoa humana, como os de liberdade, igualdade, vida, integridade física, saúde, subsistência, assistência aos desvalidos e educação, e, além disso, as garantias penais e processuais, abrangendo o acesso à justiça como meio de solucionar os conflitos de interesses, dado o monopólio instituído em favor do Estado (Paroski, 2008, pp. 100-101).

No mesmo sentido é o posicionamento de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais são, pois, os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição. Segundo ele, esta noção readquire múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, à estrutura, ao exercício, ao objeto ou ao conteúdo e à função, bem como abarca verdadeiros e próprios direitos subjetivos, aspirações, perspectivas e, por acaso mesmo, interesses legítimos (Miranda, 2016, p. 229).

Em síntese, os direitos fundamentais são aqueles cuja previsão está expressa na Constituição de um país, bem como aqueles decorrentes dos princípios nela previstos e dos tratados internacionais e outros documentos internacionais celebrados (Nunes Junior, 2019, p. 771).

Demonstra-se adequada a conceituação que tem por ponto de partida a consagração dos direitos fundamentais pelo direito constitucional pátrio, incluindo-se neste enfoque os direitos e liberdades tutelados por meio de instrumentos processuais estabelecidos pela Constituição. Os direitos fundamentais, enquanto direitos positivados pela ordem

constitucional, têm por desígnio principalmente a tutela da dignidade da pessoa humana em detrimento do abuso do Estado — considerando a eficácia vertical —, e dos particulares no campo da eficácia horizontal, envolvendo a defesa contra a miséria, a exploração, a violência e todo e qualquer tipo de ato que se designe ao ferimento daquele cerne de direitos perfilhados como essenciais à pessoa humana pelas constituições democráticas, ou mesmo, em declarações internacionais de direitos (Paroski, 2008, p.102- 105). O que se percebe, pois, é que os direitos fundamentais são, nessa dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares, e constituem um núcleo reservado que se adapta a qualquer ordem jurídica.

2.3 Principais características

A temática abrangendo as características dos direitos fundamentais desenvolveram-se à luz das percepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, em que promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis (Silva, 2015, pp. 182-183). Na doutrina, variam o posicionamento acerca das características, porquanto alguns ampliam essa identificação, conforme enumeração dada por Alexandre de Moraes, para quem, além das características transcritas acima, elas também são de caráter inalienável, irrenunciável, universal, efetiva, interdependente e complementar (Moraes, 2017, p. 22).

José Afonso da Silva, com vistas a explicar cada uma das características arroladas, sintetiza que tais direitos constam de caracteres envolvendo sua (1) historicidade, porquanto são históricos como qualquer direito, já que nascem, modificam-se e desaparecem. Esses direitos apareceram com a revolução burguesa e evoluem, alargam-se, com o passar dos tempos. Atinente à (2) inalienabilidade, estes direitos são intransferíveis, inegociáveis, pois

não dispõem de conteúdo econômico-patrimonial, considerando ainda que a ordem constitucional os confere a todos; por tal razão, deles não se pode desfazer, porquanto são indisponíveis. Além disso, esses direitos são (3) imprescritíveis, haja vista o exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorrerem somente no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Considerando que tais direitos são sempre exercíveis e exercidos, então não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. E, por fim, a característica da (4) irrenunciabilidade, porquanto jamais se aceita a renúncia de direitos fundamentais, apesar de alguns deles até não poderem ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados (Silva, 2015, p. 183).

Acerca da irrenunciabilidade, geralmente não se pode renunciar a um direito fundamental, embora haja possibilidade de renunciar ao exercício de determinado direito fundamental. No caso de haver a renúncia ao exercício do direito fundamental em determinado momento, isso não levará à perda total desse direito fundamental, de modo que se pode voltar a exercitá-lo em outro momento futuro (Ommati, 2018, p. 41).

Já a característica de efetividade diz respeito à atuação do Poder Público em relação à busca pela efetivação dos direitos e garantias previstos, o que se dará por meio de mecanismos coercitivos, já que não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato pela Constituição Federal. A interdependência, por sua vez, faz referência às várias previsões constitucionais que, embora autônomas, detêm variadas intersecções para alcançarem suas finalidades. Deste modo, por exemplo, a liberdade de locomoção está vinculada intimamente à garantia do *habeas corpus*, assim como previsão de prisão apenas por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. No tocante à complementaridade, vale-se de que não se deve interpretar isoladamente os direitos

humanos fundamentais, e sim de modo conjunto, com a finalidade de abrangência dos objetivos previstos pelo legislador constituinte (Moraes, 2017, p. 22).

Na perspectiva de Alexandrino, três ideias se mostraram deveras importante, tais como: (1) os direitos fundamentais visam proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas; (2) também protegem as pessoas, sobretudo, na sua relação com o Estado (ou os poderes públicos em geral); e, (3) habitualmente, a proteção que se dedica traduz-se no impedimento de ingerências do Estado, de modo que não se exclui que essa proteção se possa igualmente exprimir noutro tipo de vínculos, especificamente em deveres de proteção e na conformação da própria ordem jurídica (Alexandrino, 2018, p. 23).

Os direitos fundamentais, pois, são basicamente situações jurídicas: (1) fundamentais, porquanto, “definindo relações qualificadas do homem e do Estado, esses direitos desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano”, atinentes às esferas da existência, da autonomia e do poder; e (2) universais, pois “ainda que se apresentem, por vezes, atribuídos a categorias particulares de pessoas, são direitos de todas a pessoas” (Alexandrino 2018, p. 24). Como bem ensina Gomes Canotilho, a universalidade poderá alargar-se ou restringir-se em consonância com a postura do legislador constituinte, respeitando continuamente o núcleo essencial de direitos fundamentais, que é intangível por qualquer discricionariedade e que pode ser ampliado pela atuação e pela concretização judicial dos direitos (Canotilho, 2018, p. 416).

Dando seguimento ao ponto de vista de Alexandrino, são ainda: (3) permanentes, haja vista tratarem de direitos que não podem ser e deixar de ser, de sorte que se extinguem apenas pela morte do respectivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima o direito; são (4) pessoais, considerando sua ligação estrita à pessoa, à sua vida e personalidade, portanto, inseparáveis dela; (5) não patrimoniais, porquanto são direitos que não cabem avaliação pecuniária, o que ainda os torna intransmissíveis e inexpropriáveis; e

(6) indisponíveis, pois o carácter inalienável do direito vincula o Estado, bem como o próprio titular, considerando como exemplo que não se poderia celebrar um contrato de escravidão. Tais características analisadas são comuns aos direitos fundamentais de liberdade e aos direitos fundamentais sociais (Alexandrino, 2018, p. 24).

Essas características, de modo geral, vinculam-se à geração em que esses direitos surgem e são reconhecidos, embora tecnicamente nem sempre assim é, já que alguns direitos fundamentais não apresentam os caracteres da sua geração, mas de outra, de modo antecipado ou atrasado, ou seja, quando um direito torna-se consagrado, pode ser considerado retardado (Ferreira Filho, 2016, p. 125).

Ommati ressalta que, na doutrina constitucional brasileira, tem se apresentado um certo consenso acerca da relativização dos direitos fundamentais, ou seja, no sentido de que os direitos fundamentais são relativos, pois não existem direitos fundamentais absolutos — inclusive estes podem se colidir, situação que entra a figura do intérprete para solucionar tal colisão por meio do método da proporcionalidade (Ommati, 2018). Tais direitos são relativos e a existência do conflito entre eles encontra razão no fato de os direitos fundamentais se apresentarem como uma ordem concreta de valores. Tais ideias chegaram ao Brasil através da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy¹¹ (2015). Dessas afirmações complexas, já teríamos duas características dos direitos fundamentais: são valores e são relativos.

A esse respeito analisa José Afonso da Silva, para quem seriam absolutos os direitos fundamentais cujo conteúdo e incidência transcorressem absolutamente das normas

¹¹ O debate sobre o carácter dos direitos fundamentais de valores ou normas deontológicas chegou até nós, mais uma vez, através da Alemanha. Lá, após a publicação da obra seminal de Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, e por força da própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que trata os direitos fundamentais como valores, houve, e ainda há, um intenso debate sobre a metodologia da Corte Constitucional Alemã. De acordo com Alexy, que fez uma leitura deturpada da teoria de Ronald Dworkin e sob a influência da jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã, os direitos fundamentais são valores que entram em colisão. E a colisão deve ser resolvida por meio de uma ponderação, juridicamente realizada através da proporcionalidade (Alexy, 2015, p. 91).

constitucionais que os estatuem, e seriam relativos aqueles cujo conteúdo e incidência apenas se preencheriam em conformidade com o previsto em lei (Silva, 2015, p. 184).

Ommati ainda acrescenta que “os direitos fundamentais são valores, não entram em conflito e, portanto, são absolutos” porquanto [...] a questão problema é achar que, por serem valores, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma gradual, a partir de uma otimização realizada por meio do postulado da proporcionalidade. Esse ponto de vista é problemático em razão das possibilidades que abre atinente ao decisionismo judicial, de decisões arbitrárias, não fundamentadas e, portanto, inconstitucionais (Ommati, 2018, pp. 44-45).

A doutrina majoritária, portanto, tem assegurado que os direitos fundamentais seriam inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (Silva, 2015, p. 182), além de conterem essas características iniciais — valoração e relatividade (Ommati, 2018, p. 40). No entanto, alguns estudiosos divergem acerca da existência de algumas dessas características e sua aplicação aos direitos fundamentais. Ommati traz como exemplo o caso do sistema constitucional brasileiro, o qual considera completamente possível e juridicamente válido, já que o referido sistema permite que alguém negocie um direito fundamental seu próprio. Ilustra-se, na ocasião, um exemplo relativo aos direitos à imagem, privacidade e vida privada, constantes do artigo 5º, inciso X, da Constituição brasileira. Segundo permissivo constitucional, e considerando que cabe a qualquer pessoa trocar tais direitos por dinheiro, quando, por exemplo, aceitam participar dos famosos *reality shows*, não se pode afirmar que a inalienabilidade seja uma característica dos direitos fundamentais. Complementa o estudioso sustentando que também não se pode compreender que os direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro sejam imprescritíveis, porquanto quase todos esses direitos estão sujeitos a um prazo processual para sua defesa (Ommati, 2018, p. 40).

Certo é que a identificação e a aplicação das características dos direitos fundamentais recebem apontamentos variados, de modo que alguns doutrinadores ampliam sua caracterização, considerando o posicionamento majoritário que tais características vão além da vontade de a pessoa dispor ou não deles, fazendo alusão da sua existência relacionada a percepções jusnaturalistas.

2.4 Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976

Para garantir que há um Estado de Direito Democrático, é essencial uma constituição política, porque, como lecionam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o Estado de direito democrático exige direitos fundamentais; e estes exigem o Estado de direito democrático, o que ratifica a conexão entre ambos. Tal dependência se dá por meio do “exercício democrático do poder funcionalmente assegurado pelos outros direitos com uma dimensão diretamente política”, através da “legitimação de um domínio democrático, mediante a exigência de garantias de organização e procedimento”, e do “reconhecimento e garantia de um catálogo de direitos liberdades e garantias dos trabalhadores” (Canotilho & Moreira, 1991, p. 99).

Os direitos fundamentais, pois, estão diretamente vinculados com a constituição política e com a constituição econômica, de sorte que sua conexão com a primeira é componente essencial para assegurar que há um Estado de Direito Democrático, enquanto que sua ligação com a segunda se dá em razão do seu vínculo nomeadamente com os princípios do Estado Social (Costa, 2013, pp. 15-17).

Concernente ao conteúdo fundamental da Constituição de 1976, insta ressaltar que o campo dos direitos fundamentais é consagrado em um amplo catálogo de direitos fundamentais (artigos 24 a 79), os quais detêm força jurídica própria (artigo 18), sendo

complementado tal catálogo pela previsão de uma cláusula aberta neste domínio (artigo 16, nº 1). Visando homenagear a ideia de libertação do cidadão português da miséria, da insegurança e da necessidade, o pacto constitucional português prevê um catálogo extenso de direitos sociais, o qual foi alargando-se em decorrência das sucessivas revisões constitucionais (Correia, 2018, p. 59).

A parte I versa sobre direitos e deveres fundamentais em sessenta e oito artigos, correspondendo os títulos I e II à divisão dos direitos fundamentais — liberdades e garantias — e em direitos econômicos, sociais e culturais. Já as partes II, III e IV contêm os princípios fundamentais em conexão com outras matérias (MIRANDA, 2015, p. 188 e ss). O Título I enuncia princípios gerais e comuns, mas não só, tem: “a) princípios gerais ou comuns aplicáveis a todos os direitos fundamentais (art.12º a 16º); princípios específicos de uma categoria particular de direitos fundamentais (arts.17º a 19º e talvez arts. 21º e 22º); c) normas que estabelecem direitos específicos”. O título II diz respeito aos direitos liberdades e garantias, “direitos exclusivamente negativos (direitos à abstenção do Estado)”. O título III, por seu lado, diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, “direitos exclusivamente positivos (direitos a prestações estaduais)” (Canotilho & Moreira, 1991, p. 107)

A Constituição de 1976, portanto, é a mais ampla e a mais complexa de todas as Constituições portuguesas. Isso porque recebeu os efeitos do lento e heterogêneo processo político do tempo da sua formação, por agrupar contributos de partidos e forças sociais em luta (Miranda & Kosta, 2013, p. 38). Ademais, esse vasto catálogo de direitos fundamentais ao qual é inaugurada a Parte I da Constituição não exaure o âmbito constitucional dos direitos fundamentais. Ao longo da Constituição, existem diversos outros direitos fundamentais, designados por “direitos fundamentais formalmente constitucionais”, em

razão de se encontrarem fora do catálogo ou por serem direitos fundamentais dispersos (Canotilho & Moreira, 1991, pp. 114-115).

Pereira da Silva, em uma análise da Constituição de 1976, ainda que epidérmica, reconhece nela traços de uma hierarquia formal dos direitos fundamentais consignados no respetivo catálogo (Silva, 2018, p. 64).

Alguns direitos fundamentais sagrados na constituição que se beneficiam da positivação constitucional são classificados de constitucionais (e fundamentais) por esse fato, embora não se possa considerar materialmente fundamental o seu conteúdo. Outros, em sentido contrário, revestem a forma constitucional e ainda devem considerar-se materiais relativamente à sua natureza intrínseca — direitos formal e materialmente constitucionais (Canotilho, 2018, pp. 404-405).

Dentre os regimes — o de direitos, o de liberdades e o de garantias —, aplicam-se não só aos direitos fundamentais do título II, “mas também aos de natureza análoga (art.17º CRP)”, de modo que os que se beneficiam deste regime específico são os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais, os de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias de participação política, e, por fim, os de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Canotilho & Moreira, 1991, pp. 120-124).

A Constituição de 1976, a despeito do seu carácter compromissório, confere uma unidade de aceção, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, apregoada no art. 1º da Constituição de 1976, sendo esta a primeira Constituição portuguesa que declara expressamente a dignidade da pessoa humana como baldrame de todo o ordenamento jurídico e da República. O que significa dizer, em sua concepção, que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (Miranda, 1999, p. 473).

Célia Zisman esclarece a existência de nomenclaturas as quais possuem suas próprias acepções — dignidade da pessoa humana e dignidade humana. A primeira refere-se ao homem individualmente, enquanto a outra se dirige à humanidade, de modo que se trata de qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e os ultrapassa. Considerada um princípio, a dignidade da pessoa humana afasta qualquer interpretação que eventualmente permite o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em detrimento do nome de pretensos interesses coletivos (Zisman, 2016, p. 2), haja vista que somente se pode permitir jurídico-constitucionalmente uma ponderação e, conforme o caso, uma restrição da dignidade, quando a proteção da dignidade de uma parte repousa ante a proteção da dignidade de outra (Duque, 2014, p. 262).

Além disso, a Constituição portuguesa assim como tantas outras Constituições, não consagra expressamente um direito à dignidade, antes sugerindo a qualificação da dignidade como valor ou como princípio supremo sobre o qual assenta a República. Todavia, a consideração da dignidade da pessoa humana como verdadeiro direito fundamental não é errônea, porém deve o ser, desde que se tenha em conta a sua especificidade (Novais, 2018, p. 90).

Na linha da tradição iniciada pelo preâmbulo da Carta das Nações Unidas e pelo primeiro considerando da subseqüente Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 1º da Constituição portuguesa proclamou-a como um verdadeiro *príus* axiológico, que compete às instituições do Estado de Direito democrático salvaguardar efetivamente por meio dos meios mais apropriados (Silva, 2018, p. 43).

Jorge Miranda conclui seu raciocínio observando que, “de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas” (Miranda, 1999,

p. 473), o que permite sustentar que os direitos fundamentais são de fluências imediatas da dignidade da pessoa humana.

Em Portugal, os direitos fundamentais têm sido sempre registrados na Constituição instrumental, de sorte que nunca se adotou a técnica das declarações de direitos. No entanto, a Constituição de 1976, ainda que contenha um catálogo de direitos fundamentais sem analogia talvez com nenhuma outra Constituição, ainda vem instituir, no n.º 2 do art. 16º¹², o princípio da interpretação e da integração dos preceitos sobre direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal. Logo, atualmente os direitos fundamentais, em sentido formal, aparecem na Constituição instrumental, bem como numa Declaração de direitos (Miranda, 2015, p. 178).

A Constituição portuguesa, portanto, revela uma dupla abertura em matéria de direitos fundamentais, já que não só admite a existência de direitos fundamentais não consagrados no texto constitucional, mas constantes das leis e das normas de Direito Internacional, como também determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme previsto no artigo 16º, n.º 2, da CRP (Miranda, 2015, p. 190).

Nesse contexto, o art. 16º, n.º 2, da CRP estabelece os direitos fundamentais em Portugal numa conjuntura mais vasta e mais sólida que a da ordem jurídica positiva do Estado, situando-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais — e, por

¹² Art. 16, Constituição da República Portuguesa — “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (n.º 1); Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 2)”.

¹³ A respeito dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, ver: Miranda, 1986; 2000.

consequente, todas as normas da ordem jurídica portuguesa — têm de ser pensadas e postas em prática (Miranda, 2016, p. 124).

Neste conjunto, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), de 1950, assume especial destaque, porquanto afirma a prioridade e a centralidade dos direitos humanos como responsabilidade dos Estados-Membros. De modo a garantir a efetividade dessa lista ou catálogo dos direitos humanos, a CEDH previu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, fundado em 1959, com sede em Estrasburgo, não se tratando de um órgão da União Europeia, ao contrário do Tribunal de Justiça da União Europeia, mas de uma jurisdição do Conselho da Europa. É por meio desse tribunal que os cidadãos europeus gozam de legitimidade processual ativa e podem deduzir pretensões jurídicas para a defesa dos direitos fundamentais, diretamente aplicáveis e judicialmente exequíveis (Correia, 2018, p. 88-89).

O acesso ao judiciário procede do movimento renovatório do direito e implica propiciar ao cidadão o amplo e irrestrito acesso ao judiciário, desde a propositura da ação até a tutela definitiva do seu conflito¹⁴. O acesso à justiça é consequência lógica do exercício da função jurisdicional como monopólio estatal (Mello & Moreira, 2015, p. 628).

Considerando a abertura dos direitos fundamentais para além das fontes de direito interno, significa uma “amizade ao Direito Internacional”, o que está também presente, ao menos em alguma das duas vertentes aludidas, na Constituição brasileira¹⁵ (Correia, 2018, p. 89). Outrossim, não menos importante, o reconhecimento de direitos fundamentais são as formas de defesa desses direitos. No Estado constitucional essa proteção opera-se, desde logo, mediante a garantia de acesso aos tribunais ou acesso à justiça (artigos 20, 202 e 268,

¹⁴ Cumpre lembrar que o movimento de acesso à justiça é tratado, em obra ímpar, por Cappelletti e Garth (no original, *Access to justice: a world wide movement to make rights effective, a general repport*), sob a figura das ondas renovatórias do acesso à justiça. Esse tema será tratado em tópico oportuno no próximo capítulo.

¹⁵ A abertura, na Constituição brasileira, assume contornos específicos e está bem evidenciada nos §§ 2, 3 e 4 do artigo 5º do texto Constitucional de 1988.

nº 4, da CRP). No sentido de comparar as Constituições portuguesa e brasileira, aduz-se que a Constituição de Portugal prevê em seu artigo 20º o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, tutela esta que se configura ainda em uma garantia institucional a importar numa necessidade e numa garantia de estrutura judiciária propiciadora de uma proteção jurídica eficiente (Mello & Moreira, 2015, p. 628).

Referindo-se à previsão portuguesa, Canotilho assevera que o princípio do acesso ao direito e aos tribunais visa garantir o acesso aos tribunais e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio*¹⁶ (Canotilho, 2018, p. 433).

O respectivo direito de acesso aos tribunais consta também de instrumentos internacionais, conforme casos do artigo 10º da Declaração dos Direitos do Homem, o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Correia, 2018, p. 119).

No ordenamento jurídico-constitucional português, existem instrumentos específicos de proteção jurisdicional e não jurisdicional dos direitos fundamentais. Cumpre esclarecer que, no contexto da Revisão Constitucional de 1989 e na Revisão de 1997, discutiu-se amplamente em Portugal a consagração do recurso de amparo, embora não tenha sido adotado. Correia destaca que qualquer iniciativa de introdução no ordenamento jurídico-constitucional português da figura do “recurso de amparo”, ou de outra semelhante, deverá pressupor sempre uma “reponderação” ou um “reexame” do sistema português de justiça constitucional no seu todo (Correia, 2018, p. 126).

¹⁶ Discorrendo acerca do princípio do regime geral dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho dispõe: “Em termos gerais — e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade — o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as provas, controlar as provas do adversário e discreetar sobre o valor e resultado das causas outras” (Ac. TC 86/88, DR, II, 22/8/88) (Canotilho, 2018, p. 433).

Ademais, insta acrescentar que outras opções já foram tomadas no sistema português e que estas constituem instrumentos muito eficazes quanto à tratativa de proteger os direitos fundamentais, com vistas à garantia de proteção material dos direitos protegidos a todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômico-cultural, ou de qualquer outra circunstância.

2.5 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988

A teoria dos direitos fundamentais demonstrou sua importância a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, de modo que, desde essa passagem, vem paulatinamente se consolidando perante a comunidade jurídica internacional, já que acredita na dignidade da pessoa humana como um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder. No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais logrou prestígio nos últimos anos, notadamente com a promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988 (CF/88), de sorte que introduziu um novo ciclo no cenário jurídico nacional (Marmelstein, 2016, p. 63).

A pretensão da Constituição de 1988 era o sepultamento do cadáver autoritário da ditadura militar e, por isso, passou a representar para os brasileiros a certidão de nascimento de uma democracia, ainda que tardia e por muito tempo esperada. A sociedade brasileira viveu por cerca de 30 anos com a supressão de liberdades em razão do regime militar, pois nesse período não havia o exercício das liberdades de expressão e política, enquanto reinavam a tortura, as perseguições ideológicas e a repressão (Marmelstein, 2016, p. 64).

O Brasil acompanhou uma tendência mundial quando adotou a expressão “direito e garantias fundamentais”, a exemplo da Constituição de Portugal, de 1976 (Parte I, Título I), da Constituição da Espanha, de 1978 (Título I), da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949

(Capítulo I), dentre outras (Nunes Júnior, 2018, p. 765). As vigentes Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) possuem muitos traços semelhantes, já que ambas aprovaram em uma Assembleia Constituinte a extensão das matérias com relevância constitucional, além de terem demonstrado cuidado na inclusão da garantia aos direitos de liberdade, bem como de terem consagrado numerosos direitos sociais, com descentralização e abundância das normas programáticas (Miranda, 2016, p. 100).

A Constituição de 1988 utilizou-se pela primeira vez na história da nomenclatura “direitos e garantias fundamentais”. A Constituição de 1824 utilizava no Título 8º a expressão “garantias dos direitos civis e políticos”. A Constituição de 1891, inspirada em Declarações de Direitos dos séculos XVII e XVIII na Inglaterra, Estados Unidos e França, utilizou-se no Título IV, seção III, da expressão “declaração de direitos”. Enquanto a Constituição de 1934 manteve em seu Título III a expressão “declaração de direitos”, incluindo no Capítulo II o Título III, designado “dos direitos e das garantias individuais”, expressão mantida pela Constituição de 1937, conforme previsto em seu art. 122, e na Constituição de 1946, em seu Título IV, Capítulo II, na Constituição de 1967, em seu Título II, Capítulo IV (Nunes Júnior, 2018, p. 765).

A esse respeito, a Constituição de 1988 apresenta algumas variações em relação ao modelo tradicional, seguido pelas anteriores, levando-se em conta que, em primeiro lugar, houve enumeração dos direitos e garantias fundamentais logo num Título II, de modo que os antecipou à estruturação do Estado. Na sequência, o Título II, no capítulo inicial, pronuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no próximo trata dos “direitos sociais”, para nos subsequentes reger as questões que dizem respeito à nacionalidade, aos direitos políticos e, a final, aos partidos políticos. Todavia, por último, deve-se registrar que, noutros pontos da Constituição, são abalizados direitos fundamentais, como exemplo da seção atinente às limitações do poder de tributar (Ferreira Filho, 2016, pp.

119-120). Em que pese tenha havido essa variação, essa Constituição há muitos anos vem sendo aguardada pelos brasileiros com vistas à superação da fase ditatorial que suprimia tantos direitos tidos por fundamentais.

A Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, é fruto desse clamor popular, considerada a Constituição cidadã por Ulysses Guimarães, o Presidente da Assembleia Constituinte, em seu discurso enaltecendo a nova Constituição, o qual foi proferido no mesmo dia da sua promulgação (Marmelstein, 2016, p. 64). A Constituição de 1988 compreende em seu art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos, não lhe bastando defendê-los contra os abusos originários do Estado e de outras procedências, de modo que inseriu o homem no Estado, tornando-o credor de direitos e serviços, os quais podem ser exigidos via mandado de injunção (Nunes Júnior, 2018, p. 766).

Concernente à enumeração de direitos fundamentais, em todas as constituições brasileiras, desde a de 1891 (art. 78), teve seu caráter exemplificativo em relação à enumeração de direitos fundamentais, assim como o é na Constituição vigente, a qual prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, CF/88).

