



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA MENDES DE CARVALHO COELHO

**O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A
SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS OBRAS
“O PROCESSO” E “O ESTRANGEIRO”**

Salvador
2019

MARINA MENDES DE CARVALHO COELHO

**O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A
SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS OBRAS
“O PROCESSO” E “O ESTRANGEIRO”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Nicory.

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

MARINA MENDES DE CARVALHO COELHO

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS OBRAS “O PROCESSO” E “O ESTRANGEIRO”

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por todo o carinho e amor que deram durante toda a minha vida, por todos os ensinamentos e valores, que carrego até os dias presentes. Sou muito grata por todo o apoio que me deram durante todo esse processo.

Aos meus avós, Enio e Lygia, que são meu porto seguro, e que em meio a tantas dificuldades foram capazes de proporcionar todo o suporte, vocês foram essenciais em toda essa trajetória, meus maiores exemplos de honestidade, resiliência e força. À eles devo tudo o que sou hoje.

A minha irmã, Luisa, minha companheira de todas as horas, minha gêmea, que esteve presente comigo durante toda a minha vida, minha parceira pra tudo.

Ao meu orientador, Prof. Daniel Nicory, pela excelente orientação, e por todas as contribuições que fizeram esse trabalho possível.

À todos os meus amigos, que compartilharam todo esse caminho, principalmente os momentos de estresses e preocupações, mas que ao final de cada dia me proporcionavam as melhores risadas em meio a tanta turbulência.

“A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Rudolf Von Jhering

RESUMO

O presente trabalho tinha o intuito de versar sobre a efetividade do princípio fundamental ao acesso à justiça, sob o olhar das obras “O processo” e “O estrangeiro”. A partir de observações acerca da evolução histórica do princípio em epígrafe, observou-se que o acesso à justiça sofreu diversas mudanças desde a sua criação, no entanto, ainda hoje é possível notar que a sua materialização não é plena. Diante disso, o atual estudo visava apresentar uma reflexão sobre como as obras literárias de Kafka e Camus podem proporcionar um novo entendimento sobre o acesso à justiça, além de fornecer meios para a solução das barreiras que impedem o acesso à justiça. Para tanto, foi realizada uma pesquisa qualitativa, trazendo hipóteses precárias que deverão ser interpretadas através de bibliográficas, complementadas por, revistas, artigos disponíveis online e diplomas legais, para confirmar as suposições formuladas. Ao final, concluiu-se que de fato, ainda nos dias atuais é possível verificar que o princípio fundamental ao acesso à justiça encontra diversos óbices a sua efetivação plena sendo imperioso, destacar que, os aspectos financeiros e técnicos são os principais responsáveis para a manutenção do afastamento entre o indivíduo e a lei. Além disso, entendeu-se que a literatura, como demonstrado através das obras estudadas, possibilita que o indivíduo desenvolva um novo olhar do sistema jurídico, de forma que o homem comum possa se identificar como parte do sistema, e participar de forma mais ativa do sistema jurídico.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Efetividade; Franz Kafka; Albert Camus.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CC Código Civil

CF Constituição Federal da República de 1988

CP Código Penal

CPC Código de Processo Civil

CPP Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ACESSO À JUSTIÇA	12
2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
2.1.1 Conceito	16
2.1.2 Evolução Histórica.....	21
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	25
2.2.1 Noções Gerais dos direitos fundamentais.....	26
2.2.2 Interpretações do acesso à justiça e a sua caracterização como princípio fundamental	30
2.3 ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA.....	33
2.3.1 A primeira onda.....	37
2.3.2 A segunda onda.....	41
2.3.3 A terceira onda	45
2.4. A PUBLICIDADE COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	47
3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA.....	49
3.1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
3.1.1 Teoria da eficácia dos direitos fundamentais.....	54
3.1.2 Efetividade da tutela jurisdicional	60
3.2 EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS	62
3.2.1 Efetividade x Eficiência.....	64
3.3 PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL	67
3.4 OBSTÁCULOS PARA A EFETIVAÇÃO	71
4 . O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA EFETIVIDADE ANALISADO À LUZ DAS OBRAS O PROCESSO E O ESTRANGEIRO.....	72
4.1 A IMPORTÂNCIA DA LITERATURA PARA O ESTUDO DO DIREITO	75
4.1.1 A literatura como instrumento de compreensão do direito e seus fenômenos.....	79