A partir dessa análise, confirma-se que a Constituição brasileira admite a existência de direitos fundamentais implícitos, o que não era diferente nas anteriores, os quais podem decorrer do “regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República seja parte”. Esses direitos implícitos são também direitos fundamentais por sua natureza, de modo que outros expressos na Constituição podem induzi-los ou deduzi-los (Ferreira Filho, 2016, p. 120). Haverá, portanto, outros direitos fundamentais decorrentes dos princípios adotados pela Constituição e também dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

Em relação aos direitos decorrentes dos princípios constitucionais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vem reconhecendo direitos fundamentais que não estão expressos na Constituição Federal, como, por exemplo, o duplo grau de jurisdição que garante ao cidadão o direito de ver reexaminada uma decisão judicial, preferencialmente por outros juízes, de superior instância, sendo que este princípio não contém previsão expressa na Constituição (Nunes Júnior, 2018, p. 770).

No Brasil, a concretização dos direitos fundamentais é arrematada, em amplo alcance, pela jurisdição constitucional, especificamente por meio do controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, exercido pelo Poder Judiciário. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, bem como dispõe de ações ou remédios constitucionais designadamente instituídos para a tutela dos direitos fundamentais. Dentre os principais remédios, o *habeas corpus*¹⁷, o mandado de segurança, individual e coletivo¹⁸, o *habeas data*¹⁹, o mandado de injunção²⁰, a ação popular²¹, a ação civil pública²², ações diretas de

¹⁷ Art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁸ Art. 5º, inc. LXIV, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Art. 5º, LXX “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

¹⁹ Art. 5º, LXXII, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

²⁰ Art. 5º, LXXI, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

²¹ Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

²² Art. 129 da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

inconstitucionalidade²³, arguição de descumprimento a preceito fundamental²⁴, além das tradicionais vias ordinárias, que estão sempre abertas para a proteção dos direitos fundamentais, por força do princípio do acesso à Justiça²⁵ (Marmelstein, 2016, pp. 65-66). Tais remédios constitucionais são movidos pelo titular do direito violado ou ameaçado (individualmente) ou por entidades ou órgãos legitimados para atuarem (coletivamente) (Correia, 2018, p. 121).

Após abertura com um preâmbulo, a Constituição de 1988 elenca os “princípios fundamentais”, de modo que consagra, no domínio dos direitos fundamentais, um amplo catálogo de direitos fundamentais, os quais são mencionados em seu art. 5º, no tocante à garantia de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; à fixação de prazo nos termos da lei para que os poderes públicos prestem informações; à designação do racismo e da tortura como crimes inafiançáveis; às ações de mandado de segurança coletivo, ao mandado de injunção e à figura do habeas data, dentre outros. No parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, o constituinte inseriu texto determinando que as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata. Diferentemente das Constituições do passado, a vigente Constituição prioriza os direitos fundamentais em relação às demais matérias, além de asseverar a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias, considerando-se, pois, declaração mais forte do Estado democrático de direito (Miranda, 2016, p. 100).

No catálogo dos direitos fundamentais, também estão inseridos os direitos sociais, conforme o artigo 6º a 11, os quais abrangem a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos

²³ Art. 102 da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

²⁴ Art. 102, § 1º, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

²⁵ Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação. Além disso, também existe uma conexão dos direitos fundamentais com a garantia institucional da advocacia (artigo 113) e a criação de Defensoria Pública ao serviço dos necessitados (artigo 134) (Correia, 2018, p. 66).

Desde o seu preâmbulo, o texto constitucional evidencia que a finalidade da República Federativa do Brasil é instituir um Estado Democrático, com vistas a garantir o exercício de determinados direitos²⁶ como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Em que pese prossiga afirmações negando a natureza jurídica do preâmbulo constitucional, ainda assim a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas não podem ser negadas, porquanto representam as pretensões axiológicas do constituinte (Marmelstein, 2016, pp. 64-65).

Nesse contexto, indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade são tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais, sendo suficiente recordar que a dignidade da pessoa humana foi expressamente alçada pela primeira vez na história constitucional brasileira (art. 1º, III, da CF/88) à condição de pedra angular do Estado Democrático de Direito brasileiro, por seu turno ainda como tal instituído e consagrado no texto constitucional (Sarlet; Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 259).

Já partindo para o texto constitucional propriamente dito, percebe-se que os direitos fundamentais receberam do constituinte uma posição topográfica privilegiada, haja vista terem sido colocados logo nos artigos iniciais da Constituição (arts. 5º a 17). Em comparação às constituições anteriores, o legislador quebrou uma tradição constitucional brasileira, já que, nas antepassadas Constituições, tais direitos posicionavam-se nos

²⁶ Dentre eles, os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

capítulos finais do texto constitucional, posterior ao comando referente à disciplina da organização dos poderes e da divisão de competências. Os direitos fundamentais, portanto, não somente abrem a Constituição de 88, mas passaram a ser reconhecidos como cláusulas pétreas, o que significa dizer que nem mesmo as emendas constitucionais poderão abolir tais direitos (art. 60, § 4º, inc. IV) (Marmelstein, 2016, p. 65).

A matéria atinente às cláusulas pétreas encontra-se expressa no artigo 60, § 4º da CF/88, enquanto especificamente o inciso IV do respectivo parágrafo trata de direitos e garantias individuais. Cumpre lembrar que o surgimento de novos direitos, ainda que criados por Emenda Constitucional, não podem ser considerados cláusulas pétreas, conforme sustentam Gilmar Mendes e Paulo Gonet em relação a esse posicionamento. Os autores alegam que não poderia o poder constituinte derivado, no exercício do poder reformador, criar uma norma intangível, haja vista tal atributo ser exclusivo do constituinte originário, pois:

[...] Se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado, não tolhe evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente. A questão que pode ser posta, no entanto, é a de se saber se os novos direitos criados serão também eles cláusulas pétreas. [...] Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer- diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar- não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente (Mendes & Branco, 2017, p. 128).

Do mesmo modo como ocorre na Constituição portuguesa, em função da abertura do sistema de direitos fundamentais, a Constituição brasileira também acolhe direitos dispersos ao longo do texto constitucional e direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Não esquecendo que a Constituição brasileira também faz alusão aos

direitos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, embora durante muito tempo o STF tenha atribuído aos tratados de direitos humanos apenas a hierarquia de lei ordinária, o que já foi superado (Sarlet; Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 260). Por outro lado, depois da Emenda nº 45, de 2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais, conforme previsão do § 3º, art. 5º da CF/88 (Miranda, 2016, pp. 100-101).

Levando em conta que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico interno do país, a Constituição de 1988 veio a reconhecer um vasto rol de direitos individuais e coletivos, aqueles listados ao longo do artigo 5º e também em outros dispositivos esparsos, de modo que passou a prever os direitos sociais, o direito de nacionalidade, dentre tantos outros, todos indubitavelmente considerados direitos fundamentais (Nunes Junior, 2019, p. 769).

Para classificação, o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais. A primeira das espécies trata dos direitos individuais e coletivos, os quais equivalem aos direitos diretamente conectados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como os direitos à vida, de dignidade, de honra e de liberdade. A segunda espécie são os direitos sociais, consagrados a partir do art. 6º, direitos considerados como aqueles cujas características voltam-se às liberdades positivas, os quais devem ser observados obrigatoriamente por parte do Estado, com vistas ao melhoramento das condições de vida aos hipossuficientes, porquanto assim é possível concretizar a igualdade social, haja vista esta configurar um dos fundamentos do Estado Democrático, conforme ensina o art. 1º. A terceira espécie são os direitos de nacionalidade, sendo ela o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, possibilitando que este indivíduo se torne um componente do povo, da dimensão pessoal

deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos. A quarta espécie são os direitos políticos, regulamentado no art. 14, tratando-se de um conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, sendo tais direitos públicos subjetivos e possibilitando o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo os atributos da cidadania. A quinta espécie são os direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos, de modo que estão regulamentados pela Constituição os partidos políticos como instrumentos imprescindíveis e essenciais para preservação do Estado Democrático de Direito, garantindo-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para efetivar o sistema representativo (Moraes, 2017, pp. 23-24).

Como visto, os princípios fundamentais, na condição de espécie das normas constitucionais, são dotados, portanto, de eficácia e aplicabilidade, sendo normas jurídicas vinculativas, ainda que sua força jurídica não seja igual (em todos os aspectos) à das regras ou mesmo à das normas de direitos fundamentais que, a despeito de terem uma dimensão objetiva (e quanto a tal ponto se aproximam dos princípios essencialmente objetivos, como é o caso dos princípios fundamentais aqui versados), assumem a condição de direitos subjetivos (Sarlet; Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 264).

Em suma, na Constituição brasileira, no art. 5º, há direitos fundamentais materiais, como o direito à vida (*caput*), mas também direitos fundamentais apenas formais, como, por exemplo, o direito a certidões (inciso XXXIV, *b*), que, embora seja importante, não conecta à dignidade da pessoa humana. Esta distinção entre direitos fundamentais material e direitos fundamentais formais é acolhida pela doutrina de Ferreira Filho (2016, p. 122) e de Jorge Miranda (2015, p. 9 e ss).

Ainda no catálogo dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 consagrou expressamente o acesso à justiça em seu artigo 5º, inciso XXXV, como direito fundamental

de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (Seixas & Souza, 2013, p. 69). Embora o acesso à justiça não deixe de ser um valor, no ordenamento jurídico luso-brasileiro, é mais do que isso, tratando-se de um direito fundamental assegurado por norma constitucional. Ademais, ambas as constituições (portuguesa e brasileira) incluem um programa normativo muito ousado em matéria de direitos fundamentais. No entanto, o texto português não é tão extenso quando comparado com o texto brasileiro (Correia, 2018, p. 87).

No campo da tutela jurisdicional brasileira, muitos são os instrumentos que a Constituição disponibiliza aos cidadãos sob seu poder para fazer valer os direitos fundamentais, a exemplo do mandado de segurança (individual e coletivo), a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação civil pública (Paroski, 2008, pp. 211-213), considerados instrumentos jurídico-processuais de proteção contra o abuso do poder (Marmelstein, 2016, p. 65). Nesse ponto, o constituinte percebeu que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à Justiça, como bem demonstraram Cappelletti & Garth.

Capítulo 3 – O acesso à justiça e os direitos fundamentais sob o enfoque de Cappelletti & Garth

Sabemos que os conflitos não são algo recente na sociedade, visto que, em qualquer meio onde exista a coletividade, também existirá alguma disputa, sendo necessários certos mecanismos para resolver tais contendas, considerando suas próprias características e necessidades comuns. Em países do ocidente, tal como no caso de Brasil e de Portugal, as questões sociais, subjugadas aos contextos diversos de interesses, marcaram e ainda marcam a relação entre Estado e Sociedade.

Em tempos remotos, diversos eram os interesses e, quase sempre opostos, de modo que a justiça que prevalecia era, evidentemente, a justiça dos que estavam no poder. Em uma análise moderna, a evolução da abordagem desta temática reflete a evolução do próprio Estado, que sai de uma preocupação apenas estrutural de atendimento às demandas, passando pelo acolhimento das questões sociais e da coletividade, chegando à revisão de sua finalidade e dos instrumentos dispostos ao atendimento dos resultados propostos, dialogando agora com a sociedade sobre os meios de resolução de conflitos (Oliveira, 2015, p. 29). Sabemos, ainda, que as necessidades humanas são ilimitadas, muito embora sejam limitados os bens necessários à sua satisfação, de sorte que, dessa maneira, surgem os conflitos de interesses.

Com os olhos voltados para a antiguidade, naquele período viviam os homens em grupos, possuindo seus meios de solução para os conflitos da forma que reputavam mais justos, de modo que impunham a vontade do mais forte ao mais fraco, ou pela autocomposição ou pela heterocomposição. A princípio, não havia, nessas sociedades primitivas, nenhum ordenamento positivado ou escrito, sendo as decisões embasadas nos entendimentos dos sacerdotes, considerados estes os primeiros juízes. Além disso, também

eram respeitadas as resoluções das pessoas mais velhas, as quais se tornaram, com o transcorrer dos tempos, o direito traduzido em um conjunto de decisões, sendo qualificado por casuísmos, o que fez surgir determinados costumes. Nesse sentido, mencionamos os ensinamentos de Mauro Paroski acerca do acesso à justiça no período da antiguidade:

A justiça era o que decidiam os sacerdotes com base em suas próprias convicções e na jurisprudência dos precedentes, consubstanciados pelas decisões anteriores, dos mesmos ou de outros julgadores. Não havendo uma instituição democraticamente posta à disposição do homem, com outorga de garantias que possibilitassem o acesso à mesma, tudo se resumia à vontade dos sacerdotes, e numa fase mais avançada, ao conselho dos mais velhos da comunidade. O casuísmo era uma das notas distintivas do direito da época, e por extensão, da solução das controvérsias (Paroski, 2008, p.105)

Com o transpor dos tempos, tais conjuntos de decisões passaram a ser entendidos como conteúdo do direito, de maneira que ensejaram a origem de códigos que posteriormente eram transformados em leis, tal como o Código de Hamurabi, do século XXIII a.C. O referido documento, em sua época, foi considerado como um condutor da divindade para com os súditos, tendo como conteúdo regras, a exemplo da proibição da opressão do mais forte pelo mais fraco e da impossibilidade de acesso à Justiça por estrangeiros e escravos, posto que estes não eram considerados cidadãos.

Podemos inferir que na antiguidade prevalecia o direito dito consuetudinário, visto que foram posteriores as codificações. Voltando ao conteúdo antes analisado sobre os pensamentos filosóficos acerca da justiça, alguns estudiosos defendiam que as leis teriam fundamento racional e não arbitrário, pregando-lhes obediência, mesmo que injustas, sendo o Estado indispensável para a convivência do homem em sociedade, de maneira que esta convivência harmoniosa deveria ser garantida pelas leis.

Neste contexto, as leis existiam para serem cumpridas, mesmo não sendo justas, além de não serem verificadas as garantias do homem contra o Estado e seus mecanismos de efetivação, de modo ainda a notarmos que “o nascimento do Estado praticamente coincide com o surgimento do Direito e, ambos, com a criação de mecanismos para a existência do primeiro e a realização do último” (Cichocki Neto, 2009, p. 51).

Partindo desse pressuposto, inferimos que o acesso à justiça configura verdadeiro direito fundamental e podemos até configurá-lo como o direito dos direitos, sobretudo como o principal dentre os direitos fundamentais, uma vez que seria ineficaz existirem os direitos fundamentais se não existissem os mecanismos necessários ao seu exercício.

Em tempos passados, os primeiros instrumentos constitucionais tinham como objetivo a limitação dos poderes do Estado, visando impedir sua excessiva interferência nas vidas privadas dos cidadãos, já que não existia a separação absoluta dos poderes, de modo que se resolviam os conflitos mediante a vontade do soberano, favorecendo o interesse das classes dominantes, o que prejudicava os interesses da maioria da população. O declínio dos sistemas absolutistas fez surgir o Estado Liberal, cuja característica predominante é abstencionista, porquanto não visa intervir nas liberdades dos cidadãos, deixando de se preocupar com a satisfação das necessidades sociais. Não se pode esquecer que, no contexto do Estado liberal, a justiça era ligada à manutenção do *status quo* e havia uma visão individualista do processo. A filosofia iluminista do século XVIII pregou a igualdade de todos perante as leis; em suma, o que ora se pode chamar de ruptura com a injustiça, em prol da Justiça (Oliveira Neto, 2016, p. 37).

Entre os séculos XIX e XX, a doutrina do constitucionalismo moderno houve por bem positivizar nos textos constitucionais a garantia do acesso à justiça, com o propósito louvável de promover o salto da igualdade formal para a igualdade material. Nesse período, o acesso à justiça, nessa quadra histórica, sobre ser visualizado unicamente como acesso aos

Tribunais, inclinava-se, ainda, para o atendimento exclusivo de interesses individuais (Oliveira Neto, 2016, p. 37).

Ainda no que diz respeito aos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos (Cappelletti & Garth, 1988, p. 9), de maneira que o direito ao acesso à proteção judicial constituía basicamente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (Seixas & Souza, 2013, p. 74). Como apontavam a dinâmica e os princípios processuais, melhorar o acesso à justiça significava apurar o direito de ação (Nunes & Teixeira, 2013, p. 21). Desse modo, o acesso formal era equivalente à igualdade formal, mas ambos não efetivos à justiça.

Vimos, portanto, que, no contexto liberal, o conceito teórico de acesso à justiça esteve também atrelado a uma perspectiva privatista. Ocorre que, com a transição para o Estado Social, alterações substanciais foram promovidas nesse contexto. Já com a sucessão do Estado Social, tendo como marco político, na Europa, a redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se a vitória do modelo constitucional norte-americano. Por volta de 1948/1950, período que precede a redemocratização europeia, os países do continente europeu possuíam como centro do ordenamento jurídico a lei e, como órgão supremo, o parlamento, competente para realizar o controle de constitucionalidade. Após a redemocratização é que os países europeus democráticos criaram tribunais constitucionais, incumbidos de realizar o controle de constitucionalidade das leis (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 262).

Já no Brasil essa transição para o Estado Social ocorreu tardiamente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que consolidou o processo de democratização brasileiro e ampliou o direito fundamental ao acesso à justiça, resguardando a lesão, a ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, inciso

XXXV (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 265). Nesse contexto evolutivo, notamos que o direito ao acesso efetivo à justiça passa a receber particular atenção a partir das reformas do *Welfare State*, pois, nessa nova conjuntura, tal direito passa por reformas que instrumentalizam os indivíduos de novos direitos substantivos, enquanto no sistema do *laissez-faire* tal acesso detinha de altos custos, o que impossibilitava a sua efetividade e o seu alcance a todos que dele careciam.

Observamos, portanto, que a luta pelo acesso à justiça não é tarefa fácil para aqueles que são hipossuficientes econômicos, visto que existem muitos obstáculos que vão além da ordem financeira, incluindo a própria ausência de conhecimento dessas pessoas. Nesse caminho, converge o entendimento de José Cichocki Neto, para quem “indubitavelmente, a pobreza, ainda, constitui fator de maior gravame ao acesso à Justiça”, concluindo que “[...] é hipocrisia acreditar que o modelo nacional satisfaz plenamente as exigências da justiça. A determinação constitucional, insculpida no inciso LXXIV não passa, ainda, de mera esperança de realização efetiva” (Cichocki Neto, 2009, p.115).

Podemos observar, ainda, que nos países em que existe evidente desigualdade social, sendo ainda o desenvolvimento social precário, temos algumas barreiras que impedem o acesso ao direito e à justiça, visto que:

[...] Nas nações onde as desigualdades sociais se afiguram mais profundas, o discurso, quando não é focado na ausência de reconhecimento do direito de acesso à justiça, é direcionado às limitações ao seu exercício, e especialmente, à inacessibilidade da maioria dos cidadãos aos instrumentos garantidores de direitos básicos referentes à liberdade e à fruição dos direitos civis e políticos (Mendonça, 2013, p. 217).

Mauro Cappelletti trata do problema do acesso à Justiça pelos mais humildes como uma problemática já bastante envelhecida, destacando o brocardo latino de Ovídio “*curia*

pauperibus clausa est”, que significa: “o tribunal está fechado para os pobres”, de modo que ainda enaltece o único modo de o pobre agir e defender-se em juízo na Roma pré-imperial, que era o de valer-se de um rico e poderoso “patrono”, com todas as implicações de sujeição (Cappelletti, 2008, p. 190). Ademais, nos tempos modernos, podemos afirmar que “[...] a sacração do acesso ao direito e à justiça como direito qualificado pela nota da fundamentalidade, no ocidente, revelou-se como resposta crítica à evolução social, jurídica e política do Estado detentor do monopólio da administração da justiça” (Mendonça, 2013, pp. 141-142).

No Brasil, a Carta Magna de 1988 (CF/88) esculpiu diversos direitos fundamentais juntamente com outros diplomas normativos infraconstitucionais, sobretudo o acesso à justiça e seus mecanismos de efetivação, vislumbrando-se como acesso ao Poder Judiciário, e também o devido acesso a outros meios de solução extrajudicial dos conflitos, tais como arbitragem²⁷. Também outras inovações legislativas buscaram uma maior efetivação da prestação jurisdicional, como a Lei nº 11.441/2007²⁸, que trouxe a possibilidade de realização de divórcios, separações e inventários consensuais extrajudiciais²⁹, e a Lei nº 11.790/2008³⁰, que possibilitou a realização de assentos de nascimento fora do prazo, em cartório, mediante a apresentação de duas testemunhas.

Em Portugal, a Constituição de 1976 (CRP/76) elenca os direitos fundamentais de maneira que revela uma dupla abertura em matéria de direitos fundamentais, visto que admite a existência de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, mas também aqueles constantes das leis e das normas de Direito Internacional, assim como

²⁷ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

²⁸ Lei nº 11.441, de 7 de janeiro de 2007. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm

²⁹ Ressaltamos, nesse contexto, a manutenção destes institutos de solução extrajudicial de conflitos no vigente Código de Processo Civil brasileiro — Lei 13.105/2015 em seu art. 733, permitindo o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes mediante escritura pública.

³⁰ Cf. Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008. Altera o art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11790.htm

determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme previsto no artigo 16º, nº 2, da CRP (Miranda, 2015, p. 190). Outrossim, não menos importante que o reconhecimento de direitos fundamentais são as formas de defesa desses direitos. No Estado constitucional, essa proteção opera-se, desde logo, mediante a garantia de acesso aos tribunais ou acesso à justiça³¹ (artigos 20, 202 e 268, nº 4, da CRP/76), e, ao lado dele, temos salvaguardadas outras garantias, conforme ensinamentos de Gomes Canotilho:

O direito de acesso aos tribunais é posicionado ao lado dos direitos fundamentais processuais, encampa as garantias constitucionais do processo e respectivas emanações, e é revelado como direito fundamental formal que requer densificação legal por intermédio de outros direitos fundamentais (Canotilho, 2018, p.491).

Nessa perspectiva, entendemos que o acesso à justiça, como direito fundamental, não pode ser trazido como fundamento de que todas as demandas da sociedade devam ser apresentadas ao Judiciário, mas, sobretudo, que não vivemos mais sob o prisma da lei do mais forte, da Lei de Talião, na qual a justiça era imposta pelo mais forte ao mais fraco, não se podendo haver a imposição de vontades, e, sim, podendo-se ainda basear em normas de autocomposição dos conflitos, meio em que deve haver a cessão de interesses por ambos os conflitantes, primando por uma solução mais célere, justa e eficaz do conflito.

³¹ Algumas Constituições têm normas que garantem o direito de ação de forma menos abrangente, seja por se preocuparem apenas com a tutela jurisdicional dos direitos e liberdades constitucionais (p. ex., Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982, art. 24, 1), seja por assegurarem o acesso ao Poder Judiciário somente em face de ofensas derivadas de atos do poder público (p. ex., Constituição da Hungria de 1949, art. 57, 5; Constituição da Bulgária de 1991, art. 120), seja ainda por admitirem a possibilidade da exclusão de certas situações da apreciação jurisdicional (p. ex., Constituição da Suíça de 1999, art. 29-A), cf. Martins (2018, p. 732).

3.1 O acesso à justiça como um direito fundamental

O direito de acesso à justiça e ao direito é um direito fundamental e pode, por meio da concreta conformação do regime processual, ser realizado ou afetado de modos muito diferenciados. O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é, ele mesmo, um direito fundamental, constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso inerente à ideia de Estado de Direito (Costa, 2013, p. 28), visto que é do próprio Estado de Direito que se deduz “a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito” (Canotilho, 2018, p. 514).

O acesso à justiça, visto como direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, para a proteção de direitos subjetivos lesados ou ameaçados, ou, em outros termos, o acesso a uma ordem jurídica justa, no sentido de se alcançar a efetivação dos valores e objetivos declarados pela Constituição (brasileira e portuguesa) e a realização efetiva dos direitos assegurados pela ordem jurídica em geral, tem sua eficácia reduzida diante de problemas internos e externos ao sistema. Dentre os principais obstáculos ao acesso à justiça, os óbices externos ao sistema processual residem mais precisamente nos campos político, social e econômico-financeiro (Paroski, 2008, pp. 210-211).

Nas Constituições brasileira e portuguesa, extenso é o leque de direitos esculpidos nos documentos constitucionais de 1988 e 1976, respectivamente, reputados como direitos fundamentais, direitos estes que são tidos como normas autoaplicáveis e que servem para resguardar a integridade física e psíquica dos seus cidadãos, de modo que, assim, se tutela a efetiva dignidade da pessoa humana como corolário da formação do cidadão. Depreendemos que os direitos fundamentais são extensíveis a toda e qualquer pessoa que resida no território nacional, independentemente de sua nacionalidade. Neste sentir,

destacamos as previsões constitucionais que resguardam os direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à intimidade, dentre tantos outros, de maneira que não haveria de ter sentido um rol tão extenso de direitos fundamentais se não se vislumbrasse o acesso à justiça.

Ainda que seja ousadia dizer que o acesso à justiça se trata do direito dos direitos, ou o mais fundamental deles, acreditamos que de nada adiantaria todo um acervo de normas de caráter material se não existissem mecanismos para a sua efetivação, se os indivíduos não tivessem ou pudessem buscar a efetivação de seus direitos por meio de soluções para eventuais conflitos de interesses, visando colocar fim a atos que violem preceitos normativos a eles outorgados.

Dentre os seus significados, o acesso à justiça significa “[...] a possibilidade de proteção jurídica apropriada, por intermédio de decisões eficazes, fundadas no direito, e temporalmente adequadas e exequíveis” (Mendonça, 2013, p. 207). Nesse sentido é o posicionamento de Mauro Paroski, quando afirma que “o acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais da jurisdição” (Paroski, 2008, p. 138). Consoante esse ponto de vista, identificamos que o exercício ou a manutenção de direitos estão diretamente vinculados à oportunização do efetivo acesso à Justiça, de modo que se possibilita não somente a provocação do Poder Judiciário, mas também a utilização de meios extrajudiciais para a solução de conflitos.

No Brasil, esse direito fundamental encontra respaldo no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, visando a uma garantia de ingresso em juízo, ou seja, esse princípio fundamental consiste em garantir às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, concretizando a universalização da jurisdição (Dinamarco, 2007, p.

360). Nesse sentido, temos o designado “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, que traz como premissa a possibilidade que todas as pessoas têm de resguardarem seus interesses, fazendo cessar lesões aos seus direitos, o que significa o rompimento de obstáculos, a inserção de mecanismos de facilitação ao ingresso em juízo e, sobretudo, de fornecimento de meios suficientes ao desenvolvimento do procedimento, tais como a redução de custas, a duração razoável do processo e, principalmente, a isonomia no âmbito processual.

Em Portugal, esse direito fundamental está esculpido no art. 20, embora a Constituição portuguesa contenha outros direitos fundamentais e que diretamente estão relacionados a procedimentos, tais como os direitos fundamentais ligados ao acesso à Justiça (arts. 19, § 4º; 101, § 1º; 103, § 1º; e 104). Ademais, a despeito da ampla utilização do princípio do Estado de Direito para fundamentar exigências de criação e de configuração de procedimentos, o denominador comum na jurisprudência é atribuir direitos a procedimentos aos direitos fundamentais materiais em respeito à dignidade humana (Alexy, 2015, p. 475).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth observam que “[...] constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’”, de maneira que “[...] é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 41). É nesse contexto que o acesso à justiça vai ser visto “como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 8).

A busca pela Justiça é um processo no sentido de que seja garantida a sua efetividade por meio da necessária remoção de obstáculos e da adequação do procedimento

ao custo, pois, assim como postularam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, vários são os obstáculos que devem ser transpostos para se efetivar o acesso à justiça, tais como as custas judiciais, a possibilidade das partes e os problemas especiais dos interesses difusos (Cappelletti & Garth, 1988, p.15). Notamos, portanto, que o acesso à justiça detém consonância com a efetivação de direitos, independentemente se fundamentais ou não.

Com base na construção teórica de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth, veremos que a percepção de acesso à justiça sofre uma reconstrução pela doutrina luso-brasileira, cujos desdobramentos alcançam o direito material e processual. Enquanto no passado cabia ao indivíduo lutar e defender com as suas próprias forças os seus direitos então violados, a partir do Estado Democrático de Direito, a autotutela passou a ser medida excepcional, de modo que se incumbiu ao Judiciário o dever de zelar pela devida aplicação da lei, por meio da resolução dos conflitos de interesses, dando a cada caso a solução que se considere justa, efetivando o acesso a uma ordem jurídica justa. Logo, podemos afirmar que o acesso à justiça é reconhecidamente o mais fundamental dos direitos, pois visa garantir mecanismos predispostos à satisfação de preceitos fundamentais, resguardando-se, portanto, os ditames consagrados nas cartas constitucionais luso-brasileira.

3.2 As ondas do movimento de acesso à justiça na visão de Cappelletti & Garth

Como fontes remotas do movimento de acesso à justiça, encontramos o Código de Hamurabi — Lei das XII Tábuas³² —, o qual previa a possibilidade de o interessado ser

³² De acordo com José Carlos Moreira Alves, a história externa do direito romano — correspondente a uma introdução histórica, na qual são estudadas a jurisprudência, as instituições políticas e as fontes de cognição do direito romanas — mostra-se fundamental para que se ingresse no estudo da história interna, que serve de palco para a análise das instituições de direito privado. Dito isso, é de se observar que a Lei das XII Tábuas, do ano de 450 a.C., é tida como um dos marcos de um dos períodos que é estudado na história externa do direito romano, mais precisamente o Republicano, compreendido entre 510 a.C. e 27 a.C., cujo término coincide com o momento em que o Senado investe Otaviano no poder supremo, com a denominação de príncips. Antecede a esse período a Realeza, que vai da origem de Roma a 510 a.C. Como posterior ao período Republicano, podemos mencionar o Principado, compreendido entre 27 a.C. e 285 d.C., cujo término coincide com

ouvido perante o soberano, que possuía o poder de decisão, demonstrando uma evidente visão tradicional do acesso à justiça, consistente no acesso ao julgador (Seixas & Souza, 2013, p. 73). Contudo, entendemos que tal movimento obteve verdadeiro alcance logo na década de 1970, após a concretização de um projeto específico, o qual envolveu estudiosos de várias áreas para a análise do fenômeno “acesso à justiça”.

Estamos falando do Projeto de Florença para o Acesso à Justiça³³, concebido na cidade de Florença, na Itália, cuja criação teve por fim o estudo de variados assuntos, sob um aspecto multidisciplinar, dentre os quais enumeramos: (1) o repensar do conceito de acesso à justiça, (2) a análise dos obstáculos que impedem materialmente o alcance do acesso à justiça, (3) as sugestões de meios para solucionar e superar esses obstáculos, dentre tantos outros. Seu coordenador foi Mauro Cappelletti, resultando tal experiência em seu principal livro, “Acesso à Justiça”, hoje considerado a síntese das análises teórico-empíricas realizadas pelos pesquisadores do projeto³⁴. Mediante um estudo da realidade social sob a óptica mundial, a referida obra prevê direitos, tais como os metaindividuais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth estudaram meios e possibilidades da democratização ou distribuição igualitária do acesso à justiça, argumentando que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação” (Cappelletti & Garth, 1988, p.11-12).

Ao criar as chamadas “ondas renovatórias do acesso à justiça”, os autores buscaram inspiração em posicionamentos que emergiram a partir de 1965. Podemos identificar que as

o início do último período, denominado dominato, que vai de 285 a.C. a 565 d.C., data em que morre Justiniano (Alves, 2018, p. 1).

³³ O documento oficial de finalização do Projeto Florença consistiu numa obra de, ao todo, oito tomos, publicados em 1978. O Relatório Geral do Projeto Florença foi intitulado “*Access to Justice: The World wide Movement to Make Rights Effective a General Report*” e publicado em Milão no ano de 1978. No Brasil, traduziu-se a última obra, aqui intitulada “Acesso à Justiça”, publicada em 1988.

³⁴ Dentre os quais podem citados: Bryantt Garth, J. Gordley, E. Johnson Jr, J.A. Jolowicz, Adolf Homburger (Pace University, N.Y.), P.O. Bolding (Universidade de Lund, Suécia), Anders Bruzelius (Lund), Jan Hellner (Universidade de Estocolmo), Yvette Lobin (Universidade de Aix-en-Provence, França), Maurice Rosenberg (Universidade de Columbia, N.Y.), G.D.S. Taylor (Canberra, Austrália), Philippe Thery (Universidade de Paris), David Trubek (Universidade de Wisconsin), Kim Economides (atualmente na Universidade de Exeter, Estados Unidos), Régine Loosli (Marselha), David Margolick (Florença).

ondas evolutivas possuíam como premissas básicas retiradas de seus fundamentos: a gratuidade judiciária, a coletivização das ações e a aceleração processual. Isso porque a primeira onda consistiu em uma análise da assistência judiciária; a segunda onda, por sua vez, analisou a representação jurídica dos interesses difusos, principalmente no que diz respeito ao direito ambiental e do consumidor; enquanto a terceira onda teve enfoque no acesso à justiça, tratando de forma bastante específica mecanismos para se resguardar o acesso a uma ordem jurídica mais justa, célere e eficaz (Cappelletti & Garth, 1988, p. 31).

Podemos notar que os movimentos ou ondas do acesso à justiça refletem o próprio paradigma político, que evolui do aspecto puramente liberal, passando pela óptica social e atingindo o pluralismo político e social (Oliveira, 2015, p. 29). No Brasil, as ondas renovatórias refletiram nos movimentos de promoção da conciliação e da mediação pelo Judiciário com o propósito de reduzir a excessiva judicialização.

3.2.1 A primeira Onda – Assistência Judiciária aos Pobres

No Brasil, as ondas de acesso à justiça criadas por Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolà Trocker foram aos poucos sendo estruturadas, refletindo a primeira onda na Lei da Assistência Judiciária Gratuita, publicada em 1950³⁵, que, porém, sofreu significativas alterações em 1975, 1977, 1986, 1989 e 2015 (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 266).

A primeira onda consiste em propiciar serviços jurídicos aos hipossuficientes econômicos, visto que, na maior parte dos Estados modernos, só é possível o acesso ao judiciário por intermédio de advogado, visto que este é quem possui capacidade postulatória. Outro reflexo dessa primeira fase foi a criação dos Juizados Especiais Cíveis,

³⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, tivemos, pela primeira vez, reconhecida a necessidade da prestação de assistência jurídica aos necessitados a partir da Constituição de 1934, na qual se institucionalizou esta garantia, anteriormente só expressa em sede de legislação ordinária. Após o hiato da Constituição Polaca de 1937, a Constituição de 1946 volta a prever a garantia, devendo-se ainda registrar que a assistência judiciária gratuita só foi regulada em 1950 pela Lei nº 1.060.

Criminais e da Fazenda Pública (Lei nº 9.099/95) e dos Juizados Especiais Federal (Lei nº 10.259/2001)³⁶, que atendem a causas de pequeno valor (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 266). Em relação ao processo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais e dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, ressaltamos que este segue de exemplo para aquele, pois é adotado o mesmo modelo de procedimento célere. Ou seja, o procedimento nos Juizados Estaduais segue, como parâmetro, o procedimento dos Juizados Federais, observando-se as modificações decorrentes da incidência da Lei nº 10.259/01 (Seixas & Souza, 2013, p. 84).

Assim, para que se ingresse com demanda judicial, necessária se faz a presença de um advogado. No Brasil, dentro da atual ordem normativa, são exceções à regra da necessidade de advogado para se propor uma demanda do *habeas corpus*, previsto no art. 5º, inciso LXVIII da CF/88³⁷, e a propositura de ações no Juizado Especial Cível quando o valor da causa não exceda a 20 (vinte) salários-mínimos³⁸. Já em Portugal, o *habeas corpus* está previsto no art. 31º, da CRP/76, e também dispensa a atuação do advogado para sua impetração, conforme redação dada ao artigo 222º, 2, do Código de Processo Penal Português (CPPP)³⁹.

De igual modo, os Defensores Públicos também detêm capacidade postulatória, reconhecidos no art. 134 da CF/88⁴⁰, incumbidos de defender os denominados

³⁶ Lembramos que a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, alterou a Constituição Federal brasileira de 1988, prevendo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabelecendo a respectiva competência. Em 12 de julho de 2011, foi promulgada a Lei nº 10.259/01, que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais.

³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] Art. 5º LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988)

³⁸ Conforme Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm

³⁹ Artigo 222.º do Código de Processo Penal Português: “[...] 2 - A petição é formulada pelo preso ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, é dirigida, em duplicado, ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, apresentada à autoridade à ordem da qual aquele se mantenha preso e deve fundar-se em ilegalidade da prisão proveniente de: a) Ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente; b) Ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite; ou c) Manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.”

⁴⁰ A Emenda Constitucional de nº 80/2014 também alterou o artigo 134, da Constituição da República nos seguintes termos: “Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos,

hipossuficientes, sendo “os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 32).

Embora tenha sido reconhecido o direito de acesso, não foram propiciados mecanismos para a sua efetivação. Ocorre que, de início, eram designados advogados particulares para prestar essa assistência gratuita, sem qualquer remuneração ou contraprestação. A questão é que estes advogados então designados não se dedicavam à defesa dos menos favorecidos, dando preferência ao exercício de suas atividades laborativas em favor daqueles que tinham condições de pagar os altos honorários. Ainda assim, os causídicos que ainda participavam deste programa estabeleciam rígidos critérios para aqueles que desejassem aproveitar-se deste benefício. É por tal razão que essa primeira onda, designada onda da assistência judiciária, evoluiu no tempo, fazendo surgir sistemas que buscavam efetivar esta assistência, de sorte que ganhou destaque o Sistema Judicare⁴¹, cuja finalidade era proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado, sendo ideal que a sucumbência fosse de logo repassada ao Estado, e não ao cliente (Cappelletti & Garth, 1988, pp. 35-39).

Ainda na primeira onda, Mauro Cappelletti e Bryant Garth buscaram suprir a lacuna deixada pela ausência de assistência judiciária, sustentando e defendendo o direito de os pobres acorrerem ao Judiciário com o auxílio de advogados pagos pelos cofres públicos. Criou-se, então, o sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos (Cappelletti & Garth, 1988, p. 39), de modo que “os serviços jurídicos deveriam ser prestados por ‘escritórios da vizinhança’, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de

de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 de ta Constituição Federal.”

⁴¹O sistema Judicare foi o adotado na década de 70 em países como a Áustria, a Alemanha e a Holanda. Ele colocava à disposição do cidadão hipossuficiente os serviços de advogados particulares pagos pelo Estado. O Sistema de Advogados pagos pelos cofres públicos colocava à disposição do pobre os serviços de escritórios jurídicos de vizinhança, priorizando o tratamento de suas causas como interesses de classe. O terceiro sistema é um híbrido dos dois anteriores, em que se admite ao cidadão o patrocínio de suas causas igualmente por advogados públicos e particulares, um modelo combinado que permitiria o atendimento tanto às pessoas menos favorecidas quanto aos pobres como grupo (Cappelletti & Garth, 1988, p. 65).

promover os interesses dos pobres, enquanto classe” (Cappelletti & Garth, 1988, pp. 39-40). Vale ressaltar que, ao contrário do *judicare*, o sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos visa esclarecer aos menos favorecidos acerca de seus direitos e que, a partir de então, passassem a desejar defender seus interesses.

Em um primeiro momento, o Sistema *Judicare* tinha o propósito educativo-instrutivo para esclarecer o cidadão sobre quais seriam os seus direitos. Somente depois é que proporcionava o efetivo ingresso de eventual demanda judicial. Os escritórios dos advogados eram menores, localizados em bairros mais populares, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe, proporcionando ao hipossuficiente algumas vantagens, tais como “os custos e a informação jurídico pessoal dos pobres”, pois tentavam auxiliar os mais pobres de forma mais eficiente, inclusive na esfera extrajudicial, tutelando-se também os interesses coletivos. Por outro lado, também possuía algumas desvantagens, visto que o Sistema “necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 41).

A obra dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth ainda se mostra atual dentro da ordem jurídica luso-brasileira, visto que, mesmo diante do lapso temporal de sua escrita, as premissas traçadas encontram verdadeira consonância com os problemas assistenciais no âmbito luso-brasileiro.

3.2.2 A segunda Onda – Representação dos Interesses Difusos

Podemos observar que, ainda na primeira onda, Mauro Cappelletti e Bryant Garth introduziram noções primárias acerca dos interesses difusos, bem como a sua tutela, mas deixaram para a segunda onda a sua análise mais profunda, designadamente a

“representação dos interesses difusos” (Cappelletti & Garth, 1988, pp. 49-67). Mauro Cappelletti e Bryantt Garth lecionam que:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam — a razão de sua natureza difusa — é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação (Cappelletti & Garth, 1988, p. 26).

Antes do até então processo civil tradicional, a esses direitos assim chamados, os direitos coletivos ou grupais, não era concebida proteção, sendo vistos apenas como solução de conflitos entre dois indivíduos. Isso porque a visão clássica do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, visto que somente se visualiza o processo entre apenas duas partes, considerando que elas se encontravam em litígio e buscavam o Judiciário com o intuito de solucionarem os seus próprios interesses individuais (Seixas & Souza, 2013, p. 76).

No Brasil, a segunda onda de acesso à Justiça deu origem à Lei de Ação Civil Pública, ao Código de Defesa do Consumidor, à Lei da Ação Popular, dentre outros instrumentos voltados aos interesses difusos e coletivos, ressaltando-se as modificações processuais do processo coletivo, notadamente, no que tange à legitimação ativa (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 266).

Essa onda ficou designada como movimento para tutela dos interesses transindividuais/metaindividuais, como litígios de “direito público”, dada a importância dos assuntos a serem discutidos, tornando-se tema de políticas públicas envolvendo grupos de pessoas. Houve necessidade de se adaptar conceitos até então engessados, tal como a legitimidade ativa e a citação, àquela nova realidade, visto que, em certos casos, não seria

possível trazer a juízo todas as pessoas, todos os membros do grupo ou daquela coletividade, como no caso de demandas que envolvam danos ambientais. Nesse contexto, era necessário que houvesse um representante legal, para que este agisse em benefício daquela coletividade. Do mesmo modo, era necessária a adequação de conceitos processuais, a exemplo dos efeitos da sentença e o seu trânsito em julgado, de forma que fizesse que a decisão fosse realmente efetiva, alcançando todos os interessados.

Enquanto no processo individual a regra é a legitimação ordinária, situação em que somente o titular do direito material controvertido pode comparecer em juízo em nome próprio, contrariamente é o que ocorre no processo coletivo, visto que sua regra é que determinados entes ou que certas pessoas com legitimidade para tanto ingressem em juízo em nome próprio, mas a defesa é de cunho alheio, materializando o princípio da universalidade da jurisdição, corolário do princípio do acesso à justiça (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 267).

Enfatizam ainda Mauro Cappelletti e Bryant Garth que “a visão individualista do devido processo judicial está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 48).

Vimos como grande problemática nessas duas primeiras ondas a insuficiência destas na questão de resolver o grande número de processos⁴², razão pela qual a terceira fase do acesso à Justiça se ocupa da criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, bem como de novos procedimentos de acordo, adequando-se as leis processuais à realidade externa ao processo (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 267). Essa terceira onda foi denominada por Mauro Cappelletti e por Bryant Garth como “acesso à representação em juízo a uma

⁴² Conforme dados extraídos do portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação que aguardavam alguma solução definitiva. Tal número representa uma redução no estoque processual, em relação a 2018, de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, sendo a maior queda de toda a série histórica contabilizada pelo CNJ, com início a partir de 2009. (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

concepção mais ampla de acesso à justiça”, chamando-a de novo enfoque de acesso à justiça, consistindo em um movimento mundial por um direito e por uma justiça mais acessíveis.

3.2.3 A terceira Onda – O Acesso à Representação em Juízo a uma Concepção Mais Ampla de Acesso à Justiça. Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça

A terceira onda diz respeito às mudanças que estão ocorrendo nos últimos tempos ao direito e ao Poder Judiciário, visto que essas transformações têm como objetivo garantir um melhor acesso à justiça aos necessitados, por meio da disposição de vias alternativas às judiciais para resolver os conflitos (Seixas & Souza, 2013, p. 76). Essa terceira onda “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos [...] centrada no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e/ou prevenir disputas nas sociedades modernas” (Cappelletti & Garth, 1988, pp. 67-68).

Percebemos que essa onda delinea novas premissas ao acesso à justiça, haja vista seus novos instrumentos ou meios que facilitam a busca pela efetivação de uma justiça universal. Tal universalização pode ser alcançada por meio de uma maior conscientização dos cidadãos no que concerne aos seus direitos, também por meio da implementação de mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais, não se esquecendo da conciliação⁴³ como meio de ofertar uma eficaz solução para o conflito de interesses.

⁴³ A conciliação é uma política adotada e incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação, em agosto daquele ano. Anualmente, o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual. Todavia, a cultura da conciliação ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados. (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Esses meios alternativos ao Judiciário constituem a nova tônica para a efetivação do acesso à Justiça, com vistas à celeridade, à oralidade e à eficiência. Podemos tê-los como referenciais ao modelo de verdadeira justiça justa. Ainda que tenham os preceitos colecionados nas outras duas primeiras ondas constituído-se em fatores relevantes para o acesso à Justiça, são os programas de assistência judiciária que finalmente tornarão disponíveis advogados para aqueles que não conseguem custear seus serviços, uma vez que, cada vez mais, se tornam pessoas conscientes de seus direitos (Cappelletti & Garth, 1988, p. 67).

Percebemos um aumento da consciência dos cidadãos quanto à noção dos direitos que os circundam e dos mecanismos necessários à sua efetivação. Outrossim, ainda temos a questão problemática do acesso à justiça, que abrange os três poderes. No Executivo, temos a atuação na busca de propiciar estrutura às Defensorias Públicas, realizar campanhas de conscientização dos direitos. No Legislativo, temos a elaboração de lei cujo escopo é facilitar o acesso à justiça e ao Judiciário consagrando certas premissas, tais como a informalidade e a celeridade do processo, a conscientização de que a conciliação é meio eficaz à solução de conflitos, bem como alguns tribunais tentam manter-se em pauta zero, fazendo com que demandas que demorariam anos para serem solucionadas obtenham seu desfecho de forma mais rápida.

As novas percepções do processo civil trilham neste caminho, facilitando o modo de proposição das demandas, as quais citamos como exemplo, no Brasil, a instituição dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais (Leis nº 9.099/1995 e nº 10.259/2001), a desnecessidade de se autenticar todas as cópias dos documentos que instruem a petição inicial, bem como a inexigibilidade de autenticação de assinatura nos instrumentos procuratórios (art. 225 do CC e 425 do CPC), e, recentemente, a vigência do CPC/15 (Lei 13.105/2015), fatos que demonstram as novas tendências para um processo judicial mais

célere, efetivo, justo e satisfativo, o que constitui verdadeiras representações do que Mauro Cappelletti e do que Bryant Garth denominaram de terceira nova onda, consistindo tais premissas em verdadeiros corolários à efetivação do direito⁴⁴.

O mínimo posto na Constituição é complementado pelo direito processual, passando o direito de acesso à justiça da potência ao ato, nos casos de lesão ou de ameaça a direito, levando em conta que possibilita o exercício dos demais direitos. Nessa perspectiva, no Brasil, é a terceira fase do acesso à justiça que predomina na doutrina e na jurisprudência, sendo alguns reflexos o advento do vigente Código de Processo Civil, promulgado em 2015, e da Lei de nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação (Jauris & Sgarbi, 2017, p. 267).

Segundo ensinamentos de Oliveira Neto:

O ordenamento jurídico brasileiro, atento à realidade que se reveste da maior importância e atualidade, obriga a criação pelos tribunais de Centros de Solução de Conflitos (arts. 165, caput, NCPC, e arts. 8º a 11 da Resolução nº 125/2010 do CNJ); autoriza que a mediação e a conciliação se realizem perante Câmaras Privadas que possuem suas próprias regras procedimentais, além de quadro próprio de mediadores e conciliadores cadastrados; e, por fim, estimula a que a Administração Pública crie Câmaras Administrativas para solução consensual de conflitos (art. 174, NCPC, e art. 32 da Lei nº 13.140/2015) (Oliveira Neto, 2016, p. 45).

Observamos que o novo enfoque de acesso à justiça tem seu alcance destacadamente mais amplo e informal que os anteriores. Nos dias atuais, a conciliação passou a ser vista como forma eficaz de solucionar os conflitos de interesses, seja extra ou endoprocessual, significando que as partes detêm uma maior consciência, porquanto sabendo que, mesmo

⁴⁴ No Brasil, notamos, portanto, uma tendência de se destacarem os mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Destacamos, nesse contexto, o impacto do novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e que tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme dados da Justiça em números 2020, constatamos que nesses três anos de vigência da legislação processual civil, cresceu o número de sentenças homologatórias de acordo, cerca de 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019. Em comparação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo, cerca de 6,3% (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

abdicando de parcela mínima do seu direito, poderão resolver a lide de maneira que possibilita verificar a prestação de uma verdadeira justiça. Nesse sentido, José Junior Mendonça adverte:

Na doutrina e na jurisprudência estabilizou-se o entendimento de que assegurar o acesso à justiça significa garantir não só acesso aos órgãos judiciais, mas, especialmente, viabilizar o acesso a mecanismos aptos para produzirem tutela jurisdicional adequada, célere, econômica e efetiva, bem como aos meios alternativos de composição dos conflitos (Mendonça, 2013, p. 206).

Logo, observamos que acesso à justiça significa ingressar com uma demanda, mas, indo além, com a pretensão de ofertar tratamento isonômico e de paridade de armas aos litigantes, para que o Magistrado possa agir com imparcialidade na resolução da lide, e também que esta solução jurídica seja ofertada em tempo oportuno, para que, assim, o direito pretendido não seja mitigado em razão do simples decurso do lapso temporal.

Ademais, a efetividade do acesso à justiça, portanto, reclama o incremento de vários fatores: educação; informação; assessoria técnico-jurídica; abertura do Judiciário para o cidadão, através da democratização dos meios; ações positivas do Estado sobre a vida em sociedade, visando educar e simultaneamente informar; entre outros. A informação traz, entre seus benefícios, a conscientização sobre direitos que está atrelada à conscientização quanto aos meios de obtê-los, logo levando ao conhecimento coletivo a correspondente separação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário (Oliveira Neto, 2016, p. 102-105).

A plenitude do acesso à justiça, em qualquer realidade jurídica, depende do grau de conhecimento que os destinatários das normas tenham sobre os direitos, porquanto somente quem conhece os seus

direitos tem condições de usufruir das vantagens decorrentes da sua efetivação (Mendonça, 2013, p. 142).

O desconhecimento dos direitos ou do modo de ajuizar uma ação é um problema que não atinge somente aos pobres, consoante ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeções a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção (Cappelletti & Garth, 1988, p. 8).

Para Cappelletti e Garth, as duas primeiras ondas dedicaram-se ao aprimoramento da assistência judiciária e ao reconhecimento e à reivindicação dos novos direitos, de sorte que foram responsáveis por significativos avanços no acesso à justiça. Mesmo com o reconhecimento do limite daquelas iniciativas, necessário se fez apresentar a terceira onda de reformas, que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (Cappelletti & Garth, 1988, p. 25). Observamos, portanto, que a cada onda os autores apresentaram as “etapas a serem vencidas para que a atividade jurisdicional sofresse um aprimoramento naquilo em que o *então* moderno Estado Social de Direito esperava da efetiva tutela jurisdicional” (Nunes & Teixeira, 2013, p.40).

Embora a lógica democrática igualitária afirme que é de se salutar que todas as pessoas tenham acesso, de modo equânime, às ferramentas jurídicas, o que temos são relações sociais atualmente massificadas, enquanto o sistema jurídico posto encontra-se

despreparado para o volume dessas relações massificadas, ocasionando uma saturação. A prevenção do problema intrínseco às relações massificadas e à massificação do uso das ferramentas judiciais deve ser feito com mecanismos tais como a criação de um sistema mais flexível, célere, com preparação técnica e tecnológica. É certo que, nesse contexto, as aludidas ondas evolutivas tendem a demonstrar o processo em premissas, como a facilidade de acesso e a celeridade da prestação de uma adequada justiça (Jauris & Sgarbi, 2017, p.271). É importante, portanto, lembrarmos que os mecanismos mencionados devem surgir a partir de racionalizações legítimas, de modo que não ofendam o fundamento básico do princípio do duplo grau de jurisdição.