4.1.2 “O processo” e “O estrangeiro” como representações artísticas da negação do acesso à justiça	84
4.2 O PROCESSO	87
4.2.1 O Romance	89
4.2.1.1 O indivíduo contra o ordenamento	93
4.2.1.2 A parábola “diante da lei” como uma metáfora a inacessibilidade da lei	95
4.2.2 O processo e os direitos fundamentais do homem	98
4.3 O ESTRANGEIRO	95
4.3.1 A filosofia do absurdo e da revolta na obra camusiana	96
4.3.2 A justiça estrangeira ou o estrangeiro à justiça.....	100
4.4 A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA A LUZ DAS OBRAS O PROCESSO E O ESTRANGEIRO	102
5 CONCLUSÃO.....	105

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

É inegável importância do princípio do acesso à justiça em qualquer ordenamento. Primeiramente deve se analisar o princípio do acesso à justiça, instituído através de muita luta durante séculos, é uma garantia constitucional positiva no ordenamento pátrio, esse princípio sofreu diversas modificações para que hoje figurasse como um dos mais importantes da nossa Constituição. Em que pese toda essa noção, ainda é possível identificar que o acesso à justiça não está completamente concretizado, como ilustrado através das obras anteriormente citadas.

Nesse ponto, a literatura é uma ferramenta importantíssima para aproximar o Direito e a vida real, ao usarmos esse tipo de obra como base para o estudo do acesso à justiça podemos identificar com mais clareza como os óbices ao alcance do sistema se dão, a partir do momento que nos tornamos mais sensíveis, e entendemos melhor cada situação.

Ao nos depararmos com as obras de Kafka e Camus, podemos fazer uma reflexão sobre como o desconhecimento do sistema jurídico gera um descontentamento, e até uma revolta por parte do indivíduo leigo, que se vê deixado à margem do sistema. A sociedade é extremamente mutável, e por ser o direito um instrumento de controle social, este, deve acompanhar as mudanças, sempre evoluindo, e buscando alternativas para perpetuar aquelas garantias que foram conquistadas a duras penas.

O direito é uma arma de imenso calibre para subjugar o indivíduo leigo, que através da sua inconsciência é condenado a ser vítima das instituições jurídicas, que, através da burocratização do processo criam um obstáculo para a concretização do acesso à justiça, o que resulta em um distanciamento entre o sujeito e o ordenamento.

Perfazendo a questão da efetividade do acesso à justiça, também podemos chegar a conclusão de que essa efetividade está intimamente ligada a efetivação de outros direitos, como liberdade, igualdade, informação, dentre outros. Por fim, trata-se de tema importantíssimo na atualidade, verificar, através da ferramenta da literatura se esse princípio constitucional está sendo efetivado.

Diante desse panorama, a presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar como as obras “O processo” e “O estrangeiro” possibilitam um entendimento acerca da inacessibilidade

do sistema para uma parcela da sociedade, notadamente os hipossuficientes. Para mais, também pretende-se demonstrar como o princípio fundamental ao acesso à justiça encontra barreiras no próprio indivíduo, na sua esfera subjetiva. Com efeito, o cerne do presente estudo é apresentar como a comunhão entre direito e literatura possibilita uma solução para a melhor interpretação das leis e do sistema jurídico.