3.3 A evolução do acesso à justiça nas constituições portuguesas

Entre os séculos XVII e XVIII, notadamente nas Ordenações Afonsinas e Filipinas, encontramos menções de previsão do acesso aos tribunais da parte dos indigentes. Alguns alvarás e regimentos já previam o acesso aos tribunais da parte desses indigentes, mas, nesse período, ainda não se falava de direitos fundamentais, tampouco do acesso ao direito e aos tribunais como um direito fundamental de todos os cidadãos (Costa, 2013, p. 24). A partir do constitucionalismo moderno, no século XIX, é que surge em Portugal a cogitação de se falar de direitos fundamentais, sob influência dos movimentos liberais oriundos da América do Norte e da Europa, de modo que se passou a serem positivadas algumas normas na Constituição relacionadas com o acesso à justiça. A literatura especializada divide em quatro períodos o constitucionalismo português, de modo que o primeiro trata do período liberal-monárquico, que abarca as Constituições de 1822, 1826 e 1838; o segundo período refere-se ao liberal-republicano, que abrange a Constituição de 1911; o terceiro período é o

nacionalista-autoritário, compreendendo a Constituição de 1933; e o quarto período é o democrático-social, respeitante à vigente Constituição de 1976 (Costa, 2013, p. 24).

A Constituição de 1822 decorreu do fim da Revolução Liberal Portuguesa de 24 de Agosto de 1820, cuja influência do liberalismo fez com que houvesse a proclamação de liberdades e direitos fundamentais de 1ª geração, de modo que se demonstrou preocupada com a justiça estritamente referente à magistratura com um reconhecimento longínquo da garantia do juiz natural (art.176), com a publicidade do processo (art. 201), sobre a possibilidade de exame recursal de questões de maior relevância econômica (art. 188), e também daquelas que igualmente fossem alvo de nulidade ou injustiça notória (art. 191, IV, e 192). Não se garantia o direito de acesso aos tribunais; o que havia era o direito de petição para o Executivo e o Legislativo no artigo 16, sendo que o artigo 17 também se revelava importante nessa área (Costa, 2013, pp. 24-25).

A Carta Constitucional de 1826, dentre as Constituições Portuguesas, foi a que mais tempo esteve em vigor, se mantendo em vigor por 3 períodos, porém não sendo um documento constitucional que introduziu mudanças, de sorte que apenas manteve o direito de petição para o executivo e o legislativo. Embora tenha buscado conciliar os interesses dos absolutistas e dos liberais, reforçando o poder do rei, manteve algumas disposições para a magistratura, especificamente sobre a sua permanência no cargo, a qual somente era atingida através de sentença (art.122); inseriu a garantia de inamovibilidade (art. 130); manteve a eleição de um juiz diretamente feita pelo povo (juiz de paz); inseriu a obrigatoriedade de conciliação prévia (art. 128); manteve o duplo grau de recurso (art. 125) e a estabilidade das decisões judiciais (art. 145, nº 11), e dispôs sobre a igualdade de todos os cidadãos perante a lei (art. 145 nº 12) (Costa, 2013, p. 25).

Por sua vez, a Constituição de 1838 também valorizou os direitos fundamentais, de modo que lhes concedeu um título específico, robustecendo ainda mais o estatuto liberal do

indivíduo. Também não inseriu grandes inovações, sobretudo atinentes à justiça, a não ser no que concerne ao direito de petição (art. 15). A Constituição de 1838 teve uma tendência mais liberal do que social, o que contrapôs um pouco o ideário republicano que induzira à revolução. Nesse período, a doutrina já se preocupava com a justiça e com a sua acessibilidade a todos os cidadãos, o que era para também motivar o legislador constituinte. No entanto, este somente manteve o direito de petição que havia saído da Constituição de 1838, de modo que ali não vislumbrou uma garantia do direito à jurisdição (art. 20, nº 30); constituiu o princípio do juiz natural (art. 21, nº 3), a independência do poder judicial (art. 6), a igualdade perante a lei — abrangendo-se a igualdade perante a Justiça (art. 3, nº 2); o duplo grau de recurso. Enquanto, em relação à inovação, temos a introdução do direito ao contraditório (art. 20, nº 3), da simplificação do processo sem causar prejuízo à administração da Justiça; do reconhecimento de direito ao contraditório (art. 20, nº 3), da simplificação do processo sem causar prejuízo à administração da Justiça, do reconhecimento de direitos materialmente fundamentais (art. 4), da inamovibilidade e vitaliciedade respeitante ao Judiciário (Costa, 2013, p. 25-26).

A Constituição de 1933, com vertente claramente fascizante e limitadora de direitos fundamentais, manteve o direito de petição no artigo 8º, nº 18 (COSTA, 2013, p.26), e consagrou o recurso contencioso de atos administrativos definitivos e executórios no que concerne nomeadamente à justiça administrativa. Também destacou a relevância da estabilidade das decisões judiciais, manteve a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juízes e consagrou a publicidade das audiências, salvo exceções especiais (art. 118 e 120) (Costa, 2013, pp. 25-26).

A Constituição de 1976 manteve a garantia mínima dos administrados e também autorizou, por um lado, a Assembleia da República a criar tribunais administrativos visando garantir uma maior defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Por isso, no âmbito da tutela jurisdicional, a CRP/76 assegura a todos o “acesso ao direito” (art. 20, nº 1, 1ª parte) e “nos termos da lei”, “a informação e a consulta jurídica” (art. 20, nº 2, 1ª parte)⁴⁵. Observamos, pois, que o direito de acesso ao direito e à justiça é um direito complexo “marcado por normas”, pois nele se precipitam várias dimensões constitutivas a que correspondem outros tantos níveis de garantia. As normas constitucionais em leis de organização, funcionamento e processo marcam aqui: o acesso e o direito de acesso à justiça constitucional (Canotilho, 2011, p. 7). De um modo rígido, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caracter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade, como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais para a defesa dos direitos, os princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, o direito de *habeas corpus*, o princípio *non bis in idem* (Canotilho, 2018, p. 396).

Gomes Canotilho destaca as razões da centralidade da garantia do acesso ao direito da tutela jurisdicional efetiva, de modo que elenca três posições para explicitá-las. Primeiro, porque ela dispõe um rol de direitos fundamentais, visto que qualquer comunidade de direito é fundamentalmente uma comunidade de ‘direitos’. Segundo, porque a realização da dimensão de *juridicidade do poder* depende exclusivamente de uma proteção jurisdicional efetiva, posto que tal *juridicidade* sinaliza-se no seu sentido básico de “proibição da autodefesa e de firmação do monopólio estatal da coerção”. Terceiro, porque, levando em

⁴⁵ Na Constituição portuguesa, de 1976, Artigo 20º, “1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

conta o recorte do “direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional” como direito autônomo e específico, é possível fazer funcionar uma tutela dos direitos a diversos graus (Canotilho, 2011, p. 7). Conforme veremos na análise a seguir, essa busca pela efetivação da justiça nada mais é do que a promoção do direito aos direitos, ou mesmo a democratização do direito na designada sociedade de informação.

3.4 Análise do art. 20 da CRP/76

O atual documento constitucional português (CRP/76) consagrou expressamente o princípio da tutela jurisdicional efetiva em seu art. 20; todavia esse dispositivo sofreu muitas alterações no passar dos anos, de maneira que foram introduzidos outros conteúdos também considerados importantes no que diz respeito ao acesso à justiça, tais como a revisão ocorrida em 1982, que alterou a epígrafe para “Acesso ao direito e aos tribunais”, e a revisão de 1989, que trouxe a garantia expressa do acesso ao direito e aos tribunais para a defesa de quaisquer posições jurídicas, bem como estipulou a consulta jurídica e o patrocínio judiciário. Já a revisão de 1997 modificou mais uma vez a epígrafe do artigo para “acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva”, introduzindo ainda o direito da parte de fazer-se acompanhar por um advogado, além de também inserir o direito ao proferimento de uma decisão em prazo razoável e a um processo equitativo, bem como de incluir a existência de mecanismos céleres e prioritários para a defesa de direitos, liberdades e garantias (Costa, 2013, p. 26).

Consoante a previsão do art. 20 da CRP/76, o legislador constituinte consagrou expressamente o princípio em tela ao prever que “a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” (art. 20, nº 1, primeira parte), “não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios

econômicos” (art. 20, n° 1, segunda parte), sendo relativo o conceito de insuficiência econômica, uma vez que não pode a ele ser dissociado o valor das custas e dos encargos no acesso ao direito e aos tribunais. Pelo fato de não poder denegar a justiça por insuficiência de recursos é que “a Constituição impõe a adoção de um conceito amplo de apoio ou de assistência judiciária” (Miranda & Medeiros, 2010, p. 428).

Ressalvadas as situações de insuficiência de meios econômicos, o legislador goza de ampla liberdade na fixação do montante das custas (cf. ACS n° 70/98, 521/99, 708/05)⁴⁶, mas a lei não pode adotar soluções de tal modo onerosas que, na prática, impeçam o cidadão de aceder à justiça (Miranda & Medeiros, 2010, p. 430). Por isso, também garantiu a todos o direito ao “patrocínio judiciário” (art. 20, n° 2); contudo não se extrai desse direito “o dever” de o interessado constituir um advogado como seu mandatário em qualquer processo judicial (Miranda & Medeiros, 2010, pp. 424-426), visto que veda a denegação da Justiça por insuficiência de meios econômicos (Costa, 2013, p. 26). Isso porque assegura ao particular a defesa da sua posição jurídica subjetiva, uma vez que, através dele, este pode ser técnico — juridicamente aconselhado quando pretender defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos (Carvalho, 2014, p. 20).

Extraímos da leitura conjugada dos n°s 1 e 2 do art. 20 que, nos termos da lei, os poderes públicos devem ainda propiciar a todos, mesmo que desprovidos de meios econômicos, a informação e a consulta jurídicas. Trata-se, pois, de elemento essencial à administração da justiça e constitui elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais, já que confere aos particulares a concreta defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (Miranda & Medeiros, 2010, pp. 424-425).

⁴⁶ A esse respeito, o Tribunal Constitucional já entendeu que não é necessário que a taxa de justiça corresponda ao custo do serviço da administração da justiça (Ac n° 67/90), dispensando a “equivalência econômica entre o valor do serviço e o montante da quantia a prestar pelo utente desse serviço” (ac n° 349/02).

Gomes Canotilho lembra que o direito de acesso aos tribunais significa direito a uma proteção jurisdicional adequada (Canotilho, 2018, p. 497), assim como observamos na disposição do art. 20 da CRP/76, que trata explicitamente do direito de acesso aos tribunais. Destacamos ainda o direito de reparação dos danos provenientes de erro judiciário ou da anormal administração da justiça, visto que a garantia de acesso aos tribunais implica a possibilidade de reação contra determinados vícios da decisão jurisdicional (Miranda & Medeiros, 2010, p. 450).

Ainda sobre esse direito, entendeu o Tribunal Constitucional (por exemplo, AC n° 38/87) que não se garante em todos os casos de acesso aos tribunais o direito a um duplo grau de jurisdição, embora seja a regra pela existência de duas instâncias quanto à (1) matéria de fato e, de outra, de revisão quanto a (2) questões de direito (Canotilho, 2018, p. 500). Todavia, esse “acesso aos tribunais” não se limita aos tribunais judiciais, levando em conta que existem, no ordenamento jurídico português, diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição (Miranda, 2015, p. 325; Canotilho, 2018, p. 496). Nesse sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros destacam:

O legislador, sem prejuízo do espaço de conformação de que dispõe nessa matéria, está constitucionalmente vinculado a consagrar soluções legislativas que, através de um sistema de apoio judiciário, garantam *a todos* um efectivo direito de acesso, não apenas ao direito, mas também aos tribunais (AC n° 467/91), isto é, a todos e qualquer tribunal — judicial ou não judicial (Parecer do Conselho Consultivo da PGR n° 78/93) (Miranda & Medeiros, 2010, p. 427).

De modo que não se tornasse apenas uma proclamação, a CRP/76 garantiu a concretização do acesso ao direito a todos os cidadãos, nos termos da Lei, de modo que a Constituição não consente distinções neste domínio, o que inclui a extensão dessa garantia aos estrangeiros e residentes no país.

Já no tocante ao n° 3° do art. 20, o legislador constitucional deixou estabelecida “a adequada proteção do segredo de justiça”, nos termos da lei, o que significa a reserva da intimidade e da vida privada e familiar não apenas no processo penal, de modo que garante a proteção da eficácia da investigação e da honra do arguido (Miranda & Medeiros, 2010, p. 455), ficando incumbido o legislador ordinário de regulamentar a proteção do segredo à justiça.

Nos termos do art. 20º, n.º 4, o direito geral à proteção jurídica envolve essencialmente o direito a uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais, tais como prazos de recurso e supressão de instâncias excessiva, pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta (Canotilho, 2018, p. 499).

Por tal razão, essa garantia tem uma dimensão prestacional, visto que obriga o Estado a criar órgãos judiciários e processos adequados, bem como porque também a norma constitucional vincula o Estado a assegurar prestações destinadas a evitar a denegação de justiça por insuficiência de meios econômicos (art. 20º, n° 1, parte final). José Alexandrino ressalva que este último pode dividir-se em vários corolários, mencionando, dentre eles, “o direito a obter uma decisão de mérito sobre o fundo da causa, o direito a que os pressupostos processuais sejam conformes à essência do princípio geral ou a garantia da devida execução das sentenças dos tribunais” (Alexandrino, 2018, p.87).

Logo, o legislador constitucional garantiu a todos cuja intervenção “seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (art. 20, n° 4), de sorte que a exigência de um processo equitativo impõe que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialética que elas protagonizam, no processo (AC n° 632/99).

Já em relação ao art. 20, n° 5, à acepção utilizada pelo legislador constituinte respeitante a “direitos, liberdades e garantias pessoais”, vimos que estes são os mesmos elencados no art. 24° a 47° do mesmo diploma, só que a previsão do n° 5, art. 20, não cobre todos os direitos daqueles (Miranda & Medeiros, 2010, p. 454). No entanto, para além do âmbito do art. 20, n° 5, não se enxerga embasamento para impedir que a lei institucionalize processos céleres e prioritários para a defesa de outras categorias de direitos (Canotilho, 2018, p. 506). A despeito da tutela restritiva do aludido dispositivo, a sua conjugação com o princípio da dignidade humana impede que se exclua liminarmente a possibilidade de aplicação destes procedimentos céleres aos estrangeiros e apátridas em situação de residência em Portugal (Miranda & Medeiros, 2010, p. 454).

Outrossim, a CRP/76 prevê, em certos casos, que exista um “reforço da proteção jurídica de determinados direitos, assim como no art. 20°, n° 5, ou estabelece prontamente fórmulas para esse efeito, a exemplo do *habeas corpus*, consagrado no artigo 31°, sendo este uma modalidade de ação de defesa do direito à liberdade. No entanto, a Constituição portuguesa não designou uma forma de acesso direto das pessoas ao Tribunal Constitucional para impugnação da *violação* de direitos fundamentais, sobretudo de direitos, liberdades e garantias pessoais, pelos órgãos do Estado em geral, tal como a *queixa constitucional* alemã, ou mesmo por decisões dos tribunais, a exemplo do *amparo* espanhol” (Alexandrino, 2018, p.88)

Observamos, portanto, que o princípio do acesso ao direito e aos tribunais tem hoje por epígrafe “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”, de modo que este princípio recebe as mais variadas designações. Nas lições de Alexandrino, a que parece tecnicamente ser a mais correta é a de “direito geral à proteção jurídica”. Isso porque se trata de uma típica estrutura compreensiva, isto é, um feixe de direitos, visto que possui inúmeros afloramentos e concretizações no texto constitucional, tais como os artigos 29°, n° 6, 31°,

32º, nº 2, 5 e 9, 52º, nº 1 a 3. Além disso, possui múltiplas vertentes, tais como a de direito de defesa dos particulares através dos tribunais contra atos dos poderes públicos e a de direito de defesa dos particulares através dos tribunais, bem como a proteção do Estado contra atos de particulares; além de múltiplas dimensões, tais como direito à conformação jurídica e direito a prestações positivas do Estado (Alexandrino, 2018, p. 87), o que abrange ainda numerosos deveres de organização e proteção e uma devida institucionalização.

3.5 A evolução do acesso à justiça nas constituições brasileiras

O direito de acesso à justiça é um importante instrumento da democracia contemporânea em decorrência da sua característica de garantir a concretização dos direitos humanos. A evolução do direito de acesso à justiça no Brasil, entretanto, foi bastante lenta, de modo que evoluiu gradativamente com o passar dos séculos para a condição de direito humano (Seixas & Souza, 2013, p. 69). Do tempo do descobrimento até os séculos XVII e XVIII, não aconteceu nada de relevante no Brasil relativamente ao direito de acesso à justiça. No decorrer do século XIX, mesmo proclamada a independência do Brasil, quase não houve avanço no direito de acesso à justiça. Já a Constituição de 1824, fortemente centralizadora, cujos poderes eram conferidos ao Imperador, manteve um caráter absolutista ao incumbi-lo da função de Chefe do Poder Executivo (arts. 102 a 104), ao mesmo tempo com o exercício do Poder Moderador (arts. 98 a 101) (Bedin & Spengler, 2013, pp. 137-138).

Por sua vez, mesmo com aspirações democráticas, a Constituição de 1891 silenciou quanto ao direito de acesso à justiça (Bastos, 1992, p. 197), enquanto a Constituição de 1934, por sua vez, inspirada no constitucionalismo europeu do pós-guerra de 1914/1918 e nas Constituições representativas do constitucionalismo social do início do século XX, quais

sejam, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (Bedin & Spengler, 2013, p. 138), trouxe a previsão da “competência legislativa concorrente entre a União e os Estados a obrigatoriedade da prestação de assistência jurídica gratuita por parte do Estado” (Seixas & Souza, 2013, p. 77).

Nesse contexto, percebemos um avanço do direito de acesso à justiça na Constituição de 1934 quanto à criação da ação popular, do mandado de segurança, da criação da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral e, especialmente, pela assistência judiciária gratuita, de sorte que “a assistência jurídica passou a ter *status* constitucional e previsão em todas as Constituições seguintes, exceto na de 1937, que foi promulgada na ordem ditatorial que se implantou no País” (Seixas & Souza, 2013, p. 77). Por essa razão é que a Carta Constitucional de 1937 não merece maiores destaques relativamente ao direito de acesso à justiça, visto que representou verdadeiro retrocesso ao suprimir as conquistas referentes à ação popular e à assistência judiciária gratuita, previstas na Constituição de 1934 (Bedin & Spengler, 2013, p. 140). Ressaltamos, pois, que o direito de acesso à justiça não teve protagonismo entre o período que compreende a fase colonial brasileira até o final do Estado Novo (Bedin & Spengler, 2013, p. 141).

É relativamente recente o direito de acesso à justiça no Brasil, com *status* de direito fundamental, visto que foi incluído explicitamente pela primeira vez na Constituição em 1946, no seu artigo 141, §4^o⁴⁷, mesmo com a existência de métodos e instâncias de solução de conflitos desde o descobrimento, herdados de Portugal (Paroski, 2008, p. 178).

Na sequência, temos um documento internacional que merece destaque: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, visto que a sua existência passa a influenciar todas as cartas políticas subsequentes ao seu surgimento, principalmente porque

⁴⁷Art. 141, da Constituição Federal do Brasil de 1988: “assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

trouxe à baila valores fundamentais de justiça e dignidade humana, internalizando-os nos ordenamentos jurídicos por normas com eficácia vinculativa, propiciando ao Judiciário que encarasse uma realidade diversa quando o tema versasse sobre acesso à justiça, prestação jurisdicional e resolução dos conflitos. Este documento dispôs, em seu artigo 8º, que “toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédios efetivos para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

A partir desse período, vimos a alteração definitiva do papel do Judiciário, uma vez que passou a resolver conflitos individuais de interesses, em consonância com o modelo liberal, e também passou a solucionar atritos de conteúdo social, político e econômico, desempenhando o papel de órgão regulador em diversas tensões. Na Constituição de 1967, foi garantido explicitamente o direito ao acesso à Justiça (art. 150, § 4º), além de ter assegurado os direitos à ampla defesa, o juiz natural e a assistência judiciária aos necessitados (art. 150, §§ 15 e 32, CF/67) (Seixas & Souza, 2013, p. 78). Já Celso Bastos acrescenta que a Constituição de 1967 se referiu a um contencioso administrativo, o qual nunca chegou a ser regulamentado, nem mesmo teve o orgulho de assegurar que suas decisões teriam força jurisdicional (Bastos, 1992, p. 198).

No entanto, advertimos que, no período de vinte e um anos, entre 1964 e 1985, vivenciou-se na história brasileira um regime autoritário, de modo que houve cerceamento de liberdades individuais e suspensão de direitos constitucionais, além de muitos indivíduos sofrerem o impedimento de acesso à verdade e à justiça. Acerca desse contexto temos as lições de Fredie Didier:

[...] trata-se de época em nossa história recente, de triste memória, que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe

Militar de 1964. Esta proibição surgiu com emendas à constituição manifestamente inconstitucionais, porquanto, como regras de competência, e não de potência não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), valor superior estruturante do Poder Constituinte (Didier Junior, 2010, p. 105).

Ressalvamos, ademais, que o direito ao acesso à justiça evoluiu significativamente após a redemocratização do país com a Constituição de 1946, principalmente ao prever expressamente o princípio da universalização da jurisdição. O avanço obtido pela Constituição de 1946, porém, caiu por terra com a Ditadura Militar, que editou os Atos Institucionais⁴⁸, visto que estes relativizaram e praticamente impediram o exercício do direito de acesso à justiça no Brasil (Bedin & Spengler, 2013, p. 145).

A partir da década de 1980, com a redemocratização no Brasil, muitas mudanças institucionais culminariam na Constituição de 1988. No contexto dos estudos sobre o acesso à justiça, realizados nos anos 1970 por Mauro Cappelletti, foram tomando corpo e transformando a atividade jurisdicional algumas medidas legislativas voltadas a diminuir obstáculos financeiros, bem como voltadas a diminuir a desigualdade entre partes litigantes e voltadas à questão de representatividade a interesses de toda a coletividade, no caso, os interesses difusos.

A Constituição Federal de 1988, na relação dos direitos e garantias fundamentais, estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, prevendo, em seguida, no inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos. Em seu preâmbulo, a Constituição institui um Estado Democrático, designado a

⁴⁸ Com o intuito de assegurar os atos praticados no golpe militar de 1964, em 27 de outubro de 1965 foi publicado o Ato Institucional nº 2, o qual restringiu a função jurisdicional, ao excluir da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando da Revolução de 1964 e pelo Governo Federal, realizados com fundamento no Ato Institucional nº 9, de 9 de abril de 1964, nesse mesmo Ato Institucional e em seus atos complementares, e, ainda, nas Resoluções das Assembleias Legislativas e da Câmara dos Vereadores, por meio dos deputados, prefeitos e vereadores, a partir de 31 de março de 1964 (Seixas & Souza, 2013, p. 78).

assegurar o exercício dos direitos, da mesma maneira que sagra a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, fazendo alusão expressa pela busca da “solução pacífica dos conflitos”⁴⁹.

Com isso, percebemos que o texto constitucional de 1988 concebeu um grande avanço, visto que, no regime ditatorial, por meio do art. 11, do Ato Institucional (AI) nº 5, de 13 de dezembro de 1968, ficou proibido o acesso ao Poder Judiciário, de modo que, nesse dispositivo, estavam excluídos de “qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com esse Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (Seixas & Souza, 2013, p. 79). Já a Emenda Constitucional (EC) nº 7, de 13 de abril de 1977, totalmente conflitante com a axiologia da Constituição de 1988, atribuía ao particular o dever de primeiro recorrer à via administrativa (Jauris & Sgarbi, 2017, pp. 265-266).

A promulgação da Constituição de 1988, portanto, demonstrou relevância ao direito de acesso à justiça quando adotou certas medidas e conceitos, de modo a possibilitar o seu gozo pelos indivíduos. Introduziu, no rol dos direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça, mostrando-se deveras importante para assegurar a dignidade da pessoa humana, visto que o seu efetivo exercício propicia a defesa, em Juízo, de todos os demais direitos assegurados pelo mesmo diploma (Seixas & Souza, 2013, p. 80). Além disso, no campo da tutela jurisdicional, muitos são os instrumentos que a Constituição disponibiliza aos cidadãos sob seu poder para fazer valer os direitos fundamentais, a exemplo do mandado de segurança (individual e coletivo), a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação civil pública (Paroski, 2008, p. 211-213), considerados

⁴⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

instrumentos jurídico-processuais de proteção contra o abuso do poder (Marmelstein, 2016, p. 65). Nesse sentido, observa Cichocki Neto:

A elevação de inúmeros princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos, na ordem constitucional, constitui manifestação inequívoca, no sentido de uma opção política pela realização de uma atividade jurisdicional justa. Assim, conformam-se à garantia do acesso os princípios do devido processo legal (art.5º, inc. LIV); o contraditório e a ampla defesa (inc. LV); o Juiz natural (inc. LIII); a assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitarem da tutela jurisdicional (inc. LXXIV); e os instrumentos processuais constitucionais do mandado de segurança, individual e coletivo, do *habeas corpus*, do *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, além de outros direitos e garantias acolhidos por tratados internacionais de que o Brasil faz parte. (Cichocki Neto, 2009, p. 95)

Nesse ponto, o constituinte percebeu que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à Justiça, como bem demonstrou Mauro Cappelletti. De fato, sem um Poder Judiciário independente, que possa agir com liberdade, mesmo contra a vontade dos governantes, e que possa julgar de acordo com a Constituição, sem medo de represália por desagradar os detentores do poder, não há que se falar em direitos fundamentais (Marmelstein, 2016, p. 172). Observamos, portanto, que os documentos constitucionais mais importantes atinentes ao acesso à justiça foram a Constituição de 1934, mesmo com a vigência de somente três anos, ao lado das Constituições de 1946 e de 1988, sendo a Constituição de 1988, designada Constituição cidadã, o documento constitucional que trouxe maiores garantias relacionadas ao acesso à justiça.