O fenômeno jurídico pode ser absurdo para aqueles que não detém conhecimento técnico, e, ao se debruçar sobre esses romances é possível se espelhar a própria realidade em que vivemos. Em que pese a Constituição Brasileira assegure ao indivíduo a garantia do acesso à justiça, muitas vezes esse direito não é materialmente concretizado, na medida em que é falho o entendimento desse indivíduo sobre o sistema jurídico, e as próprias instituições não se prestam ao papel de fomentar a participação da sociedade no direito.

A justificativa jurídica deste trabalho diz respeito à inegável importância do princípio do acesso à justiça, e a sua efetivação. Ao nos depararmos com as obras de Kafka e Camus, podemos fazer uma reflexão sobre como o desconhecimento do sistema jurídico gera um descontentamento, e até um revolta por parte do indivíduo leigo, que se vê deixado à margem do sistema. A sociedade é extremamente mutável, e por ser o direito um instrumento de controle social, este deve acompanhar as mudanças, sempre evoluindo, e buscando alternativas para perpetuar aquelas garantias que foram conquistadas a duras penas. Resta clara, portanto a importância dessa pesquisa, que visa explicar como o próprio Direito pode ser utilizado como instituto capaz de manipular o homem, e distancia-lo do acesso jurisdicional.

Diante de todo o exposto, visualizam-se como objetivos gerais do trabalho, verificar, como Kafka e Camus elaboram por meio da literatura uma reflexão sobre como os problemas relacionados a dificuldade de participação do indivíduo no direito podem criar uma impressão de um sistema inalcançável e absurdo. E, investigar como a falta de conhecimento dos meandros do direito se torna um óbice a concretização do acesso à justiça.

Nessa toada, os objetivos específicos desse trabalho residem em analisar a questão da força dentro do sistema jurídico, como ela está presente no Direito, e é uma dos motivos de distanciamento entre o homem comum e lei, fazendo um paralelo entre autoridade e força, através de doutrinas filosóficas distintas, e sua necessidade, ou não como peça fundamental no sistema jurídico. Bem como, investigar como o Direito pode ser uma instituição utilizada para controlar a sociedade, sendo um instrumento de manipulação das classes sociais mais baixas.

Este trabalho será fundado em pesquisa bibliográfica, feita através de livros, artigos e periódicos que abordam a temática. Além disso possuirá como base de construção legislação e obras doutrinárias. A abordagem do problema será feita através de pesquisa qualitativa que consiste na interpretação e avaliação do objeto de pesquisa, com foco no caráter subjetivo do objeto utilizado, sem haver uma qualificação das informações. Convém salientar que será utilizado na elaboração do projeto o método hipotético dedutivo, havendo construção da solução do problema de pesquisa por um processo de falseamento das hipóteses que forem levantadas para terem sua veracidade auferida.

No primeiro capítulo será feito um estudo aprofundado sobre o acesso à justiça, sua construção histórica e suas metamorfoses. Nesse seguimento, passou-se a caracterização do acesso à justiça como um princípio fundamental, analisando as principais características dos direitos fundamentais. Também foi feita uma breve discussão acerca das dimensões dos direitos fundamentais, bem como, um estudo acerca das ondas renovatórias de acesso à justiça. Ao final serão feitas discussões sobre a interpretação do princípio, de forma a possibilitar a identificação dos problemas que impedem a efetividade do acesso à justiça.

A partir do segundo capítulo, passamos a análise de princípios de suma importância para o acesso à justiça, são eles: o princípio da efetividade e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nessa toada, serão feitas explicações sobre a eficácia das normas constitucionais, e mais a frente foram estudados os principais obstáculos para a efetividade social do acesso à justiça.

Por fim, no último capítulo, foi feita uma incursão sobre a importância do estudo do direito na literatura, e como “O processo” e “O estrangeiro” são representações artísticas da inacessibilidade do sistema jurídico. Além disso, foram feitas considerações aprofundadas sobre as obras estudadas, de forma a explicitar os pontos relevantes ao estudo da efetividade do acesso à justiça. Ao final, sendo feitas considerações acerca das soluções possíveis que a interpretação literária pode trazer ao problema da efetividade do princípio estudado.