3.6 Análise do art. 5º, XXXV, CFRB/88

Em 1988, a Constituição Federal consagrou expressamente o acesso à justiça, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88), de maneira a considerá-lo como direito fundamental, garantia que abrange brasileiros e estrangeiros residentes no País. Com esse dispositivo, ficou garantido constitucionalmente o acesso a um pronunciamento jurisdicional referente à alegação de ameaça ou lesão a direito, bem como ficaram garantidos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade e da sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88), o que faz deste direito um dos mais basilares do Estado Constitucional⁵⁰.

A referência a que se fez quanto à “lesão ou ameaça a direito” abrange não somente os direitos individuais, como também os direitos sociais, os privados, os públicos e os transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) (Nunes Junior, 2018, p. 968), de modo que o dispositivo constitucional corporifica o que costuma ser chamado de “a segunda onda renovatória do acesso à Justiça”, dada por Mauro Cappelletti e por Bryant Garth, na obra *Acesso à justiça*. Além disso, o dispositivo em estudo vedou a denominada “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”, teoria segundo a qual seria indispensável o esgotamento das vias administrativas. Nessa evolução, a Constituição de 1988 encarregou ao Judiciário o papel clássico de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (Branco & Mendes, 2017, p. 151). No entanto, a inafastabilidade do controle jurisdicional não se trata de um direito absoluto, assim como todos os demais, na medida em que a própria Constituição estabelece a necessidade do esgotamento das vias administrativas, no caso da justiça Desportiva, salvo quando esta

⁵⁰ Dentre os trabalhos publicados respeitante ao assunto, mencionamos como base para análise mais aprofundada Aleixo, 2007; Carpena, 2003; Passos, 1985; Srockinger, 2003; Rodrigues, 1989.

justiça não julgar a questão no prazo de sessenta dias (Nunes Junior, 2018, p. 968). Outro aspecto importante vem disposto no art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006, a qual aduz que, “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”⁵¹.

Lembramos, ainda, o liame que tem o princípio do devido processo legal, em sua essência, ao conceito de Estado Democrático de Direito. Isso do ponto de vista processual, visto que está profundamente relacionado a vários outros, tais como à inafastabilidade do controle jurisdicional, ou seja, no plano constitucional, ao próprio direito de acesso à justiça e ao direito de petição, também denominado de direito de ação, os quais poderiam ser resumidos no comando do art. 5º, XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ingo Sarlet observa que se impõe uma referência à dimensão prestacional de diversos direitos-garantia, que, por isso, poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo, de acordo com a classificação proposta. Para tanto, é suficiente aqui aludir a garantia da inafastabilidade do controle judiciário, consagrada no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, assegurando ao cidadão o acesso à prestação jurisdicional do Estado (Sarlet, 2015, p. 187).

Verificamos que, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, extrai-se o direito de ação, sendo este considerado direito fundamental. Nesse evoluir, Luiz Marinoni observa que o direito de ação no Estado Constitucional não pode mais ser entendido somente como uma garantia do cidadão em face do Estado, mas também como uma obrigação estatal de “prestar a tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado” (Marinoni, 2013, p. 218).

⁵¹ Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm

Nesse contexto, surgiu o direito de ação para configurar o monopólio do Estado na solução dos conflitos e na tutela dos direitos, conferindo aos indivíduos o direito de exigir uma postura ativa do Estado à viabilização de meios de acesso quando houver lesão ou ameaça de lesão de direitos, com uma prestação jurisdicional de razoável duração dos processos e efetividade.

A doutrina divide o direito à prestação jurisdicional em outros dois grupos. Para Gomes Canotilho, os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais (por sua vez subdivididos em direitos derivados e direitos originários a prestações) e, por outra via, em direitos à participação na organização e procedimento (Canotilho, 2018, p. 477). Já para Robert Alexy, os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva (Alexy, 2015, pp. 470;499).

Já nos Tribunais, assentou-se o Supremo Tribunal Federal que “a garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes” (STF – RE 113.958 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 15.10.1996 – DJ 07.02.1997). A Corte entende que “se, em qualquer das instâncias ocorreu vício de julgamento, por falta de fundamentação ou de adequado exame das questões de fato e de direito, isso, se for verdade, configurará nulidade de caráter processual, mas não denegação de jurisdição, de molde a afrontar a norma constitucional focalizada (XXXV do art. 5º da CF)” (STF - AI 185669 AgR, Relator(a): Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 17/09/1996, DJ 29-11-1996 PP-47168 EMENT VOL-01852-08 PP-01526).

No mesmo caminho, o Tribunal entendeu que a falta de apreciação, pelo Poder Judiciário, “de todos os fundamentos subjacentes à impetração do habeas corpus, desde que relevantes e essenciais à resolução da controvérsia, compromete o julgamento realizado. É

que a resposta jurisdicional incompleta configura, quando ocorrente, transgressão ao postulado constitucional que garante o direito à jurisdição a qualquer pessoa que disponha, para tanto, de legítimo interesse” (STF – RHC 97.181 e RHC 97.182 – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 14.04.2009 – DJE 19.06.2009). Mais recentemente, o mesmo Tribunal tem enfatizado esse posicionamento para fundamentar suas decisões, conforme se extrai do RE 759083 ED-AgR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 26/05/2017.

Assim sendo, para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, é imprescindível que a prestação jurisdicional seja qualificada, de forma completa, de modo a garantir que a pessoa tenha respeitada sua dignidade, visto o acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana, o que não se confunde com a obtenção do êxito de sua pretensão.

Capítulo 4 – Dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça

Devido aos limites do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a moderna ciência jurídica passou a buscar meios visando à formulação de novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, com a pretensão de possibilitar a concepção de suas variadas dimensões — normativa, fática e valorativa — e a realização coordenada da justiça no campo das relações concretas. Designado como pós-positivismo jurídico⁵², esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico busca a reconstrução dos laços singulares entre o Direito e a Moral, de modo que aproxima o fenômeno jurídico das exigências da realidade social (Soares, 2010, p. 121).

Nesse contexto, evidenciamos a dignidade da pessoa humana e seu papel funcional de critério interpretativo, de modo que também desempenha uma função regulativa enquanto princípio orientador das ponderações que têm decisivamente lugar na concretização dos direitos fundamentais, seja no âmbito de uma função protetora, de defesa, seja na qualidade de orientação, de impulso e de programa de conformação positiva da ordem jurídica (Novais, 2018, p. 79). Importante lembrar que o cerne dos direitos fundamentais é a pessoa, a garantia da sua dignidade, de sorte que é comum aos ordenamentos jurídicos de aspecto livre e democrático, levando em conta que a constituição assenta o centro valorativo dos direitos fundamentais no valor elementar da dignidade humana (Duque, 2014, p. 51). Marcelo Novelino observa a existência de uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois,

⁵² Foi diante do “desencantamento” em torno da Teoria Pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica, que está sendo chamada de pós-positivismo, podendo também muito bem ser chamada de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana (Marmelstein, 2016, p.10).

[...] ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. Os direitos fundamentais constituem um sistema estruturado em referência a esse valor que os fundamenta. A dignidade é o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna (Novelino, 2019, p. 298-299).

No decorrer do século XX, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, incorporou-se a ideia de dignidade humana ao discurso político das potências que venceram o conflito, tornando-se uma *meta política*, um fim a ser conseguido por instituições nacionais e internacionais (Barroso, 2016, p. 61). Tendo por base tais premissas, destacamos os questionamentos apresentado por Marcelo Novelino: sendo a dignidade o fundamento dos direitos fundamentais, como se esclarece o fato de somente após a Segunda Guerra Mundial ela começar a desempenhar um papel central nas constituições? O que justifica tal noção não constar na clássica declaração de direitos humanos do século XVIII e nas Constituições até metade do século XX? O que explica ter se falado primeiramente de direitos humanos/fundamentais, em vez de se falar em dignidade humana?

O referido autor cita a teoria de Habermas para responder tais questões, levando em conta que o filósofo alemão defende a tese de que existe uma conexão conceitual entre direitos humanos e dignidade já nos primórdios, mesmo que somente de forma implícita. Tendo em conta a adoção como ponto de partida histórico da ideia de que os direitos humanos sempre foram o fruto de aversão ao despotismo, à exploração e à humilhação, argumenta que o liame conceitual entre a dignidade humana e os direitos humanos demonstra seus evidentes traços em comum desde o princípio do desenvolvimento. Marcelo Novelino destaca a conclusão do filósofo alemão, para quem a “*dignidade humana* significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos

ao especificar as condições em que a dignidade é violada” (Habermas, 2010 *apud* Novellino, 2019, pp. 299-300).

Sendo verdade que o entendimento e a concepção dos direitos fundamentais não tiveram início ou foram inventados pela ciência jurídica alemã, já que remontam dos antigos, do mesmo modo é verdade que esta colaborou, em grande proporção, para o progresso prático de seus conceitos e contornos fundamentais⁵³. Isso se torna visível considerando a circunstância de que, após o conflito mundial, as estruturas dos países devastados foram, em vultosa medida, erguidas de baixo para cima, de modo que a Alemanha é o exemplo clássico. Desde esse marco é que se gerou o entendimento de que a constituição tem que possuir uma pretensão normativa, mesmo após períodos de comoção estatal (Duque, 2014, p. 42).

Ainda que existam muitas dúvidas sobre o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, pode afirmar-se que o reconhecimento constitucional moderno da ideia e do princípio vem estreitamente associado ao simultâneo reconhecimento dos direitos fundamentais, enquanto garantias jurídicas de nível constitucional, que se impõem igualmente à observância de todos os poderes do Estado. De qualquer modo, a ideia de dignidade da pessoa humana desenvolve-se, materializa-se e densifica-se designadamente por meio das normas de direitos fundamentais (Novais, 2018, p. 71). Jorge Miranda enfatiza que, por conjunturas históricas de variados caracteres, o vínculo jurídico-positivo entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana somente inicia com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à Segunda Guerra Mundial (Miranda, 2016, p. 277).

⁵³ Por exemplo, o Brasil elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, da CRFB/88), contemplando, ainda, mecanismos de acesso à jurisdição constitucional que, em diferentes aspectos, encontram semelhanças nítidas no modelo alemão. Efetivamente, a CRFB, com seu amplo catálogo de direitos fundamentais, aliada à eleição da dignidade humana como fundamento do Estado, avançou no sentido de formalizar a importância e o significado desses direitos para a coletividade, ainda que se possa discutir a qualidade da construção constitucional como um todo, como meio para a implantação efetiva desses direitos (Duque, 2014, pp. 43-44).

No plano internacional, a dignidade humana tem sido proeminentemente inserida no preâmbulo ou no texto de uma grande quantidade de declarações e tratados, tais como:

A Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), entre outros (Barroso, 2016, pp. 29-30).

Enquanto, no plano constitucional, a dignidade humana tem se mostrado um instrumento argumentativo influente para Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas de distintos continentes, independente se consagrada expressamente ou não no texto constitucional (Barroso, 2016, p. 29). Determinadas Constituições perfilham até expressamente este vínculo e, em sentido mútuo, ainda quando a dignidade não vem explicitamente resguardada nos textos constitucionais, a simples apresentação dos direitos fundamentais ou de uma declaração de direitos na Constituição atribui-lhe um reconhecimento implícito⁵⁴ que possibilita aos tribunais recorrerem ao princípio como se tratasse de expressa norma constitucional. Temos como exemplo os casos concretos em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos recorre à dignidade humana e a aplica na

⁵⁴ Casos das Constituições portuguesa e brasileira que, nos seus *Princípios Fundamentais*, começam por acolher a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, após o que se segue a consagração dos direitos fundamentais.

fundamentação das decisões, muito embora seja ausente tal princípio no texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁵ (Novais, 2018, p. 71).

Já é relativamente pacífico o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como o fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sendo algumas vezes claramente expresso no texto constitucional, enquanto, noutras vezes, implícito. Tal reconhecimento emana da ideia de que, em derradeira apreciação, a simples existência como pessoa exige das comunidades politicamente organizadas em Estados de Direito o respeito, a proteção e a promoção de um conjunto ineliminável de direitos fundamentais destinados a garantir juridicamente interesses indispensáveis à vida e à prosperidade das pessoas — mais concretamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem-estar (Novais, 2018, p. 73).

Nesse contexto evolutivo, temos a ascensão da dignidade humana como um *conceito jurídico* decorrente de uma transformação fundamental no pensamento jurídico, que se tornou mais aparente e concreta depois da Segunda Guerra. Ricardo Soares ressalta que o neoconstitucionalismo, como revelação do pós-positivismo jurídico⁵⁶, abrange um conjunto extenso de modificações advindas no Estado Democrático de Direito e no Direito Constitucional, de modo que reaproxima as Constituições do substrato ético dos valores sociais e cede lugar para reconhecer a força normativa da Constituição e de uma moderna interpretação constitucional de base principiológica (Soares, 2010, p. 126).

Nessa nova conjuntura pós-positivista, na qual a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar

⁵⁵ Consta apenas do Protocolo nº 13, referente à abolição da pena de morte.

⁵⁶ Em análise à publicação *The americanization of constitutionallaw and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world. ILSA journal of Int'l & Comparative Law*, n. 16, p. 586, 2010, Luis Roberto Barroso transcreve: “De certo modo, o pós-positivismo é uma terceira via entre o positivismo e a tradição do direito natural. O pensamento pós-positivista não ignora a importância das exigências do direito por clareza, certeza e objetividade, mas também não o concebe como sendo desconectado da filosofia moral e política. O pós-positivismo rejeita o postulado positivista de separação entre direito, moral e política” (Barroso, 2016, p. 63).

os princípios corretamente. Tudo isso foi fator determinante para a ascensão da dignidade humana, tendência que se divulgou em evidência na Alemanha e em alguns outros países da tradição do *civil law* e outros associados ao *common law*, tal como o Canadá e a África do Sul (Barroso, 2016, p. 63).

A partir da valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo é que a Carta Constitucional se torna uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, de modo que passou a adquirir notória contextura axiológica e teleológica. Ricardo Soares enfatiza que a principiologia de toda Lei Fundamental se transforma, deste modo, “no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo”. O autor conclui que:

As diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Soares, 2010, p. 50).

Dessa forma, o autor conclui que o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana implica o reconhecimento e a tutela de um ambiente de integridade físico-moral a ser garantido a qualquer pessoa pelo simples fato de existir ontologicamente no mundo, cuja relação alcança a conservação das condições materiais de subsistência, bem como a salvaguarda dos valores espirituais de um sujeito que tem sentimento, pensamento e que interage com o universo circundante (Soares, 2010, p. 128). Arremata o autor sustentando a existência de duas dimensões da dignidade humana, sendo a primeira de natureza axiológica, em que o princípio da dignidade humana assume a posição de eixo hermenêutico

de toda ordem constitucional, desempenhando papel valorativo que vai conferir unidade material à Constituição, enquanto a segunda dimensão abrange a dignidade humana como direito fundamental, de natureza jusfundamental, cujo cerne essencial é interligado por variadas prestações positivas e negativas (Soares, 2010, pp. 128-130).

Levando em conta sua importância como critério valorativo reconhecido pelo pós-positivismo, este capítulo estuda a dignidade humana como princípio fundamental da ordem jurídica luso-brasileira, a promover a construção de uma rara hermenêutica, o que, na atual quadratura histórica, se mostra muito importante, já que a pessoa humana voltou a ser o centro ou o fim de toda ordem jurídica posta no Ocidente. Logo, a pretensão da investigação é identificar se a norma de direito fundamental ora se apresenta como um princípio — vale proferir, como um comando de otimização, cuja materialização depende das probabilidades fáticas e jurídicas —, ora como um comando definitivo, como uma regra, em que se aplica ou não.

Revisitar o tema “acesso à Justiça” atualmente permite considerá-lo em toda sua grandeza de um direito fundamental, compreendido à luz da efetividade das técnicas processuais e das instituições. Levando em conta que a ciência processual é distinta e autônoma do direito material, e ainda o sentido do processo, que é a realização deste direito material, neste campo nasce o pensamento sobre forma e formalismo, o qual começa a se fazer presente nas reformas processuais e nos debates sobre acesso à Justiça (Oliveira, 2015, p. 27). Dentro da análise do acesso à Justiça, é mister trabalhar exposições sobre o tênue liame que vincula a efetivação deste direito com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 Conceito de dignidade da pessoa humana

A importância da dignidade da pessoa humana e o seu respeito perante a sociedade advêm de matrizes culturais remotas, desde a Antiguidade greco-latina e cristã até o Renascimento e o iluminismo antropocêntrico da Idade Moderna (Soares, 2010, p.131). O conceito de dignidade da pessoa humana perpassou um período que marca aproximadamente dois mil e quinhentos anos de história das ideias, encontrando nesse período variadas interpretações teológicas, filosóficas e sociológicas, que, sendo consideradas atuais até a nossa contemporaneidade, sugerem também díspares interpretações jurídicas. Por outra via, a ideia de que aquilo que, na existência do ser humano, está particularmente ameaçado e dependente de não ser violado também está condicionada pela situação política, econômica e cultural de uma sociedade, e transforma-se com essa situação (Pieroth & Schlink, 2019, p. 173).

Nesse contexto podemos considerar que é uma exigência da dignidade, que integra o conteúdo normativo do princípio constitucional, tratar toda e cada uma pessoa com igual consideração e respeito. Por outro lado, já tendemos a discordar se considerarmos que uma norma que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo está ou não a tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito. Isso significa dizer que podemos aceitar o parâmetro de controle e, ao mesmo tempo, podemos divergir quanto a saber se está ou não a ser violado no caso concreto. A esse respeito leciona Jorge Novais que, em consonância, na busca de um sentido jurídico autônomo para a dignidade da pessoa humana, parte de uma orientação sob uma perspectiva de delimitação negativa do conceito. Vale dizer que a preocupação central são as situações, os atos ou as omissões que constituem violações da dignidade da pessoa humana, e não a apuração de quais são positivamente entendidos, isto é, os elementos ou os atributos que preenchem o conceito de dignidade. O objetivo,

portanto, não será buscar erigir ou determinar positivamente o conteúdo do *valor-dignidade*, mas identificar as circunstâncias típicas de violação do princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana (Novais, 2019, pp. 35-41).

No âmbito da filosofia, Immanuel Kant marcou o período moderno pelo debate da justiça ligado a valores fundamentais — propriedade, igualdade, dignidade, autonomia. As relações entre os homens e destes com o poder estatal foram o foco de atenção na definição de justiça, muito ligada à concepção moral e de dever (Oliveira, 2015, p. 83). Ingo Wolfgang Sarlet, analisando o pensamento Kantiano⁵⁷, afirma que o homem — e, de uma maneira, geral todo ser racional — “existe como um fim em si mesmo, e não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa” (Sarlet, 2015, p. 100). E desta maneira atribui-se à pessoa humana a qualidade peculiar de insubstituível. Conclui o autor que, no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade, e, por isso, tudo que tem um preço poder-se-ia ser trocado por algo equivalente, posto que uma dignidade não consente a permuta por uma equivalente (Sarlet, 2015, p. 100).

Ricardo Soares lembra que, no pensamento filosófico da Antiguidade Clássica, a dignidade da pessoa humana tinha relação direta com o posicionamento social ocupado pelo indivíduo, considerando ainda o seu alcance de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Já no pensamento estóico, a dignidade era apresentada como a qualidade que, por ser intrínseca ao ser humano, o diferenciaria das demais criaturas, de modo a afirmar que todos os seres humanos detinham a mesma dignidade (Soares, 2010, p. 131-132). No decorrer do período medieval, consoante a religião cristã, “o ser humano foi criado à

⁵⁷Para Kant, o indivíduo é governado pela razão, e a razão é a representação correta das leis morais, sendo que o princípio supremo da moralidade consiste em cada indivíduo dar a si mesmo uma lei que poderia se tomar universal, uma lei objetiva da razão, sem nenhuma concessão a motivações subjetivas. A *dignidade*, por sua vez, dentro da visão kantiana, tem por fundamento a autonomia (Kant, 2011, p. 24;43).

imagem e semelhança da Divindade”, enunciação da qual o cristianismo extraiu como produto de que “o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é inerente, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (Soares, 2010, p. 132).

Destacamos o pensamento de Tomás de Aquino, o qual chegou a fazer referência expressa do termo *dignitas humana*, aprovado, já em plena Renascença, pelo humanista italiano Pico Della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade e característica inerente ao ser humano, postulou ser essa qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino (Soares, 2010, p. 132). Em sua etimologia, o substantivo *dignitas*, detinha sempre conotação positiva, visto que denotava mérito e indicava também cargo honorífico no Estado (Sarlet, 2019, pp. 33-34).

No tratamento da exteriorização da dignidade da pessoa humana como princípio do constitucionalismo ocidental, leciona Gomes Canotilho que o ser humano passou a aparecer como o “fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política” (Canotilho, 2018, p. 221). Diante dos experimentos históricos de aniquilação do ser humano, tais como inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo e genocídios étnicos, a dignidade da pessoa humana exprime, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, o que significa o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República (Soares, 2010, p. 133).

A definição de dignidade humana diverge a depender da doutrina filosófica, havendo conceitos cristãos, humanístico-iluminista, teórico-sistemáticos e behavioristas. No âmbito jurídico, o dissenso não é menos significativo, levando em conta que a definição jurídica de dignidade, ainda com as diferenças culturais predominantes em dado tempo e espaço, contém, como elementos essenciais, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia e a intersubjetividade (Cordeiro, 2012, p. 86). No campo do pensamento

jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a percepção da dignidade da pessoa humana, da mesma forma como a ideia do direito natural em si, sofreu um processo de racionalização e laicização⁵⁸, mantendo-se, no entanto, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Superado o refluxo da preocupação filosófica pela dignidade humana, decorrente do cientificismo positivista do século XIX, o retorno das discussões envolvendo a dignidade da pessoa humana teve, como marco característico, a década de quarenta do século passado, logo depois do fim da Segunda Guerra Mundial (Soares, 2010, p. 132).

Depois da Segunda Guerra Mundial, a dignidade foi incorporada a importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e outros numerosos tratados e pactos que exercem um papel central nos debates atuais sobre direitos humanos. Mais recentemente, a dignidade recebeu atenção especial na Carta Europeia de Direitos Fundamentais (2000) e no esboço da Constituição Europeia (2004) (Barroso, 2016, p. 20). A partir desse marco, a dignidade humana se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental, de modo que reforçou a rejeição moral à catástrofe representada pelo nazi-fascismo. Mesmo assim, não se teve nenhum documento jurídico nacional ou internacional buscando oferecer uma definição para o termo, ficando o significado intrínseco da dignidade humana para o entendimento “intuitivo” (Barroso, 2016, p. 72).

Por certo, os amplos textos normativos desse momento histórico começaram a reconhecer a ideia da dignidade da pessoa humana, no âmbito do Direito Internacional e no plano específico do Direito doméstico de cada Estado soberano. A partir da

⁵⁸ A *laicidade* dispõe que Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas.

internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos⁵⁹ correlatos, adveio o fenômeno da constitucionalização desses direitos humanos, os quais vieram a ser designados, com a positivação constitucional, direitos fundamentais, alargando a possibilidade de garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos domésticos.

Concernente ao Direito Constitucional, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, constituições de diversos países passaram a prestar uma linguagem que exige a proteção da dignidade, tal como Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, entre muitos outros⁶⁰. Em alguns países, a dignidade humana é referenciada já nos preâmbulos de constituições, como ocorre com Irlanda, Índia e Canadá.

Em outros países, como Estados Unidos⁶¹ e França⁶², não há menção textual à dignidade na constituição, mas não é fato impeditivo para a Suprema Corte e o Conselho Constitucional invocarem a sua força normativa e argumentativa para proferirem nas suas decisões⁶³.

⁵⁹ Como sustentam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais no âmbito internacional recebem o nome de direitos humanos, indicando o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas (Dimoulis & Martins, 2014, p. 40).

⁶⁰ A Constituição da República Italiana, de 27.12.1947, declara que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, proclama solenemente em seu art. 1º: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”. Para a Constituição Espanhola de 1978, “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10).

⁶¹ Muito embora não tenha referência expressa à dignidade humana no texto da Constituição dos Estados Unidos, desde meados dos anos 1940, seu conceito tem ganhado influência na jurisdição constitucional americana. Tiveram a primeira aparição da expressão “dignidade humana” em um voto majoritário em *Rochin v. Califórnia*. Este caso envolveu o uso da força e de dispositivos médicos para fazer um suspeito vomitar cápsulas que ele havia engolido, a fim de usá-las como provas contra ele (342 U.S. 165, 174 (1952)).

⁶² Na França, a dignidade humana não aparece no texto da Constituição de 1958. Foi apenas em 1994 que o Conselho Constitucional, combinando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com *status* constitucional.

⁶³ Na França, citamos a Decisão nº 94-343/344 DC, 27 de julho de 1994. O Conselho Constitucional empregou a seguinte linguagem: “o preâmbulo da Constituição de 1946 proclamou e reafirmou direitos, liberdades e principias constitucionais, declarando no seu parágrafo de abertura: “Imediatamente após a vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que escravizavam e degradavam a humanidade, o povo francês proclama novamente que cada ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possui um sagrado e inalienável direito; disso se segue que a proteção da dignidade humana contra todas as formas de escravização ou degradação é um princípio com *status* constitucional (Decisão nº 94-343/344 DC, 27 de julho de 1994. Recuperado de http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/en94_343dc.pdf). Uma decisão paradigmática de 16 de julho de 1971 incorporou na Constituição de 1958 o texto do Preâmbulo da Constituição de 1946, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (Recuperado de <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>.) Nos

De modo geral, reconhece-se que a ascensão da dignidade como um conceito jurídico tem suas raízes mais diretas no Direito Constitucional alemão⁶⁴ (Barroso, 2016, p.20-21). Na modernidade, há quem refira que “a dignidade é um *slogan* vago, que pode ser manipulado pelo autoritarismo, pelo paternalismo e por concepções religiosas” (Barroso, 2016, p.59). Logo, para alguns não parece ser demais afirmar que não é possível alcançar uma fórmula abstrata e genérica que expresse, categoricamente, tudo o que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana. De outra parte, a busca de uma acepção minimamente objetiva se impõe por razões de segurança jurídica, bem como para impedir que a dignidade sirva de argumento simplesmente retórico ou que permaneça embasando teses diametralmente antagônicas (Cordeiro, 2012, p. 87). É por isso que adotamos neste trabalho o conceito formulado por Ingo Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (Sarlet, 2019, pp. 70-71).

Estados Unidos, embora alguns votos da Suprema Corte ainda façam referência à dignidade principalmente no contexto de imunidade soberana, isto é, no sentido de “*dignidade do Estado*”, análises estatísticas mostram crescimento no emprego da expressão “dignidade humana” desde o fim do século XX (Maxima O. Goodman (Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review*, n. 84. p. 756, 2005-2006) (“De 1980 até 2000, a Corte incluiu a palavra ‘dignidade’, relacionada com dignidade humana ou com dignidade individual, em 91 votos — sejam eles majoritários, concorrentes ou dissidentes”).

⁶⁴ A Lei Fundamental de 1949 dispõe no Artigo I (1): “A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”. Artigo II (1): “Toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de terceiros, nem ofenda a ordem constitucional ou a moralidade”. Baseados nessas disposições, o Tribunal Constitucional Federal Alemão firmou entendimento de que a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos devem ser interpretados.

Uma das problemáticas concernentes à busca de uma definição de dignidade humana é constatada pela situação de que a dignidade, ao oposto dos direitos fundamentais isoladamente considerados, não se refere a um aspecto particular da existência humana, mas sim à complexidade da pessoa e da sua existência como um todo. Em face disso, optamos pelo conceito acima, visto que, nele, considera-se o caráter multidimensional, aberto e inclusivo da dignidade, sem dispensar certa objetividade.

4.2 Dignidade da pessoa humana como regra ou princípio supremo constitucional?

Não existe dúvida de que os princípios jurídicos são reflexo da cultura sociojurídica de uma sociedade em um dado momento, ou quiçá no decorrer de sua história, de modo que seu conteúdo principal é formado pelos valores superiores admitidos como verdade por essa sociedade (Silva, 2003, p. 269). Consoante a teoria principiológica, levando em conta o atual exercício da Ciência Jurídica, notamos que tal teoria auferiu grande importância para o sistema normativo que atualmente se discorre sobre uma dogmática principialista, que equivale a uma dogmática apoiada em princípios jurídicos que compõem a estrutura da ordem jurídica constitucional (Silva, 2003, p. 270).

Podendo cada um de nós desenvolver uma ideia, uma concepção, uma teoria ou um ideal de dignidade humana — relativamente no sentido de um preenchimento valorativo do conceito em termos do que cada um considera os valores substantivos que identificam uma vida digna —, não é essa busca que nos deve orientar quando nos colocamos do ponto de vista do apuramento dos contornos de um princípio jurídico-constitucional em Estado de Direito (Novais, 2019, p. 34). Outrossim, o fundamento do Estado de direito em sentido material está no reconhecimento dos direitos fundamentais que, com ponto de partida na garantia da dignidade humana, promovem a intermediação do conteúdo e direção das tarefas

estatais de asseguramento da segurança, da liberdade e da igualdade social (Duque, 2014, p. 56). Nos quadros de uma sociedade aberta, plural, inclusiva, tolerante, qualquer princípio jurídico só pode desenvolver as suas virtualidades como princípio estruturante quando for dotado de um conteúdo em que tendencialmente todos se possam, à partida, reconhecer (Novais, 2019, pp. 34-35).

Nesse contexto mencionamos a lição de Marcelo Novelino quanto à consagração da dignidade humana como fundamento do Estado português e brasileiro, a qual significa a imposição aos poderes públicos dos deveres de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna, e não uma atribuição de dignidade às pessoas. Em relação à sua materialização no âmbito da aplicação judicial do direito, o dever de proteção à dignidade tem como papel importante a diretriz hermenêutica, visto que orienta a interpretação e a aplicação de outras normas⁶⁵ (Novelino, 2019, p. 297). A dignidade desempenha o papel, sob este ponto de vista, como princípio cujo núcleo é o “mínimo existencial”. Para Ana Paula de Barcellos, a ideia do mínimo existencial (ou núcleo da dignidade humana) tem sido proposta como forma de superação de várias dificuldades inerentes à dignidade, “na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, *menor* — minimizando o problema dos custos — *mais preciso* — procurando superar a imprecisão dos princípios — e, sobretudo, efetivamente *exigível* do Estado [...]” (Barcellos, 2002, p. 101). Considerando tais premissas, podemos sustentar que a dignidade da pessoa humana, vista como fundamento da República do Brasil e de Portugal, detém uma tripla dimensão normativa (Novelino, 2019, p. 298), o que vale dizer que, por intermédio da interpretação do dispositivo constitucional

⁶⁵Normas de direitos fundamentais são normas. Por isso, o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma. O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Isso não significa que a utilização do termo “norma” se restrinja à Ciência do Direito (Alexy, 2015, p. 51).

que a consagra (CRFB/88, art. 1º, III e CRP/76, art. 1º), conseguimos extrair três distintas espécies de normas:

A primeira espécie trata de uma *metanorma*, cuja atuação representa uma diretriz que devem observar para a criação e a interpretação de outras normas. Tal atuação, como meio informador do desenvolvimento do conteúdo da Constituição, faz da dignidade uma relevante diretriz hermenêutica, não esquecendo que seus efeitos se desdobram por todo o ordenamento jurídico. Ainda que seja possível o recurso a um direito fundamental específico, deve a dignidade ser considerada como parâmetro valorativo; a segunda espécie trata de um *princípio*, que atribui aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e de promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna; e, por último, a *regra*, sendo esta determinante para que haja o dever de respeito à dignidade pelo Estado, por terceiros, na busca de evitar que qualquer pessoa obtenha tratamento como um objeto, nos casos em que tal tratamento for demonstração do desprezo pelo ser humano (Novelino, 2019, p. 298).

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. A dignidade humana, portanto, é um valor¹ fundamental, que, porém, não deve ser considerado como absoluto. Logo, uma boa forma de considerar a dignidade humana é como um princípio jurídico com *status* constitucional, em vez de um direito autônomo (Barroso, 2016, p. 64). Para Luis Roberto Barroso, “é dispensável preparar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras”.

De acordo com Ronald Dworkin, princípios são normas que contêm “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade”. Ao contrário das regras, eles não se aplicam na “modalidade tudo ou nada” e, em certas circunstâncias, podem não

prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente (Dworkin, 2010, pp. 22-26). Robert Alexy esclarece que “[...] tanto as regras como os princípios são normas jurídicas porque ambos dizem o dever ser. [...] A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas” (Alexy, 2015, p. 90), considerando os princípios como “mandamentos de otimização”, cuja aplicação varia em diferentes graus, de acordo com o que é fática e juridicamente possível. Assim sendo, em conformidade com a teoria de Alexy, os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, segundo as circunstâncias, a elementos contrapostos (Alexy, 2015, p. 90), lembrando que tais visões não são imunes a controvérsias.

Levando em consideração essa análise, podemos deduzir que os princípios se exprimem em mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, harmonizados com valores da cultura sociojurídica da sociedade, cujo destino é servirem de fundamento às demais normas jurídicas quando aplicadas para solucionar os casos concretos. Nesse ponto, interessa a busca por um critério de identificação de uma norma como sendo de direito fundamental dentro de um determinado ordenamento jurídico. Importa recorrer à teoria de Robert Alexy, que avalia da seguinte maneira: se critérios substanciais ou estruturais sofrem a crítica de serem muito ligados a determinadas concepções de Estado, é possível adotar um critério formal, ou seja, relativo à forma de positivação dessas normas. Significa, portanto, que é relativo ao modo como elas estão assim declaradas na constituição, o que, embora se tenha uma inicial estreiteza de sua abrangência, possui a vantagem de atribuir maior racionalidade ao ordenamento estudado (Alexy, 2015, pp. 65-69).

Contudo, a adoção desse critério não preenche as necessidades de aplicação dessas normas às especificidades do caso concreto, levando em consideração que muitas delas são semanticamente abertas, de modo que é necessário densificá-las. No contexto desse

processo de densificação, procederá outra norma, que conterà uma relação com o texto constitucional conhecida como relação de refinamento, porquanto justificada na sua fundamentação em uma norma de direito fundamental diretamente instituída pelo texto constitucional, razão pela qual é ela designada norma de direito fundamental atribuída (Alexy, 2015, pp. 69-73).

Não se pode duvidar que a extensão da qualificação de uma norma como sendo de direito fundamental para as normas atribuídas também provoca grandes problemas, já que às normas de direito fundamental, diretamente instituídas pelo texto constitucional, pode ser conferida uma variedade muito extensa de normas, nas quais, em sua maioria, se concentra a grande parte das discussões envolvendo os direitos fundamentais travadas no âmbito Judiciário. Assim sendo, a resolução dessa questão problemática passa pela outorga de validade a essas normas de direito fundamental atribuídas, que, não obstante a impossibilidade de ser realizada por critérios normativos — considerando que ela não está diretamente atribuída pelo texto constitucional —, deve ser feita por meio de uma adequada conceituação dos direitos fundamentais, na qual recebem força os precedentes dos tribunais constitucionais⁶⁶.

No passado, com o positivismo ideológico, tudo revolvía em torno da lei, e qualquer conteúdo que fosse a lei já era tudo. Modernamente, com o pós-positivismo, a lei abre espaço aos valores e aos princípios, que se converteram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (Bonavides, 2004, p. 237), tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições” (Bonavides, 2004, p. 253). Nesse sentido, apresentamos as lições de George Marmelstein:

⁶⁶ Abrimos espaço para lembrar que, no sistema jurídico brasileiro, cabe ao STF, essencialmente, a guarda da Constituição (art. 102, caput, da CRFB/88), o que atribui às suas decisões intenso peso argumentativo na fundamentação referida a direitos fundamentais e, em certos casos (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição Federal de 1988), concede-as também de caráter vinculante.

A partir do pós-positivismo, a ordem jurídico-constitucional de diversos países tornou-se centrada na dignidade da pessoa humana, fazendo surgir, dentro da comunidade jurídica, uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, cujas premissas são, em síntese, as seguintes: (a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana (Marmelstein, 2016, p. 12).

Logo, o pós-positivismo se distingue exatamente por acolher os princípios constitucionais e por exigir seu tratamento como verdadeiras normas jurídicas, independentemente da abstração de seus textos, bem como porque exige que a norma jurídica, para se legitimar, trate todos os seres humanos com igualdade, respeito e dignidade (Marmelstein, 2016, pp. 10-11). Nesse sentido, o jurista alemão Robert Alexy diz que o direito necessariamente deve ter uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar da ideia de justiça. E tal “pretensão de correção” se exprime justamente por meio dos direitos fundamentais: nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais (Alexy, 2015, p. 20).

No pós-positivismo, a normatividade dos princípios está ao lado das regras, também lhes sendo confiada uma função de realce no ordenamento jurídico, que ocorre de modo peculiar quando tais princípios são qualificados como normas de direito fundamental. Com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, a Constituição passou a ocupar um papel especial, de sorte que, atualmente, todas as suas disposições, sem ressalva, passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas, figurando uma posição elevada dentro do sistema (Marmelstein, 2016, p. 11).

Ademais, cumpre observar que os princípios do Estado de Direito, da socialidade e democráticos constituem-se nas decisões políticas estruturais de um Estado e, por isso, são

providos de força de expansão, o que significa que admitem desdobramentos em outros, principalmente os chamados princípios gerais, da mesma maneira como dotam de unidade os distintos segmentos do texto constitucional, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e a aplicação de todas as normas jurídicas vigentes (Barroso, 2009, pp.159-160). Para os fins aqui visados, “princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias”, muito embora, em qualquer caso, eles municiam argumentos que devem ser ponderados pelos juízes, e todo princípio demanda um compromisso de boa-fé para com a sua realização, na medida em que essa realização seja possível (Barroso, 2016, p. 65).

Conforme leciona Ingo Sarlet no que segue a doutrina de Robert Alexy (2015, pp.110-114), a norma contida no artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988⁶⁷ e no art. 1º da CRP/76, tem dupla estrutura, de princípio e de regra, além de ser fundamento de posições jurídico-subjetivas, outorgando direitos subjetivos de cunho negativo e positivo, até mesmo de feição prestacional. O conteúdo da regra da dignidade é determinado pelo sopesamento do princípio da dignidade humana com outros princípios. Enquanto princípio da dignidade, tal qual os demais princípios, pode ser efetivado em distintas medidas e, por conseguinte, é passível de relativização e restrição; a regra da dignidade é absoluta (Sarlet, 2019, p.74-84). Segundo as palavras de Robert Alexy:

[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de precedência. O princípio da dignidade humana pode

⁶⁷ Segundo o artigo 1º, inciso III, da CF/88, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”. (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988)

ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana (Alexy, 2015, pp. 113-114).

De modo diverso, Virgílio Afonso da Silva defende que a estrutura normativa da dignidade é de princípio e, como tal, a tendência é de que seu conteúdo essencial seja relativo, a não ser nos casos em que a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, define condutas absolutamente vedadas, a exemplo do artigo 5º, inciso III, da CRFB/88, que veda a tortura e o tratamento degradante (Silva, 2009, pp. 201-202). Sobre essa questão observa Luis Roberto Barroso que os princípios constitucionais exercem distintos papéis no sistema jurídico e, no momento da sua aplicação concreta, eles sempre geram regras que conduzem situações específicas. Como exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, ainda que em um ordenamento jurídico no qual inexista qualquer regra específica impedindo tal conduta. No caso de existirem regras mais específicas, as quais indicam que os constituintes ou os legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto, ainda assim é indispensável se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana (Barroso, 2016, p. 65).

No entanto, em outra ilustração, nos países onde não está expresso na constituição o direito à privacidade, assim como ocorre nos Estados Unidos, ou o direito geral contra a autoincriminação não está explicitado, tal como no Brasil, eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Tal é o principal papel do princípio como a dignidade humana, que é o de funcionar como uma fonte de direitos e, por consequência, de deveres, abrangendo os direitos não expressamente elencados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. Outro importante papel da dignidade humana, também

tido como primordial, é o interpretativo, levando em conta a dignidade humana como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto. Desse modo, ela vai fundamentalmente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, auxiliando na definição do seu sentido nos casos concretos (Barroso, 2016, pp. 65-66).

Como princípio e valor fundamental (Sarlet, 2019, pp. 85-92), a dignidade da pessoa humana atribui unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional; opera como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais, conquanto de modo e intensidade variáveis, visto que nem todos os direitos fundamentais positivados na Constituição podem ser reconduzidos de modo direto e igual ao princípio da dignidade da pessoa humana; atua ao mesmo tempo como fator de restrição de direitos fundamentais e como elemento de proteção destes contra medidas restritivas; e, ainda, desempenha uma função instrumental integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico, e não somente dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais⁶⁸ (Cordeiro, 2012, pp. 91-92).

Na prática, o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana somente poderá desempenhar um papel adequado com a sua posição de princípio fundamental da ordem jurídica de Estado de Direito quando nele possa ser reconhecido um teor normativo abrigado por todas as correntes e visões próprias de um pluralismo razoável (Novais, 2019, p. 36). Tal como isso é de há muito plausível e realizável quanto a princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito, como o princípio da igualdade, da

⁶⁸ Nessa linha, decidiu o STF “ [...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)- significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”. (HC 95.464, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03/02/2009).

proporcionalidade ou da protecção da confiança, não deverá ser de outro jeito, e por maioria de razão, no que se alude à sua matriz principal — a dignidade da pessoa humana.

4.3 Fundamentação e justiça

No ordenamento jurídico luso-brasileiro, o princípio da motivação das decisões encontra previsão no art. 93, inciso IX, da Constituição brasileira de 1988⁶⁹, e no art. 208º da Constituição portuguesa de 1976⁷⁰. Sobre o dever de motivação das decisões judiciais, tal é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes. Não por acaso, a doutrina liga de forma especialmente contraditória motivação e direito ao processo justo. Isso porque sem motivação a decisão judicial perde duas características centrais, que é a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais. Perde, pois, o seu próprio carácter jurisdicional (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 863).

Cumprido destacar que o texto constitucional exige a fundamentação das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, bem como as declara nulas se não atenderem a esse comando (Soares, 2010, p. 169). A própria Constituição portuguesa determina especificamente a necessidade de fundamentação de certas decisões judiciais⁷¹ (v. arts. 209.º

⁶⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁷⁰ Artigo 208.º (Decisões dos tribunais) 1. As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. 3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução. (Constituição da República Portuguesa, de 1976)

⁷¹ Artigo 209.º Categorias de tribunais 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. 3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos. 4. Sem prejuízo do disposto

e 282.º4), o que não pode servir de argumento *a contrario sensu* para deduzir que nos demais casos está dispensada a fundamentação, mas sim no sentido de que, nesses casos, a fundamentação carece de lei a prevê-la. Enquanto a Constituição brasileira impõe, em seu art. 93, inciso IX, que todas as decisões dos tribunais sejam fundamentadas, a necessidade de fundamentação deriva também do próprio significado dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito. O corriqueiro desrespeito do imperativo de fundamentação na prática jurisdicional que se exprime com fundamentações incompletas e de cunho retórico não pode ser justificado com a simples referência à sobrecarga que enfrenta o Poder Judiciário. A fundamentação é dever, e não simples faculdade do juiz (Dimoulis & Martins, 2014, p. 171).

Já a Constituição portuguesa impõe que a fundamentação das decisões judiciais (art. 208º, n.º 1) está condicionada à lei (sob reserva de lei), a qual incumbe determinar o âmbito do dever de fundamentação, podendo garanti-lo com maior ou menor latitude. No entanto, a discricionariedade legislativa nesta matéria não é total, uma vez que se entende que o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de direito democrático (cfr. art. 2.º), ao menos quanto às decisões judiciais que tenham por objeto a solução da causa em juízo, como instrumento de ponderação e legitimação da própria decisão judicial e de garantia do direito ao recurso. Em tais casos, de modo particular, resta a imposição de fundamentação ou motivação fática dos atos decisórios por meio da exposição concisa e completa dos motivos de fato, assim como das razões de direito que justificam a decisão (Canotilho & Moreira, 1993, pp. 798-799).

quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes. (Constituição da República Portuguesa, de 1976)

Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade [...] n. 4º 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2. (Constituição da República Portuguesa, de 1976)

Os ensinamentos de Angelica Alvim indicam que motivar todas as decisões significa fundamentá-las, esclarecer as razões de fato e de direito que provocam o convencimento do juiz, de sorte que deve essa fundamentação ser substancial, e não meramente formal, porquanto fundamentada em argumentos jurídicos sólidos e lastreados nos fatos sociais (Alvim, 1994, p.35). O princípio da motivação das decisões garante a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio, já que os órgãos jurisdicionais têm de motivar, sob pena de nulidade, o dispositivo contido no ato decisório (Soares, 2010, p. 169).

Nesse sentido, Teresa Alvim defende que a decisão judicial não se confunde com um ato de imposição pura e imotivada de vontade, uma vez que motivar todas as decisões significa fundamentá-las, esclarecer as razões de fato e de direito que implicam o conhecimento do juiz, devendo essa fundamentação ser substancial, e não meramente formal (Alvim, 1994, p. 35), o que justifica a necessidade de seus motivos virem expressos, sendo congruentes, nessa perspectiva, a fundamentação incompleta e a ausência de fundamentação.

Ricardo Soares enfatiza que o dever de motivação guarda equivalência com o sistema da livre convicção, uma vez que:

[...] quanto maior for o poder discricionário do magistrado, mais importante será a necessidade de fundamentar sua decisão. A falta ou deficiência da motivação produz um vício insanável, cujo reconhecimento pode dar-se em qualquer grau de jurisdição e independentemente de provocação da parte. No sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, também conhecido como sistema da livre convicção ou da verdade real, o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais, lógico-jurídicos preestabelecidos, os quais devem ser expressamente indicados (Soares, 2010, p. 169).

O “princípio do livre convencimento”, também denominado como “princípio da persuasão racional do juiz”, serve de suporte teórico para a tomada de decisão e teve procedência no Século XVI, de sorte que se consolidou na Revolução Francesa, por meio de decreto da assembleia constituinte em 1791 (Cintra, Grinover & Dinamarco, 2010, p. 73). O sistema do livre convencimento consiste, na apreciação, pelo juiz, das provas e dos elementos constantes dos autos, seja quais forem os critérios legais previamente determinados, mas que estejam em conformidade com critérios racionais, podendo, até mesmo, julgar o caso sem que haja produção de provas, caso os elementos nos autos sejam satisfatórios para a formação da convicção do magistrado. Por fim, tal princípio “regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção” (Cintra, Grinover & Dinamarco, 2010, p. 73).

Ricardo Soares lembra que a motivação da decisão resguarda os valores de segurança jurídica e legitimidade das decisões, ultimos dispendiosos ao Estado Democrático de Direito, de sorte que confere aos cidadãos a garantia de que serão julgados conforme o devido processo legal, garantindo ainda que não se sujeitarão ao voluntarismo do Poder Judiciário (Soares, 2010, p. 170). Outrossim, a problemática da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvida à luz do conceito de contraditório, razão pela qual a conexão entre os conceitos é radical, sendo simples a razão, conforme lições de Ingo Sarlet: “a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo” (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 864).

A jurisdição deve zelar pela aplicação da norma ao caso concreto, tendo em vista que esta é a sua tarefa; todavia, como sabido, a norma é construída a partir de um texto

jurídico-normativo, cuja enunciação é tarefa de poder constitucionalmente distinto do Poder Judiciário, que, por suas especialidades institucionais, possibilita que condutas, procedimentos e institutos sejam regulados pelo Direito após intenso debate da sociedade. Assim sendo, considerando que o ordenamento jurídico atribui como exigência que a decisão seja fundamentada, conferindo ao juiz obrigatoriamente um processo hermenêutico enquanto metodologia para a tomada de decisão, então está o livre convencimento do juiz vinculado a esta metodologia prevista no sistema, ao determinar que todas as decisões judiciais deverão ser motivadas.

Modernamente, o processo contemporâneo mostra-se como instrumento da tutela dos direitos fundamentais, de sorte que sua realização ocorre por meio dos princípios constitucionais, e a Constituição traz a pressuposição da existência do processo como condução de exteriorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dos cidadãos. No contexto dessa transformação paradigmática favorável à constitucionalização das relações processuais, passa a Teoria do Processo por intensa reconstrução, representando o devido processo legal substancial como a acesso de materialização dos valores e finalidades maiores do sistema jurídico, proporcionando as condições de probabilidade de um acordo racional dos sujeitos processuais sobre as alternativas hermenêuticas mais justas. Importa, assim, uma determinação de legitimidade do direito processual, deduzindo que o poder político somente pode desenvolver-se por meio de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais que garantam uma vida digna (Soares, 2010, p. 174).

No Estado Constitucional, a motivação da decisão requer em sua articulação mínima, em síntese: (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da

qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter sido a escolha do juiz racionalmente correta (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 865), de modo que, assim, será considerada completa e constitucionalmente adequada.

Dentre os critérios utilizados pelo juiz para que se concretize a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos cidadãos, vale-se da cláusula principiológica do devido processo legal substancial, a qual desemboca na utilização do postulado ou princípio instrumental da razoabilidade/proporcionalidade⁷², como recurso metodológico imprescindível para a realização hermenêutica de um direito processual mais legítimo e efetivo, de sorte que realiza a noção de justiça mais adequada às alternativas da lide (Soares, 2010, p. 174-175), sobretudo quando estão em pauta direitos fundamentais que admitem restrições, ou seja, reserva legal. Cumpre lembrar que a moderna doutrina constitucional, relativamente às restrições a direitos fundamentais, tem buscado sobre a admissibilidade constitucional da restrição e também acerca de sua compatibilidade com a máxima da proporcionalidade, tal como ensinam Gilmar Mendes e Paulo Branco, que “[...] um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)” (Branco & Mendes, 2017, p. 225).

Marcelo Novelino lembra que a natureza e o conteúdo da proporcionalidade são objeto de dissensões. Segundo o autor, quanto ao aspecto substancial, a literatura debate se os termos proporcionalidade e razoabilidade indicam realidades idênticas ou distintas. No

⁷² Proporcionalidade e razoabilidade costumam ser tratadas como equivalentes pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF - ADI 2.667 MC/ DF, Rei. Min. Celso de Mello; RE 200.844 AgR. Rei. Min. Celso de Mello (OJ 16.08.2002) e por parte da doutrina brasileira. O postulado da proporcionalidade, no entanto, diferencia-se da razoabilidade não apenas por sua origem, mas também por sua estrutura e forma de aplicação. No postulado da *proporcionalidade*, existe uma relação de causalidade entre meio e fim, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas finalidades. Por seu turno, a *razoabilidade* “determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão”, aplicando-se a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade regulada por ela ou critério e medida (Novelino, 2019, pp. 340-341).

tocante à natureza, independente da expressão “princípio da proporcionalidade” ter se materializado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, não há concordância se a proporcionalidade atua como princípio, regra ou postulado (“máxima”) (Novelino, 2019, p. 335). Etimologicamente, o vocábulo “proporcionalidade” detém uma noção de “proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente” (Soares, 2010, pp. 174-175). A ideia de proporcionalidade mostra-se como um importante princípio jurídico fundamental, além de consubstanciar como um verdadeiro referencial argumentativo, já que exprime um raciocínio admitido como justo e razoável de modo geral (Soares, 2010, p. 174).

Marcelo Novelino ensina que a proporcionalidade *deve* ser compreendida como um “postulado”, como exposta a seguir, visto que ela é como uma metanorma que preceitua o modo de raciocínio e de argumentação conexo às normas restritivas de direitos fundamentais. É nesse caminho que atua no nível da justificação interna da decisão jurídica, de modo que contribui para revelar as premissas a serem justificadas externamente e para identificar erros e inconsistências na fundamentação de um resultado. Além disso, relaciona-se à correção formal do procedimento de justificação do direito (Novelino, 2019, p. 336).

A procedência e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade remetem aos séculos XVII e XVIII, tempo em que, na Inglaterra, nasceram as teorias jusnaturalistas que defenderam ter o homem direitos inerentes à sua natureza e precedentes ao surgimento do Estado. Já na sua adaptação moderna, acham-se intrinsecamente vinculados ao progresso dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, averiguados a partir do aparecimento do Estado de Direito burguês na Europa. Em seguida, a ideia de proporcionalidade é empregada, na França, como técnica voltada para o controle do poder de polícia da Administração Pública (Soares, 2010, p. 174).