Explicadas essas premissas, o trabalho irá trazer posicionamentos doutrinários, que entendem como a efetividade do acesso à justiça, ainda nos dias atuais, resta sobrestada, tendo em vista a dificuldade de se concretizar os demais princípios que garantem o acesso ao judiciário. Bem como, que a literatura é parte fundamental da mudança desse cenário através de uma conscientização do indivíduo.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

A garantia constitucional ao acesso à justiça, é um direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da nossa Constituição federal, sendo considerado um dos pilares centrais de qualquer ordenamento, é inquestionável o tamanho de sua importância. Não se pode deixar de observar que a dimensão alcançada por esse princípio na modernidade foi produto de incontáveis revoluções que duraram, e duram até os dias de hoje, nada mais justo tendo em vista que vivemos em sociedade mutável, que se renova a cada instante.

O acesso à justiça se consubstancia na possibilidade concreta de provocação da função jurisdicional, mas não só isso, é necessário também que haja uma viabilização do resultado dessa provocação, seria uma mão de duas vias. Deve-se entender que a necessidade de existência desta espécie de direito é reflexo de institutos processuais iminentemente individualistas, formados pela noção de oposição entre partes singulares, e por consequência foi de extrema importância a reformulação das normas processuais, para que abarcassem a coletividade¹.

A efetivação do princípio fundamental ao acesso á justiça traz em volta de si diversos questionamentos sobre o sistema e a sua legitimidade, essa concretização perpassa por muitas questões e muitos atores, cada um com sua devida importância, é preciso que se analise o sistema desde a sua concepção, sua história, e como chegamos até esse cenário, entender os pontos positivos e negativos, e buscar tornar cada vez mais o Direito um instituto acessível á todos.

É nesse sentido que as obras aqui estudadas se mostram tão atuais, a partir do momento que ilustram, de formas diversas, como se consubstancia o acesso à justiça de forma concreta. Cabe aqui uma ponderação, como citado em parágrafos anteriores, o acesso à justiça se concretiza, não somente na efetiva entrada do sujeito na lei, mas também que esse ordenamento deve dar uma resposta adequada a provocação feita. Tendo em vista esses dois aspectos importantes da

¹ SCHEER, Milene de Alcântara Martins; **A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a efetividade da norma Constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo. 2007. p. 283.

garantia do acesso á justiça, o presente trabalho visa analisar cada um deles, relacionado-os com as obras estudadas.

Deve se ter em mente que nem todos os indivíduos serão afetados pelas dificuldades de acessar o judiciário, esse óbice é vivenciado principalmente por pessoas consideradas hipossuficientes, que não tem, na maioria das vezes condições de arcar com os altos custos do judiciário, ou que não foram contempladas com um certo grau de instrução necessário para se compreender a complexidade dos meandros da justiça. E é nesse sentido o Direito pode ser visto como um instrumento de controle social, a partir do momento em que podemos notar como a falta de conhecimento gera uma exclusão do sistema, um ciclo que se perpetua por séculos a fio.

O Estado deve tratar aqueles a quem governa com consideração, ou seja, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração , capazes de formar concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser vividas, e que são inseridas em diferentes realidades econômicas, sociais e de educação. Portanto, o Direito deve, não somente tratar com consideração e respeito, mais com igual consideração e respeito, igualdade aqui no sentido aristotélico, material. Não se deve distribuir bens e ou oportunidades de maneira desigual.²

O princípio do acesso à justiça, é um direito humano fundamental, não há dúvidas quanto a isso, contudo, um dos aspectos que torna efetivo esse direito, não só no seu aspecto formal, mas também e principalmente no seu aspecto substancial, é a sua tramitação em tempo razoável, que venha a proporcionar uma prestação jurisdicional justa e adequada ao caso em concreto.³

Uma coisa em comum em ambas as obras diz respeito a inalcançabilidade do sistema jurídico para os protagonistas dos romances, é possível fazer um paralelo entre essas obras e a realidade vivida por muitas pessoas no mundo real. Em que pese o acesso á justiça seja uma garantia constitucional positivada no ordenamento até que ponto podemos afirmar que ela é materialmente efetivada, quando nos deparamos com indivíduos, que ao desconhecer o sistema se veem impotentes diante dele, se mantendo sempre num estado de inércia diante da máquina estatal.

² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 419.

³ RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. **Revista da Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017. p. 109.

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Primeiramente deve-se analisar que o princípio do acesso à justiça, foi instituído através de muita luta durante os séculos, isto posto, atualmente ele é um princípio constitucional positivado no ordenamento pátrio. O acesso à justiça sofreu diversas modificações para que hoje figurasse como um dos mais importantes direitos da nossa constituição, no entanto, em que pese toda essa noção, ainda é possível identificar que o acesso à justiça não está completamente concretizado, como ilustrado através das obras anteriormente citadas.

O direito processual, passou por diversas transformações até alcançar a sua forma atual, desde os primórdios da civilização, até os dias atuais, os povos têm tido como preocupação constante a busca de um instrumento efetivo para a pacificação social. Nesse contexto, essas diversas sociedades evoluíram de modo a encontrar a melhor maneira de solucionar conflitos, desde a época do Código de Hamurabi é possível identificar condutas e maneirismos que podiam ser identificados como equivalentes jurisdicionais, tais como, autodefesa e a mediação. No entanto, a partir do século XIV, como o advento da jurisdição, esta passa a ser a forma predominante.⁴

Segundo Humberto Dalla Bernadina de Pinho⁵, com o passar do tempo a jurisdição tem se mostrado ineficaz em diversas situações, como consequência da crescente modificação da sociedade, o que enseja a busca por novos instrumentos jurisdicionais capazes de diminuir o nível de obstrução das vias judiciais, esse seria, portanto, o papel primordial da garantia de acesso à justiça.

O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao poder judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais, conforme se depreende do texto constitucional, são vários os mecanismos que podem atuar buscando uma solução para os conflitos. A efetiva realização dos direitos não é imediata, o acesso à justiça é somente um passo, que provoca impactos na sociedade, e depende de inúmeras variáveis relacionadas as situações objetivas e do grau de empenho dos integrantes das instituições responsáveis pela sua efetividade.⁶

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina (Org.). **Temas contemporâneos de direito processual**. São Paulo, 2004. p.1.

⁵ *Ibden*. p. 3.

⁶ SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. 2014. p. 58.

Ou seja, a mera positivação de direitos e garantias fundamentais não os torna efetivos dentro da sociedade, trata-se de uma discussão muito mais complexa, dependente de vários setores do sociedade e das mais diversas condições, sejam elas sociais, políticas, não deixando de lado as peculiaridades de cada localidade, de cada país, o que torna difícil a implementação de uma sistema que facilite a inclusão e o acesso à justiça.

Se por um lado podemos afirmar que a cidadania implica que o Estado ofereça instituições substantivamente capazes de assegurar o cumprimento desses direitos, do outro é necessário também que haja cidadãos que possam conhecer esses direitos, e as responsabilidades que eles implicam, bem como de identificar a qual aparelho estatal devem recorrer, ou quais são as instituições responsáveis pelo provimento de cada categoria de direitos.⁷

Um dos grandes problemas enfrentados diz respeito a falta de conhecimento da lei por grande parte da população, o desconhecimento do direito contribui para um afastamento entre o indivíduo e o sistema jurídico, o que, por consequência gera um estado de inércia, onde o acesso à justiça se torna cada vez mais distante de sua efetivação.

Ademais, segundo Bruno Andrade Sampaio Neto⁸, pode-se afirmar que o próprio Direito contribui para esse distanciamento entre sujeito e ordenamento, quando dissimula a realidade do tribunal, apresentado-a como uma realidade imutável, contribuindo para perpetuação de um conformismo do leigo, que vê esse afastamento como algo natural. Mesmo que possamos reconhecer que há na realidade uma dificuldade de acesso do homem comum as leis, e que o formalismo e autoridade do sistema jurídico muitas vezes torna seletivo a acesso à justiça, cabe trazer o posicionamento de que essa natureza autoritária que emana do Direito, é muitas vezes necessária para que sejam alcançados os objetivos previstos em lei.

A inacessibilidade ao Direito é produto de um sistema que obtém vantagens do desconhecimento da lei. É importante entender que os atores principais tanto da política, quanto do sistema jurídico, que em muitas ocasiões se confundem, se beneficiam da estagnação das posições sociais, e para isso o monopólio do conhecimento acerca do Direito é fundamental, pois possibilita o controle social das massas, a efetivação do acesso à justiça então não se perfaz em um interesse para essa classe.

⁷ RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul – dez. 2008. p. 471.

⁸ NETO, Bruno Andrade Sampaio. **Ideologia e Absurdo na Obra de Kafka**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. p.183.

Neste seguimento, cabe ao Estado a implementação de ações que visem proteger e também promover esse direito fundamental, almejando garantir ao cidadão um processo justo, com tramitação em tempo razoável, com a observância do devido processo legal e que lhe proporcione ampla defesa, contraditório, livre independência do juiz, duplo grau de jurisdição, dentre outras tantas garantias.⁹

Assim, ainda que se possa afirmar que no momento atual o acesso à justiça seja um princípio amparado constitucionalmente, tendo sua importância difundida no ordenamento, não se pode deixar de admitir que seus efeitos não se infundiram amplamente em todas as esferas que ele deveria tutelar. Nota-se essa lacuna principalmente em camadas mais pobres da sociedade, menos instruídas, motivo pelo qual, ainda hoje se faz necessário o estudo de sua efetividade, perpassando por suas origens históricas e sua evolução.

2.1.1 Conceito

Desde sua criação o conceito de acesso à justiça tem sofrido diversas transformações. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia notadamente individualista dos direitos então vigentes na época. O direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, nesse contexto, o acesso à justiça seria considerado um direito natural, não necessitando de ação do Estado para a sua proteção.¹⁰

Ainda nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹, afirmam que os direitos naturais eram assim considerados, como anteriores ao Estado, por conseguinte a sua preservação exigiria apenas que o Estado não permitisse que fossem infringidos por outros, assim permanecendo passivo em relação a outros problemas, como por exemplo a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática.

⁹ RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. **Revista da Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017. p. 117.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 9.

¹¹ *Ibden*, p. 10 -11.

Nas palavras de Watanabe¹² o conceito de acesso á justiça evolui a partir da própria manifestação do Estado na sociedade, ou seja a evolução do Estado contribui para uma mudança na forma em que o acesso à justiça se desenvolve, e em como se manifesta.

Apesar dessa origem, com o passar do tempo, ficou mais clara a noção de que o acesso à justiça pode ser compreendido como o direito de reivindicar do Estado as liberdades individuais ou sociais, tanto buscando a abstenção, quanto a promoção da atividade estatal. Não há legitimidade de um Estado democrático de direito sem acesso à justiça, por ser este instrumento inafastável da democracia. Considerando o seu conteúdo preponderante, o acesso à justiça enquadra-se como um direito fundamental social, possuindo caráter prestacional, uma vez que é necessária uma ação positiva do Estado para a sua concretização.¹³

Observa-se que em seus primórdios o conceito de acesso à justiça tem sua natureza bastante ligada a efetivação de direitos sociais, não poderia ser diferente, uma vez que estamos tratando de um direito fundamental que se relaciona profundamente com os ideais da chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, onde se nota uma tendência de maior intersetividade do estado nas relações entre os indivíduos entre si, e entre indivíduos e o próprio Estado. Uma das características mais marcantes dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão é que necessitam que o Estado tenha uma atuação positiva, capaz de auxiliar o indivíduo através de uma ação mais intervencionista.