Da análise das Constituições de Estados Democráticos de Direito, percebemos que em ampla medida não contêm menção expressa ao princípio, tal como a Constituição brasileira, o que coloca em relevo a problemática da sua fundamentação normativo-constitucional. O princípio constitucional da proporcionalidade é aplicado somente em casos em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que o intérprete do direito possa provir à análise de três parâmetros ou postulados fundamentais e complementares: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três critérios de natureza axiológica e teleológica definem o sentido de uma atuação proporcional do Estado e dos particulares, tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana (Soares, 2010, p. 176).

A adequação estabelece uma relação baseada na experiência entre o meio e o fim: “o meio deve levar à realização da finalidade normativa” (Soares, 2010, p. 177), de modo que envolve “a análise do meio empregado e do objetivo a ser alcançado” (NOVELINO, 2019, p. 336). O processo decisório, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, “será adequado somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto”; também “será adequado se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção”; e “será adequado, ainda, se o intérprete avaliou e projetou bem a promoção da finalidade no momento da tomada da decisão” (Novelino, 2019, p. 332). Marcelo Novelino lembra que:

Medidas restritivas de direitos fundamentais, para passarem pelo *crivo* da proporcionalidade, *devem* ser legítimas e aptas para fomentar fins igualmente legítimos. Se determinada medida embaraça a realização de um *princípio X* e se mostra incapaz de fomentar um *princípio Y*, significa que a intervenção é inadequada (Novelino, 2019, p. 332).

Já o postulado da necessidade envolve duas etapas de investigação: “o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os diversos meios promovem

igualmente o fim e o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados” (Soares, 2010, p. 177). Essas etapas são sintetizadas também da seguinte maneira: “primeiro, verifica-se a existência de medidas alternativas similarmemente eficazes para fomentar o fim almejado para, em seguida, analisar se tais medidas são menos gravosas que a efetivamente adotada” (Novelino, 2019, p. 337).

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior importância do que o teste da adequação. Sendo positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação, mas sendo o teste quanto à necessidade revelado negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer maneira, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do provável equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*) (Pieroth & Schlink, 2019, p. 141). Nesse sentido, é a proporcionalidade em sentido estrito examinada perante confrontação entre “a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (Soares, 2010, p. 177), de modo que o corresponde à “lei material do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2015, p. 167). A apreciação em juízo daquilo que será considerado vantagem e daquilo que será considerado desvantagem depende da análise teleológica e axiológica do hermeneuta, em face das situações do litígio e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício, sempre visando preservar a dignidade da pessoa humana (Soares, 2010, p. 177).

Desse modo, o princípio da proporcionalidade, como *standard* juridicamente vinculante, informando a ideia de justiça própria a todo ordenamento, opera por meio de um

mandado de otimização, no sentido de que os imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos no âmbito da efetivação de uma vida digna (Soares, 2010, p. 179). Com base nos ensinamentos de Marcelo Novelino, identificamos no postulado da proporcionalidade uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (proibição de excesso); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (proibição de proteção insuficiente) (Novelino, 2019, p. 340).

A proporcionalidade traduz-se em uma garantia aos cidadãos, de modo que exige um contrabalanceamento da tutela a certos bens jurídicos com as limitações aos direitos fundamentais. Para tanto, deduz-se a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objeto perseguido pela limitação e na qual o meio é a própria decisão (administrativa, legislativa ou judicial) que almeja tornar provável o alcance do fim desejado, no âmbito de uma relação processual (Soares, 2010, p. 179). Ademais, levando em conta que um bom critério decisório possibilita resolver também casos posteriores, a “regra de precedência condicionada” decorrente da ponderação de determinados princípios precisa ser universalizável, de modo a servir como norma de solução para os casos futuros nos quais estejam presentes as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas essenciais (Novelino, 2019, p. 340).

Circunstância especial que impõe cuidado peculiar em termos de fundamentação das decisões judiciais está na aplicação de princípios, regras e postulados normativos, bem como na aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2019, p. 865). Com efeito, é recomendado o exercício de uma competente argumentação jurídica, para demonstrar adequadamente o raciocínio

desenvolvido e para evidenciar a garantia da legitimidade da opção hermenêutica, adquirindo manifesto realce o art. 93, IX, da Constituição brasileira de 1988, que trata da exigência de fundamentação das decisões jurídicas (Soares, 2010, p. 179).

Com base nessas análises, entendemos existir uma conexão entre a autoridade julgadora e a decisão proferida, o que ocorre obrigatoriamente por uma ligação hermenêutica fundamental, que estabelece ao julgador que evidencie o trajeto gerativo de sentido para a valoração dos elementos e provas constantes dos autos e para a construção da norma jurídica concreta. Outrossim, não se consente, neste processo de construção do raciocínio lógico-semântico, que o julgador se valha de elementos alheios ao sistema jurídico, de sorte que deve a decisão derivar de um processo de aplicação permeado a todo momento pela interpretação que faz o julgador do sistema. Considerando que o princípio do livre convencimento tem seu limite objetivo na necessária motivação da decisão, não é suficiente que o juiz se convença, mas que sobretudo subjogue o limite, de modo que torne em discurso o caminho do seu convencimento, uma vez que a impossibilidade de versá-lo em um ato de fala, ordenadamente admissível na perspectiva jurídica, torna a liberdade de convencimento uma simples aspiração psicológica, já que não tem a capacidade de causar as indispensáveis consequências no âmbito jurídico.

4.4 A dignidade da pessoa humana na CRP/76 e na CRFB/88

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento positivo é relativamente recente, principalmente se considerarmos as raízes longínquas a que pode ser reconduzida a ideia de dignidade. Somente no decorrer do século XX e, advertida uma ou outra exceção, tal como a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6, n. 3), tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial é que os renomados textos normativos

inauguram a premissa da dignidade da pessoa, de modo que passara a ser reconhecida explicitamente nos textos das Constituições, especialmente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948⁷³ (Sarlet, 2019, p. 74), tal como ocorreu em Portugal, e mais adiante, no Brasil.

4.4.1 Na CRP/76

A Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, resultou dos trabalhos de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita pelo Povo, depois do movimento revolucionário de 25 de abril de 1974, o qual colocou fim ao regime autoritário vigente no país desde a ascensão ao poder do Professor António de Oliveira Salazar, que governou Portugal como Presidente do seu Conselho de Ministros entre 1932 e 1968, cuja substituição adveio com o ingresso de Marcelo Caetano, que exerceu o poder até a Revolução dos Cravos⁷⁴.

Resumidamente, podemos dizer que vários fatores contribuíram para a ruptura com o regime autoritário, capitaneada pelas Forças Armadas, por meio do chamado Movimento das Forças Armadas (MFA)⁷⁵: a crise do petróleo; a inflação; o movimento de independência das colônias portuguesas na África, máxime Guiné e Moçambique; o isolamento internacional do regime autoritário lusitano; a crise de Watergate; o avanço do império socialista da URSS, dentre outros (Miranda, 2003, p. 197-200). A Carta de 1976

⁷³ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, abre-se com a afirmação de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” (art. 1º). No art. 2º proclama o caráter de igualdade fundamental dos direitos humanos, ao dispor que cada qual pode prevalecer-se de todos os direitos e de todas as liberdades proclamadas na aludida Declaração, sem distinção de espécie alguma, notadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião pública ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU).

⁷⁴ Na doutrina de Gomes Canotilho, é o chamado momento de descontinuidade constitucional material, o qual se expressa não apenas no diferente título de legitimação do poder constituinte, mas — e principalmente — na ruptura consciente com o passado no plano dos princípios políticos constitucionalmente conformadores (Canotilho, 2018, pp. 192-193).

⁷⁵ Movimento das Forças Armadas, cujo programa previa, em um prazo de 12 meses do 25 de abril, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

procurou ser uma Constituição que representasse as distintas ideologias e projetos de poder político de todos os partidos que elegeram representantes para a Assembleia Constituinte⁷⁶, uma vez que nenhum de tais partidos obteve a maioria exigida para bancar, sozinho, o seu projeto de poder⁷⁷. Por tal razão, é importante enfatizar que, ao lado do Movimento das Forças Armadas, surgiram novas forças sociais e políticas, a maioria aglutinada em suas agremiações partidárias, além das entidades representativas dos movimentos sociais e populares. Isso tudo derivou em um processo de formação de uma nova ordem constitucional não linear e, conseqüentemente, não isento de contradições e conflitos, o que terminou ao mesmo tempo refletindo na elaboração do texto constitucional (Canotilho & Moreira, 1993, pp. 17-19).

A CRP/1976 pode ser considerada como uma Carta Política consagradora da democracia participativa e dos direitos fundamentais, tendo em vista o extenso rol de direitos nela contidos⁷⁸, ainda que, desde a sua versão original, tenha funcionado como um pêndulo, com a pretensão de equilibrar os clássicos direitos de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais (Canotilho & Moreira, 1993, pp. 44-46). Na sua origem, o seu art. 2º previa que haveria uma “transição para o socialismo”; no entanto, a partir da revisão de 1989, o Estado de Direito Democrático português começaria a ansiar pela concretização de uma democracia econômica, social e cultural⁷⁹. Estamos diante de um

⁷⁶ Indicamos a seguir os nomes dos partidos políticos que elegeram representantes para a Assembleia Constituinte, seguidos do número de cadeiras obtidas: Partido Socialista (PS) – 116; Partido Popular Democrático (PPD) – 81; Partido Comunista Português (PCP) – 30; Partido do Centro Democrático Social (CDS) – 16; Movimento Democrático Português (MDP/CDE) – 5; União Democrática Popular (UDP) – 1; Associação de Defesa dos Interesses de Macau (ADIM) – 1. Vide, ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA (Portugal). O Estado Democrático. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/OEstadoDemocratico.aspx>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷⁷ No dizer de Jorge Miranda e Rui Medeiros, àquela época, havia no país um pluralismo partidário, que se manifestou na própria Assembleia Constituinte, daí o conflito ideológico durante os debates e o caráter transitório de algumas de suas normas (Miranda & Medeiros, 2010, pp. 14-15).

⁷⁸ Para Gomes Canotilho (2011), a CRP/1976 traz com nitidez um recorte de direitos, liberdades e garantias de participação política. Ainda mais: haveria nela uma notória abertura para direitos participativos e direitos procuratórios, sendo estes últimos aqueles que permitem ao cidadão a defesa de determinados interesses públicos, através de instrumentos como a ação popular.

⁷⁹ Tratou-se de uma atenuação do componente ideológico da revolução, como lembra Gomes Canotilho. A revisão de 1989 também retirou outras expressões linguísticas de nítido caráter emancipatório, como “sociedade sem classes” (art. 1º) e “processo revolucionário” (art. 10). (Canotilho, 2018, pp. 204-205).

Estado Democrático cujo objetivo é associar o princípio do governo da maioria com o princípio de garantia dos direitos fundamentais, levando em conta a própria organização do Poder Político (Novais, 2012, p. 19).

Enfatizamos aqui a relevância que têm os direitos humanos para o projeto de Estado de Direito em Portugal, cuja concretização implica em uma democracia política, econômica e, principalmente, social e cultural, razão pela qual já se falou que a Constituição de 1976 é uma Carta de liberdade e de solidariedade (Miranda, 2019). Eis o motivo pelo qual a Magna Carta lusitana reconhece, ainda que sem caráter impositivo (Miranda & Medeiros, 2010, p. 158), a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, como fórum legitimado para a defesa dos direitos da pessoa humana e dos povos, no âmbito do direito internacional (art. 7º, item 7, introduzido pela revisão de 2001). Nesse passo, incontestavelmente, o ponto de vista social dos direitos fundamentais possui importância para a CRP/1976. Apesar disso, a sua concretização há de advir em um ambiente democrático, onde se respeitem os direitos e as liberdades individuais.

Além disso, cumpre lembrar que os arts. 17 e 18, n. 1, da CRP/76 instituíram um regime de tratamento diferenciado para os direitos fundamentais, sendo, no início, apenas diretamente aplicáveis e vinculativos para as entidades públicas e privadas os preceitos concernentes aos direitos de liberdade e aqueles de natureza equivalente (Canotilho & Moreira, 1993, pp. 139-140). No entanto, o projeto constitucional português, cuja centralidade axiológica e sistemática direciona-se para a dignidade humana⁸⁰, estabelece uma interpretação sistêmica e harmônica de tais dispositivos, o que nos induz a concluir

⁸⁰ Como já lembrado neste trabalho, conforme citado por Luis Roberto Barroso, por influência da Constituição da Alemanha (Occidental) de 1949. Necessário, outrossim, lembrar que, além das influências das Constituições da Alemanha de 1949 (centralidade na dignidade da pessoa humana e aplicação direta dos direitos de liberdade, vinculando os poderes públicos); da Itália de 1947 (exercício da soberania popular conforme a Constituição; consagração da proteção de direitos sociais, como a cultura, direitos trabalhistas e outros de previdência e assistência social) e do preâmbulo da Constituição da França de 1946, ratificado pela Carta de 1958 (dimensão universal dos direitos humanos), há que se falar na influência de matriz socialista, desde o período de elaboração da CRP, quando se falava em amplo programa de nacionalização e de conquistas irreversíveis para a classe trabalhadora, a serem efetivadas no futuro texto lusitano (Barroso, 2016, p. 19).

que, conforme a causa de pedir de determinados pleitos, a exigibilidade de determinados direitos fundamentais haverá de propagar-se também para o seu ponto de vista ou óptica social.

Casalta Nabais lembra que o princípio da dignidade da pessoa humana confere um sentido de unidade ao sistema de direitos fundamentais da CRP, mesmo destacando que a conexão a tal princípio não seja semelhante para todos os direitos. A partir desse ponto, o autor enfatiza em explicitações de 1º, 2º e 3º grau do princípio da dignidade pessoa humana, em que se encontram os direitos econômicos, sociais e culturais no último grau, por dependerem da atuação do legislador para a sua materialização (Nabais, 2007, pp. 72-74).

Importante destacar que a Assembleia Nacional Constituinte, à época da elaboração do texto original, sucedia a um regime autoritário de 48 anos. Ademais, atravessava-se um período de dúvidas a respeito dos grupos políticos que iriam exercer o poder no neófito Estado Democrático instalado — inclusive havia riscos da volta de um regime de natureza autoritária, como bem destaca o Deputado constituinte daqueles tempos, Jorge Miranda. Exatamente por isso, justificou-se uma preocupação em salvaguardar os direitos de liberdade e os direitos políticos dos cidadãos, procurando separá-los dos direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de evitar que o aspecto econômico ou os fins coletivos do Estado viessem a prevalecer perante os direitos de liberdade (Miranda, 1986, pp. 1124-1128; pp. 1140-1142), em respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Na abertura do seu texto, a Constituição Portuguesa de 1976 proclama que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1º, CRP/76). Nesse sentido, temos como bases da República a dignidade da pessoa humana e a vontade popular, de modo que estas organicamente se vinculam, simultaneamente, à garantia constitucional

dos direitos fundamentais e ao sistema constitucional-democrático (Canotilho & Moreira, 1993, p, 58). Na prática, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, levou ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, distanciando-se a percepção retrógrada da sua inexigibilidade em face de condutas lesivas à vida digna do ser humano, o que ocorre devido a ações de governantes ou de particulares, por se tratar de máximas ético-morais desprovidas de coerção e de imperatividade (Soares, 2010, p.134).

Não se tem como duvidar da importância do princípio da dignidade da pessoa humana no atual quadro evolutivo das sociedades humanas, o que leva Ana Paula de Barcellos a afirmar que um dos escassos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, aparecendo a dignidade da pessoa humana como um axioma da civilização ocidental e, quiçá, a única ideologia remanescente do novo milênio (Barcellos, 2002, p. 103), o que demonstra a importância do estudo deste princípio, que conduz ao reconhecimento de tantos outros direitos.

4.4.2 Na CRFB/88

Primeiramente, lembramos que o sistema constitucional brasileiro também sofreu influência por esses novos sopros libertários, predispostos à emancipação do ser humano, por meio do respeito à dignidade intrínseca, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, gestada que foi na conjuntura político-social de redemocratização do país, o que ocorreu após o longo período autocrático da ditadura militar (Soares, 2010, p. 135). A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do poder político. Revela a abertura da Constituinte à ideia de consagração de valores supremos, direitos sem os quais a

sociedade não pode existir, ao passo que atribui limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas.

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, contemplou expressamente a dignidade da pessoa humana⁸¹. Tal ineditismo fez parte do título dedicado aos princípios fundamentais, já no artigo de abertura da Constituição, de acordo com o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CFRB/88) (Cordeiro, 2012, p. 87). Consagrar a dignidade do homem como fundamento do Estado brasileiro evidenciou a assimilação da ideia, então imperante desde o fim dos períodos ditatoriais do século XX, ao menos nos países ocidentais, de que o Estado deve servir de meio para o bem-estar do homem, de modo que lhe assegure condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas para tanto, e não fim em si mesmo ou meio para outros fins (Cordeiro, 2012, p. 88). No Brasil, a dignidade da pessoa humana é princípio moral, e também é o seu núcleo axiológico central.

A dignidade humana, para além de um valor, é fundamento do Estado Brasileiro, previsto no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, refletindo direitos inerentes a uma vida digna, a uma vida calcada em elementos mínimos. Ingo Wolfgang Sarlet, citando Rosenfeld, afirma: “onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados” (Sarlet, 2019, p. 142). É por isso que, no Brasil, o constituinte optou pela positivação da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental, em título próprio destinado aos princípios dessa natureza (Título I), e não no rol dos direitos e garantias fundamentais. Consequentemente, o caráter jurídico-normativo

⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988)

da dignidade é manifesto, assim como o é a sua condição de princípio fundamental da ordem de valores objetiva (Cordeiro, 2012, p. 90).

Referimos a crítica que Canotilho faz à tentativa de entrelaçar o princípio da dignidade humana na natureza dos direitos fundamentais. Esse ponto de vista, segundo o professor, “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada” (Canotilho, 2018, p. 373). A inconformidade estaria no fato de que a Constituição portuguesa —como a brasileira — também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas, a significar que a proximidade com a ideia de dignidade humana não seria sempre um vetor suficiente para definir os direitos fundamentais. Nessa linha, se notarmos o rol do art. 5º da Constituição brasileira, será difícil vermos nos incisos XXI, XXV, XXVIII e XXIX direitos que tenham como fundamento precípua e imediato o princípio da dignidade humana.

Em que pese a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de entender a nota de fundamentalidade em um direito, e conquanto haja direitos formalmente abrangidos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, acolhendo a exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança (Branco & Mendes, 2017, p. 138). É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, de modo que previne o arbítrio e a injustiça. Nessa acepção, há de se assentar em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”

(Sarlet, 2015, p. 106). Ingo Sarlet realiza uma análise considerando tanto a formulação utilizada quanto a localização do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que:

[...] sediada no Título I, dos Princípios Fundamentais, verifica-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez — consoante já frisado — à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional brasileiro, lusitano⁸² e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes que — ao lado e em permanente diálogo com o paradigma germânico — têm exercido significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica (Sarlet, 2019, pp. 79-80).

Notamos que, na Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88), de modo que integra a categoria dos princípios fundamentais do Título I da Carta Magna, fazendo parceria com importantes cânones ético-jurídicos correlatos, tais como a cidadania, os valores sociais do trabalho; o princípio republicano (art. 1º, CRFB/88); o princípio da separação de Poderes (art. 2º, CRFB/88); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais visam construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CRFB/88); e os princípios que orientam as relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, CRFB/88).

⁸² Nesse sentido, Canotilho e Moreira (1993, p. 195). Por último, Novais (2019, p. 51).

Por fim, a caracterização da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental demonstra a certeza de que o art. 1º, inciso III, da CRFB/88 contém uma declaração de conteúdo ético e moral, o que de fato não deixa de ter, e também constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, munida de eficácia, modificando-se, de tal sorte, para além da dimensão ética já assinalada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Vale ponderar, neste contexto, que, na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia dos direitos fundamentais e de toda a ordem constitucional, o que justifica plenamente sua qualificação como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (Sarlet, 2019, pp. 106-107), potencializando a realização coordenada da justiça no campo das relações concretas.

4.5 O acesso à justiça como corolário da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana intensifica a efetivação da justiça por meio de alguns pilares, tais como a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível”, considerando o constitucionalismo luso-brasileiro; a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais (Soares, 2010). Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e em conformidade ao direito de acesso à Justiça, vimos que a Constituição brasileira prevê no art. 5º, LXXIV, CRFB/88 que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Tal disposição constitucional visa, por óbvio, tutelar aqueles que não possuem recursos para arcarem com as custas judiciais de um processo e/ou não possuem meio de custear a contratação de um advogado sem que o seu sustento e o de sua família seja prejudicado.

Trata-se, portanto, de uma maneira de fomentar o acesso à justiça de forma democrática (Mello & Moreira, 2015, p. 434).

O acesso à Justiça é direito e garantia fundamental constante na Constituição de 1988 na interpretação de seu art. 5º, inciso XXXV, onde “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de modo que algumas deduções podem ser obtidas em exame deste dispositivo, quais sejam a inafastabilidade ou inarredabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso ao Judiciário, como verdadeiras garantias do Estado para a preservação dos direitos inerentes à pessoa. Levando em conta que a justiça é a real intenção que se extrai da norma referida, é imprescindível proferir que, visualizando o direito do acesso à justiça com as lentes da eficiência das normas e, por que não falar, dos princípios constitucionais, o modo mais amplo de tornar efetivo tal direito é por meio da implementação de meios idôneos de pacificação social (Mello & Moreira, 2015, pp. 432-433), visto que esses mecanismos com o fim de materializar a justiça respeitam e também materializam a dignidade da pessoa humana.

Logo, o inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88 se refere ao acesso ao judiciário e ao seu significado pleno, de modo que tal acesso decorre do movimento renovatório do direito e implica propiciar ao cidadão o amplo e irrestrito acesso ao judiciário, desde a propositura da ação até a tutela definitiva do seu conflito. O acesso à justiça é consequência lógica do exercício da função jurisdicional como monopólio estatal (Mello & Moreira, 2015, p. 628).

Já o art. 20º da CRP/88 reconhece vários direitos, conexos, mas distintos⁸³, tais como o direito de acesso ao direito (n.º1), o direito de acesso aos tribunais (n.º1), o direito à informação e a consulta jurídicas e o direito ao patrocínio judiciário (n.º 2) (Canotilho & Moreira, 1993, p. 161). Aduza-se, portanto, que a Constituição de Portugal prevê em seu artigo 20º o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, ao que reconhecemos ter equivalente

⁸³ A sua conexão é evidente, pois todos eles são componentes de um direito geral à proteção jurídica (Canotilho & Moreira, 1993, p. 161).

previsão no ordenamento constitucional brasileiro, no artigo 5º, inciso XXXV. Referindo-se à previsão portuguesa⁸⁴, Canotilho assevera:

Em termos gerais - e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade - o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada urna das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as provas, controlar as provas do adversário e disreter sobre o valor e resultado das causas outras (Ac. TC 86/88,DR, II, 22/8/88) (Canotilho, 2018, p. 433).

O direito à tutela jurisdicional configura-se ainda em uma garantia institucional a influir numa necessidade e numa garantia de estrutura judiciária propiciadora de uma proteção jurídica eficiente. Não é de hoje que a boa doutrina se posiciona no sentido de que o significado do princípio da inafastabilidade da jurisdição abrange a ideia da garantia do direito de ação, sobretudo o efetivo acesso à justiça e, por via de consequência da amplitude dessa acessibilidade, à adequação e à tempestividade da tutela jurídica, traduzindo-se em verdadeira garantia das garantias constitucionais (Mello & Moreira, 2015, p. 628). A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, em que já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária” (STJ, HC 9.892-RJ, DJ 26.3.01, Rel. orig. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. para ac. Min. Fontes de Alencar)⁸⁵.

⁸⁴ O professor lembra que o direito à tutela jurisdicional efetiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process*. [...] O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20º da CRP; no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; no art. 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos e no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Canotilho, 2018, p. 492).

⁸⁵ Essa percepção adotada pelo Superior Tribunal de Justiça tem servido de base para decisões de diverso alcance, exemplo: o fornecimento compulsório de medicamentos por parte do Poder Público (STJ, ROMS 11.183-PR, DJ 4.9.00, Rel. Min. José Delgado), a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar (TJSP, AC 110.772-4/4-00, ADV 40-01/636, nº 98859, Rel. Des. O. Breviglieri), a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não

Cumpramos destacar que não se pretende aqui afirmar que a ingerência do Poder Judiciário é tida como melhor forma de colocar fim às desigualdades sociais ou à pobreza, porém a realidade vivenciada é de um modelo social onde o Estado-Juiz passou a chamar para si a obrigação de fornecer direitos mínimos, resguardar a aplicação de políticas públicas, tal como ocorre nos casos de saúde e educação. Na prática, notamos a mitigação da dignidade humana, principalmente, às castas sociais pobres, visto que saúde, educação, saneamento básico e segurança deveriam ser direito de todos, direitos mínimos de uma existência digna. Hoje deparamos com demandas que pleiteiam o fornecimento de medicação, tratamentos de saúde, matrículas em escolas, e, desta feita, faz-se inegável a necessidade de acesso à justiça, dado que o que a sua mitigação implica é na própria violação de um direito fundamental — e que consiste em violação da dignidade humana, já que o acesso à justiça é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Reiteramos que não se pretende transformar o Judiciário em meio para solução de todos os problemas e conflitos existentes. Não obstante, não negamos que a função Jurisdicional do Estado auferiu sobressaída importância, com a necessária efetivação dos Direitos Fundamentais, principalmente como paradigma para uma existência humana digna. Isto posto, evidenciamos que dignidade da pessoa humana não se “resume” a um princípio; acima de tudo, é um valor, um modo de vida. Viver de acordo com as premissas da dignidade da pessoa humana significa levar uma vida dentro do mínimo de razoabilidade, seja quanto à alimentação, à saúde, à moradia, à educação, ao lazer, à segurança ou a qualquer outro fator que se analise. Além disso, o acesso à justiça não se sintetiza a um simples protocolar de uma ação, ou à sentença de um Juiz; trata-se de chamar o Estado para

pagamento de juros absurdos (STJ, HC 12547/DF, DJ 12.2.01, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV (STJ, REsp. 249026-PR, DJ 26.06.00, Rel. Min. José Delgado), dentre muitas outras.

que este aplique as premissas da Constituição, proporcionando um viver dentro dos parâmetros da dignidade, condizentes a todo ser humano.