Com efeito, a evolução da primeira dimensão dos direitos humanos, notadamente aqueles civis e políticos, para a segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) enalteceu os seus característicos de universalidade, indivisibilidade e interdependência, conseqüentemente resultando no aparecimento de “novos direitos”, também chamados de direitos híbridos, ou interesses metaindividuais, transindividuais, difusos ou coletivos, decorrentes da superação da distinção absoluta entre as duas primeiras dimensões.¹⁴

A formalidade dos procedimentos, as custas processuais, a falta de recursos, a morosidade do judiciário e, principalmente, o desconhecimento de direitos são alguns dos fatores que forjam a percepção pelas camadas populares do sistema de justiça como um sistema excludente.

¹² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça na sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) Participação e processo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

¹³ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Riba. p. 42.

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos e acesso à justiça. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, mar 05. p. 741.

Inúmeros são os fatores que perpetuam essa percepção, se os direitos existem apenas em um plano jurídico-formal, carecendo de materialização, a incapacidade de conhecê-los e demandá-los em juízo representa um grande obstáculo a efetivação do acesso a justiça.¹⁵

Percebe-se que os movimentos preocupados com a universalização da jurisdição adotaram premissas e propuseram práticas distintas quanto a renovação do processo para o atendimento da garantia do acesso à justiça. No entanto, no Estado social democrático somente pode se falar em eficácia plena do dispositivo quando o sistema jurídico, político e social do Estado estiver adequado a esse propósito, assim sendo o acesso à justiça precisa de políticas públicas concernentes a conscientização e educação da população em relação aos seus direitos, e além disso, de condições econômicas e técnicas para a busca da prestação jurisdicional¹⁶.

Essa falta de consciência sobre os seus direitos, é o que corrobora para uma dificuldade que o leigo tem de entender a lógica dos tribunais, e até da sociedade em si, deve se entender que o conhecimento de sua própria condição cria um cidadão mais bem integrado, que se reconhece dentro do sistema, ao ver seus anseios serem atendidos. Assim o direito deixa de ser um instituto amedrontador e absurdo, para se tornar acessível.

O princípio do acesso à justiça constitui um dogma nas constituições dos países onde se busca a democracia e a igualdade perante a lei. Esses princípios tornam-se ainda mais relevantes em países de maiores desníveis, uma vez que ali a fermentação social adquire formas e intensidades que podem comprometer a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Quando as instituições propiciam mais oportunidades de recorrer à justiça, as tensões sociais decrescem e a ordem pública estabiliza-se mais facilmente.¹⁷

No Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça constitui um pilar fundamental, uma vez que, sem essa garantia nenhum outro direito pode ser assegurado, assim sendo, é necessário que haja um aprofundamento na utilização do aparato judicial pelo cidadão comum. Isso porque o

¹⁵ SILVA, Antonio Rafael da. **A democratização do acesso à justiça: um estudo sobre a defensoria pública do estado do maranhão**. 2004. Tese. (Mestrado em ciência política) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cátia Aida Pereira da Silva, p. 18.

¹⁶ SCHEER, Milene de Alcântara Martins; **A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a efetividade da norma Constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo. 2007. p. 291.