Nesse sentido, a efetividade da tutela jurisdicional implica em tempestividade, já que o direito tutelado intempestivamente significa a negação da prestação jurisdicional, tendo em vista que não se faz mais necessária a quem lhe reclamou. Por isso, é necessário haver, por parte do legislador processual, a constante preocupação com a estreita relação entre a adequação e a tempestividade da tutela jurisdicional dos direitos, como viabilizadoras do princípio da dignidade humana. A decisão morosa terá o condão de consumir o efeito reparador, tanto quanto se demore o reconhecimento judicial dos direitos, pelo decurso do tempo razoável para a solução da causa (Mello & Moreira, 2015, p. 632). Não podemos ver o processo judicial tão somente como o único instrumento hábil à solução de conflitos. Ele é, antes de tudo, meio através do qual o Estado propiciará a participação democrática da sociedade, concretizando os valores de justiça, solidariedade, igualdade e dignidade humana (Mello & Moreira, 2015, p. 635).

Por sua vez, relativamente à primazia da dignidade da pessoa humana, sem negar a extrema dificuldade que as argumentações nela fundadas sempre suscitam em situações dilemáticas do ponto de vista ético, não pode excluir-se de antemão a operacionalidade de um critério de proximidade dos bens jusfundamentais colidentes relativos a essa mesma ideia. Prova disto está em um certo ativismo judicial benigno, que, especificamente, tem permitido ao Tribunal Constitucional tomar o princípio da dignidade da pessoa humana como *ratio decidendi* de alguns dos seus arestos mais misteriosos, cobrindo, inclusive, domínios materiais muito diferentes (Silva, 2018, p. 69).

Nessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana simboliza, hoje, o núcleo irradiador de um novo paradigma de concepção e de aplicação da ordem jurídica, que inspira duradouramente o trabalho doutrinário e a aplicação jurisprudencial dos direitos

fundamentais dos cidadãos. Com o advento do neoconstitucionalismo, a valorização da dignidade da pessoa humana consagra uma nova fase do desenvolvimento da ciência jurídica luso-brasileira, permitindo a realização de uma justiça concreta. Demonstraram-se superadas as posições unilaterais do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, conciliando as exigências de legalidade e legitimidade de um Estado Democrático de Direito (Soares, 2010).

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições brasileira e portuguesa, figura como um valor de evidente força ética, que nasce da experiência histórica e cultural de cada sociedade humana, possibilitando a tutela das condições materiais de subsistência e a preservação da integridade moral dos indivíduos. O princípio da dignidade da pessoa humana possibilita renovar o modo de interpretação dos direitos fundamentais no sistema jurídico luso-brasileiro (Soares, 2010), sobretudo nos casos em que efetiva o direito fundamental de acesso integral à justiça com uma prestação jurisdicional justa, adequada e em prazo razoável.

Conclusão

A História relata que a justiça é tida como meio de pacificação social. E, por tratar de um direito cuja evolução conceitual encontra, na filosofia do direito, muitos pensadores que trabalharam o sentido da palavra, se vem sustentando que incumbe à lei determinar o que é justo ou injusto. Analisamos, portanto, a definição do conceito de justiça segundo algumas visões de justiça, especialmente aquelas propostas por Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls, além de apresentarmos a visão de outros jusfilósofos.

Em Aristóteles, a noção de justiça é descrita como um modo de agir constante, uma virtude. Sua obra desenvolveu, de forma precursora, o sentido de Justiça a partir de uma igualdade proporcional. A justiça na tese aristotélica possui uma perspectiva individual com nítidos reflexos no corpo social, sendo uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazerem o que é justo e a desejarem o que é justo. Em síntese, na teoria aristotélica, a justiça não é um meio, e sim um fim a ser alcançado, de modo que a felicidade decorre de um viver justo, independentemente dos percalços da vida.

Já a concepção kelseniana acerca da justiça e do seu problema infere a justiça como uma “ideia irracional” ou racionalmente incognoscível, no sentido da impossibilidade de reconhecimento de uma justiça absoluta para um conhecimento racional. Hans Kelsen claramente distingue o conceito de Justiça do de Direito, ressaltando que ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, sustentando que o Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo, enquanto a justiça é a felicidade social. Kelsen deixa evidente que uma teoria do direito positivista não sustenta a inexistência da justiça, mas que de fato são pressupostas muitas normas de justiça, distintas umas das outras e muito provavelmente contraditórias entre si; e, sobretudo, não contradiz

que toda ordem jurídica positiva pode ser apreciada ou valorada, conforme uma das diversas normas de justiça, como justa ou injusta, porém insiste que tais critérios de medida possuem um caráter meramente relativo.

John Rawls, por sua vez, ao tratar da justiça, assim expressa que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais. A ideia central da teoria da justiça em Rawls é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social, conforme encontrada em Locke, em Rousseau e em Kant. Rawls trabalha pontos atinentes à igualdade equitativa de oportunidades e suscita a ideia de tratar a questão das parcelas distributivas como uma questão de justiça procedimental pura. Tal justiça é mais bem entendida por meio de uma comparação entre a justiça procedimental perfeita e a imperfeita. A justiça procedimental perfeita é rara, se não impossível, em casos de interesses muito mais práticos, enquanto a justiça procedimental imperfeita é exemplificada pelo processo penal.

Sintetizando as teorias da Justiça sob a perspectiva moderna, as principais teorias revelam-se categorizadas em duas grandes vertentes, sendo a primeira relacionada diretamente com a ideia de equidade, e a outra se referindo à ideia de justiça mais ligada ao conceito de bem-estar. Nesse contexto demonstramos que a Justiça é, sobretudo, um princípio estruturante do Estado de Direito, o que garante à pessoa o direito de ser julgada com base no princípio da equidade por ser um Direito fundamental.

As fundamentações pelas quais justificam como os direitos fundamentais foram instituídos e a forma com que a sociedade se transformou no decorrer do tempo são fatores que têm de ser considerados, notadamente em face das intensas mudanças ocorridas nas relações sociais desde a instauração do Estado Constitucional. Percebemos, portanto, que os direitos fundamentais passaram por diversas transformações desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, isso relativamente ao seu conteúdo e também à sua titularidade,

à sua eficácia e efetivação, razão pela qual se fala até mesmo num *processo de autêntica mutação histórica vivenciado pelos direitos fundamentais*.

Ainda referente ao esboço histórico, o surgimento da expressão “direitos fundamentais” ocorreu na França durante o movimento político e cultural, dando origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Com relação à marcante efetivação dos direitos humanos fundamentais, viu-se que tal materialização continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX. Logo, o homem conquistou os direitos fundamentais no transcurso do processo histórico, de modo que, em originando do embate histórico, tais direitos se concretizam em épocas distintas. Nesse contexto evolutivo, tomando-se tanto a construção teórica quanto considerando a inserção nos ordenamentos positivos dos diversos Estados, os direitos fundamentais são classificados em gerações. Essa positivação jurídica sempre é precedida de elucubrações de teóricos na busca em proporcionar respaldo jurídico-filosófico para justificar sua existência.

As premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que a aceção dos direitos fundamentais encontra na literatura duas linhas consagradas desses direitos: como, de um lado, um direito humano pertencente à pessoa antes mesmo do reconhecimento da figura estatal e, por outro, pertencente ao indivíduo enquanto membro do Estado. A dificuldade em se instituir um conceito definitivo sobre os direitos que teriam a baliza da fundamentalidade é que apenas pode ser legitimamente erigido para modelar determinado momento histórico de uma realidade jurídica de um povo, razão pela qual se afirma que a construção desse conceito está sempre em contínua evolução.

Sabe-se, por exemplo, que, em Portugal, os direitos fundamentais têm sido sempre registrados na Constituição instrumental, de sorte que nunca se adotou a técnica das declarações de direitos. A Constituição portuguesa, portanto, revela uma dupla abertura em matéria de direitos fundamentais, já que não só admite a existência de direitos fundamentais

não consagrados no texto constitucional, mas constantes das leis e das normas de Direito Internacional, como também determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme previsto no artigo 16º, nº 2, da CRP.

Já a Constituição de 1988 utilizou-se, pela primeira vez na história, da nomenclatura “direitos e garantias fundamentais”, apresentando algumas variações em relação ao modelo tradicional, seguido pelas anteriores, levando-se em conta que, em primeiro lugar, houve enumeração dos direitos e garantias fundamentais logo num Título II, de modo que os antecipou à estruturação do Estado; além de admitir a existência de direitos fundamentais implícitos, o que não era diferente nas anteriores, os quais podem decorrer do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República faça parte. No campo da tutela jurisdicional brasileira, muitos são os instrumentos que a Constituição disponibiliza aos cidadãos sob seu poder para fazer valer os direitos fundamentais, a exemplo do mandado de segurança (individual e coletivo), da ação popular, do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação civil pública.

Ficou demonstrado, também, que na antiguidade prevalecia o direito dito consuetudinário, visto que foram posteriores as codificações. Voltando ao conteúdo antes analisado sobre os pensamentos filosóficos acerca da justiça, alguns estudiosos defendiam que as leis teriam fundamento racional, e não arbitrário, pregando a obediência a elas, mesmo que se mostrando injustas, sendo o Estado indispensável para a convivência do homem em sociedade, de maneira que esta convivência harmoniosa deveria ser garantida pelas leis. Neste contexto, as leis existiam para serem cumpridas, mesmo não sendo justas, além de não serem verificadas as garantias do homem contra o Estado e seus mecanismos de efetivação.

Partindo desse pressuposto, inferimos que o acesso à justiça configura verdadeiro direito fundamental e podemos até configurá-lo como o direito dos direitos, sobretudo como o principal dentre os direitos fundamentais, uma vez que seria ineficaz existirem os direitos fundamentais se não existissem os mecanismos necessários ao seu exercício.

Em tempos passados, os primeiros instrumentos constitucionais tinham como objetivo a limitação dos poderes do Estado, visando impedir sua excessiva interferência nas vidas privadas dos cidadãos, já que não existia a separação absoluta dos poderes, de modo que se resolviam os conflitos mediante a vontade do soberano, favorecendo o interesse das classes dominantes, o que prejudicava os interesses da maioria da população.

Com base na literatura específica, entre os séculos XIX e XX, a doutrina do constitucionalismo moderno houve por bem positivar nos textos constitucionais a garantia do acesso à justiça, com o propósito louvável de promover o salto da igualdade formal para a igualdade material. Nesse período, o acesso à justiça, nessa quadra histórica, sobre ser visualizado unicamente como acesso aos Tribunais, inclinava-se, ainda, para o atendimento exclusivo de interesses individuais.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 (CF/88) esculpiu diversos direitos fundamentais juntamente com outros diplomas normativos infraconstitucionais, sobretudo o acesso à justiça e seus mecanismos de efetivação, vislumbrando-se como acesso ao Poder Judiciário, e também o devido acesso a outros meios de solução extrajudicial dos conflitos, tais como arbitragem. Em Portugal, a Constituição de 1976 (CRP/76) elenca os direitos fundamentais de maneira que revela uma dupla abertura em matéria de direitos fundamentais, visto que admite a existência de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, mas também aqueles constantes das leis e das normas de Direito Internacional, assim como determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais sejam

interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O acesso à justiça, visto como direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, para a proteção de direitos subjetivos lesados ou ameaçados, ou em outros termos, o acesso a uma ordem jurídica justa, no sentido de se alcançar a efetivação dos valores e objetivos declarados pela Constituição (brasileira e portuguesa) e a realização efetiva dos direitos assegurados pela ordem jurídica em geral, tem sua eficácia reduzida diante de problemas internos e externos ao sistema. Dentre os principais obstáculos ao acesso à justiça, os óbices externos ao sistema processual residem mais precisamente nos campos político, social e econômico-financeiro.

Nas Constituições brasileira e portuguesa, extenso é o leque de direitos esculpidos nos documentos constitucionais de 1988 e 1976, respectivamente, reputados como direitos fundamentais, direitos estes que são tidos como normas autoaplicáveis e que servem para resguardar a integridade física e psíquica dos seus cidadãos, de modo que, assim, se tutela a efetiva dignidade da pessoa humana, como corolário da formação do cidadão. No Brasil, esse direito fundamental encontra respaldo no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, visando a uma garantia de ingresso em juízo — ou seja, esse princípio fundamental consiste em garantir às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, concretizando a universalização da jurisdição. Em Portugal, esse direito fundamental está esculpido no art. 20, embora a Constituição portuguesa contenha outros direitos fundamentais e que diretamente estão relacionados a procedimentos, tais como os direitos fundamentais ligados ao acesso à Justiça (arts. 19, § 4º; 101, § 1º; 103, § 1º; e 104).

Com base na construção teórica de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth, demonstramos que a busca pela Justiça é um processo no sentido de que seja garantida a sua efetividade por meio da necessária remoção de obstáculos e adequação do procedimento ao

custo. Ademais, a percepção de acesso à justiça sofreu uma reconstrução pela doutrina luso-brasileira, cujos desdobramentos alcançam o direito material e processual. Isso porque, no passado, cabia ao indivíduo lutar e defender com as suas próprias forças os seus direitos então violados; a partir do Estado Democrático de Direito, a autotutela passou a ser medida excepcional, de modo que se incumbiu ao Judiciário o dever de zelar pela devida aplicação da lei, por meio da resolução dos conflitos de interesses, dando a cada caso a solução que se considere justa, efetivando o acesso a uma ordem jurídica justa. Logo, podemos afirmar que o acesso à justiça é reconhecidamente o mais fundamental dos direitos, pois visa garantir mecanismos predispostos à satisfação de preceitos fundamentais, resguardando-se, portanto, os ditames consagrados nas cartas constitucionais luso-brasileira.

Nesse contexto, observamos que o novo enfoque de acesso à justiça tem seu alcance destacadamente mais amplo e informal que os anteriores. Nos dias atuais, a conciliação passou a ser vista como forma eficaz de solucionar os conflitos de interesses, seja extra ou endoprocessual, significando que as partes detêm uma maior consciência, porquanto sabendo que, mesmo abdicando de parcela mínima do seu direito, poderão resolver a lide de maneira que possibilita verificar a prestação de uma verdadeira justiça. Logo, demonstramos que acesso à justiça significa ingressar com uma demanda, mas, indo além, com a pretensão de ofertar tratamento isonômico e de paridade de armas aos litigantes, para que o Magistrado possa agir com imparcialidade na resolução da lide, e também que esta solução jurídica seja ofertada em tempo oportuno, para que, assim, o direito pretendido não seja mitigado em razão do simples decurso do lapso temporal.

Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e em conformidade ao direito de acesso à Justiça, vimos que a disposição constitucional visa fomentar o acesso à justiça de forma democrática. Por sua vez, relativamente à primazia da dignidade da pessoa humana, sem negar a extrema dificuldade que as argumentações nela fundadas sempre

suscitam em situações dilemáticas do ponto de vista ético, não pode excluir-se de antemão a operacionalidade de um critério de proximidade dos bens jusfundamentais colidentes relativos a essa mesma ideia. Nessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana representa, hoje, o núcleo irradiador de um novo paradigma de concepção e aplicação da ordem jurídica, que inspira duradouramente o trabalho doutrinário e a aplicação jurisprudencial dos direitos fundamentais dos cidadãos. A partir do neoconstitucionalismo, a valorização da dignidade da pessoa humana consagra uma nova fase do desenvolvimento da ciência jurídica luso-brasileira, permitindo a realização de uma justiça concreta.

Referências

Alexandrino, J. M. (2018). *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2a edição, reimpressão. Parede, Portugal: Editora Príncípia.

Alexy, R. (2015). *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2a ed. 4a Tiragem: São Paulo, Brasil: Editora Malheiros.

Alves, J. C. M. (2018). *Direito romano*. 18a ed. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense.

Alvim, A. A. (1994). Princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Brasil, ano 19, n. 74.

Aristóteles (1991). *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheimda versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Brasil: Editora Nova Cultural.

Barcellos, A. P. de (2002). *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Renovar.

Barroso, L. R. (2009). Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In *Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal*. Agra, W. de M. (coordenador). São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Barroso, L. R. (2016). *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4a reimpressão. Belo Horizonte, Brasil: Editora Fórum.

Bastos, C. R. (1992). *Curso de direito constitucional*. 14a ed. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Bedin, G. de L. & Spengler, F. M. (2013). O direito de acesso à justiça e as constituições brasileiras: aspectos históricos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, Brasil, Volume 14, no 14, p. 135-146, julho/dezembro.

Bobbio, N. (2004). *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição, 7a reimp. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Elsevier.

Bonavides, P. (2003). *Curso de direito constitucional*. 6a ed. Brasil, São Paulo, Brasil: Editora Malheiros.

Bonavides, P. (2004). *Curso de direito constitucional*. 7a ed. Brasil, São Paulo, Brasil: Editora Malheiros.

Branco, P. G. G. & Mendes, G. F. (2017). *Curso de direito constitucional*. 12a ed. rev. e atual. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva (Série IDP).

Brasil. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

Brasil. Conselho Nacional de Justiça (2020). *Justiça em números 2020*. Brasília, CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil. *Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm

Brasil. *Lei nº 11.441, de 7 de janeiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm

Brasil. *Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008*. Altera o art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias extrajudiciais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11790.htm

Brasil. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

Brasil. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF - AI 185669 AgR, Relator(a): Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 17/09/1996, DJ 29-11-1996.

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF - RE 759083 ED-AgR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 26/05/2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF - RHC 97.181 e RHC 97.182 – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 14.04.2009 – DJE 19.06.2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF (2017). *Coletânea temática de jurisprudência: Direitos humanos* [recurso eletrônico]. Supremo Tribunal Federal. Brasília, Brasil: STF, Secretaria de Documentação.

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF RE 113.958 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 15.10.1996 – DJ 07.02.1997.

Canotilho, J. J. G. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3a ed. Volume 1. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. G. (2011). *O direito de acesso à Justiça Constitucional*. Luanda, Angola, 2011. Disponível em: http://cjcplp.org/wp-content/uploads/2015/09/s1-gomes_canotilho.pdf.

Canotilho, J. J. G. (2018). *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. (20a Reimpressão, 2019). São Paulo, Brasil: Editora Almedina Brasil.

Canotilho, J. J. G.; Moreira, V. (1991). *Fundamentos da constituição*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.

Canotilho, JJ. J. G. (2011). *O direito de acesso à Justiça Constitucional*. Luanda, 2011. Disponível em: http://cjcplp.org/wp-content/uploads/2015/09/s1-gomes_canotilho.pdf.

Cappelletti, M. (2008). *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre, Brasil: Editora Sergio Antonio Fabris.

Cappelletti, M. & Garth, B. (1988). *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleert. Porto Alegre, Brasil: Editora Fabris, (reimpressão 2015).

Carvalho, A. L. da S. M. (2012). *A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos – Direito de Primeira ou Segunda Geração?* Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Políticas. Universidade do Porto, Portugal.

Carvalho, W. (2014). *Direitos Fundamentais - Constituição e Tratados Internacionais*. Curitiba, Brasil: Editora Juruá.

Cichocki Neto, J. (2009). *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba, Brasil: Editora Juruá.

Cintra, A. C. de A.; Grinover, A. P. & Dinamarco, C. R. (2010). *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo, Brasil: Editora Malheiros.

Cordeiro, K. da S. (2012). *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado Editora.

Correia, J. A. (2018). *Direito Público: Luso-Brasileiro*. 1a edição. Coimbra, Portugal: Editora GestLegal.

Costa, P. J. A. (2013). *O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

Cunha, C. M. (2014). O conceito de Direitos fundamentais. In *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. Organizador Cláudio Brandão. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.

Didier Junior, F. (2010). *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. Salvador, Brasil: Editora JusPodivm.

Dimoulis, D. & Martins, L. (2014). *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.

Dinamarco, C. R. (2007). *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Brasil: Editora Malheiros.

Duque, M. S. (2014). *Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática*. 1a ed. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.

Dworkin, R. (2010). *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo, Brasil: Editora WMF Martins Fontes.

Ferreira Filho, M. G. (2016). *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Jauris, R. B. & Sgarbi, V. M. (2017). Acesso à Justiça Novos Desafios do Acesso à Justiça: Contraponto à Jurisprudência Defensiva. In Bretas, C. P., Carvalho, C. de O. C. & Mattos, K. J. G. de. (2017). *Estado Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador Paulo Ricardo Schier. 1a ed. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris.

Kant, I. (2011). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. (1966). Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo, Brasil: Companhia Editora Nacional.

Kelsen, H. (1998). *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2a ed. São Paulo, Brasil: Editora Martins Fontes.

Kelsen, H. (2011). *O problema da Justiça*. Tradução João Baptista Machado. 5a ed. São Paulo, Brasil: Editora Martins Fontes (Justiça e direito).

Kelsen, H. (2016). *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 5a ed. São Paulo, Brasil: Editora Martins Fontes - selo Martins. (Coleção justiça e direito).

Lafer, C. (1991) *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Kelsen São Paulo, Brasil: Editora Companhia das Letras.

Marinoni, L. G. (2013). *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Volume 1. 7a ed. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.

Marmelstein, G. (2016). *Curso de direitos fundamentais*. 6a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.

Martins, F. & Nunes Júnior, A. (2018). *Curso de Direito Constitucional*. 2a ed. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.

Martins, L. (2018). Direito fundamental de ação. In: Canotilho, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Brasil : Editora Saraiva/Almedina.

- Mello, C. de M. & Moreira, T. (2015). *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Freitas Bastos.
- Mendonça, J. J. F. dos S. (2013). *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo, Brasil: Editora Almedina.
- Miranda, J. & Medeiros, R. (2010). *Constituição Portuguesa anotada*. 2a ed. Tomo I. Coimbra, Portugal: Editora Coimbra.
- Miranda, J. (1986). *Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa*. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 18, p. 107-138, set. / dez.
- Miranda, J. (1999). A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Didaskalia*, 29(1-2), 473-485. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/didaskalia.1999.1440>
- Miranda, J. (2003). Nos 25 anos do 25 de abril. *Constituição e cidadania*. Portugal, Coimbra: Editora Coimbra.
- Miranda, J. (2011). Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*, v. 1. In: Piovesan, F.; Garcia, M. (Orgs.). São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.
- Miranda, J. (2015). *Manual de direito constitucional*. 6a ed. Tomo 4. Coimbra, Brasil: Editora Coimbra Editora.
- Miranda, J. (2016). *Curso de direito constitucional*. Lisboa, Portugal: Universidade Católica Editora.
- Miranda, J. (2019). *A Constituição e a democracia portuguesa*. Disponível em: <https://a25abril.pt/wp-content/uploads/2019/01/01.01-Jorge-Miranda.pdf>.
- Miranda, J. & Kosta, K. (2013). *As Constituições de países de língua portuguesa*. Curitiba, Brasil: Juruá Editora.
- Moraes, A. de. (2017). *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11a ed. rev. e atual. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.
- Nabais, J. C. (2007). *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.
- Novais, J. R. (2006). *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora.
- Novais, J. R. (2012). *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.
- Novais, J. R. (2018). *A dignidade da pessoa humana*. 2a ed. Volume I. Coimbra, Portugal: Edições Almedina. (Manuais universitários).

- Novais, J. R. (2019). *Princípios estruturantes de estado de direito*. (Manuais universitários). Coimbra, Portugal: Edições Almedina.
- Novelino, M. (2019). *Curso de direito constitucional*. 14a ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Brasil: Editora JusPodivm.
- Nunes Júnior, F. M. (2018). *Curso de Direito Constitucional*. 2a ed. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.
- Nunes, D. & Teixeira, L. (2013). *Acesso à justiça democrático*. 1a ed. Brasília, DF, Brasil: Editora Gazeta Jurídica.
- Oliveira Neto, E. S. de (2016). *Fundamentos do acesso à justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental*. Brasil, Rio de Janeiro: Editora LumenJuris.
- Oliveira, D. O. (2015). *Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo*. 2a edição. Curitiba, Brasil: Juruá Editora.
- Ommati, J. E. M. (2018). *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 5a ed. Brasil, Rio de Janeiro, Brasil: Editora Lumen Juris.
- Paroski, M. V. (2008). *Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição*. Brasil, São Paulo: Editora LTr.
- Pieroth, B. & Schlink, B. (2019). *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa, Antônio Franco. 2a ed. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva Educação (Série IDP: Linha direito comparado).
- Portugal. Código de Processo Civil português. *Lei n.º 41/2013*, Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>
- Portugal. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Assembleia Constituinte, 2 de Abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- Rawls, J. (2008). *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Álvaro de Vita. 3a ed. São Paulo, Brasil: Editora Martins Fontes editora.
- Ross, A. (2007). *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini - revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. 2a ed. São Paulo, Brasil: EDIPRO editora.
- Ruiz, I. A. & Teixeira, R. S. (2012). Do acesso à justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. In: Siqueira, D. P. & Oliveira, F. L. de (orgs). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. 1a ed. Birigüi, São Paulo, Brasil: Boreal Editora.

Sarlet, I. W. (2015). *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12a edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado editora.

Sarlet, I. W. (2019). *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10a ed. rev. atual. e ampl. 3a tir. Porto Alegre, Brasil: Editora Livraria do Advogado.

Sarlet, I. W., Marinoni, L. G. & Mitidiero, D. (2019). *Curso de direito constitucional*. 8a ed. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Seixas, B. S. de & Souza, R. K. S (2013). Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. *Direito e Democracia*. Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil v.14, no1 p.68-85 jan./jun.

Silva, I. L. da (2003). Introdução aos princípios jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Brasil, ano 40 n. 160 out./dez. 2003

Silva, J. A. da (2015). *Curso de direito constitucional positivo*. 38a edição, revista e atualizada. São Paulo, Brasil: Malheiros editores.

Silva, J. P. da (2018). *Direitos fundamentais: teoria geral*. Lisboa, Portugal: Universidade Católica Editora.

Soares, R. M. F. (2010). *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Zisman, C. R. (2016). A dignidade da pessoa humana como princípio universal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*. Vol. 96, julho-agosto 2016.