¹⁷ PEREIRA; Osny Duarte. A crescente perda de direito de acesso à justiça. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, 1981, p. 1057.

judiciário é a principal instância de resolução dos conflitos sociais, com o objetivo de impedir que os indivíduos regridam a um estado de autotutela permanente.¹⁸

O acesso à justiça é tratado dentro do direito processual, mas concentra elementos de toda ordem existencial humana, e da própria sociedade. Além do processo, a aperfeiçoamento da garantia requer o aprimoramento das situações que servirão como base para esses novos direitos sociais e econômicos, que muitas vezes escapam a nossa análise. O direito tem o poder de inovar os mecanismos jurídicos, de forma criativa, para alargar as portas para as demandas do cidadão.¹⁹

Importante reforçar que o formalismo excessivo é sinônimo de burocracia, é necessário que haja uma maior conscientização acerca dos preceitos do direito, uma vez que estes sofrem constantes mudanças, seguindo o ritmo das modificações sociais e econômicas, contudo desse se atentar para o fato de que a ausência total de formalismo pode conduzir aos perigos da analogia.²⁰

Hoje o conceito do acesso à justiça busca expandir a discussão dos direitos humanos para estruturas que lhes confirmam efetividade no contexto social. O acesso à justiça é um dos elementos chave para o exercício da cidadania, pois, os direitos que conferem igualdade e os direitos de reivindicá-los ,foram conquistados pela humanidade, e não simplesmente dados. É dever do estado e da comunidade nacional buscar a efetivação dessa garantia.²¹

Assim sendo, deve-se buscar formas alternativas de inclusão, maneiras de tornar esse processo mais acessível, seja com uma linguagem mais palatável, ou com a diminuição do formalismo exacerbado. A efetivação desses direitos se torna imprescindível para a limitação do poder estatal, não de forma negativa, mas no sentido de garantir a “paridade de armas”, de que reconhecer o lado mais fraco, e possibilitar a concretização da sua cidadania através do acesso à lei e a jurisdição.

É possível verificar que os maiores problemas do judiciário brasileiro (morosidade, acesso seletivo à justiça, processualismo) derivam de um formalismo, que se torna um risco ao alcance

¹⁸ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MAEOKA, Erika. A corte interamericana de direitos humanos e a promoção do acesso à justiça. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 13, 2009, p. 89.

¹⁹ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho, p. 8.

²⁰ LAGRATA, Caetano. A Justiça, o pobre e a desburocratização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, jun 82, p.735.

²¹ BELTRAME, op. cit., p. 10 -11.

da justiça. O excesso de regras e procedimentais, por muitas vezes são óbices ao alcance das garantias constitucionais, sendo que a definição da vantagem de uma das partes em relação as outras não é nem o direito subjetivo, mas a qualidade da defesa técnica. Para mais, nos julgamentos os debates e as fundamentações giram em torno de questões processuais, deixando a massa da população sem ao menos ter condições de entender o conteúdo do julgamento.²²

Ressalvadas essas questões, o objetivo do presente não trabalho não é militar pela completa extinção dessas formalidades do sistema jurídico. É cediço que dentro da seara penal, essa exigência de formalidade tem como objetivo principal a proteção do réu. Assim, o que se pretende é apenas propor uma reflexão sobre como, muitas vezes, a formalidade e a autoridade excessivos podem obstar o acesso á justiça.

Nesse passo, mais uma vez é possível notar como a questão financeira é um obstáculo para a efetivação do acesso á justiça, aqueles considerados hipossuficientes além de serem vítimas da falta de conhecimento técnico, o que possibilitaria um melhor entendimento do procedimento, ainda se deparam com a questão econômica, a partir do momento que também deixam de acessar o judiciário por conta do alto valor de suas custas, ou quando ao acessa-lo são prejudicados por não poderem arcar com um defesa técnica da mais adequada.

O que resulta em uma justiça que só é verdadeiramente acessível àqueles que têm a chave para operar as formas, ficando os verdadeiros motivos do problema num estado de litigiosidade contido. Esse modelo de processo é indiferente a democracia a ao direito à cidadania assegurado constitucionalmente ao jurisdicionado, a partir do momento em que retira dele a possibilidade de compreender a causa do seu próprio conflito, simplesmente preso em um estado de inércia e submissão.²³

O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental, como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem para trazer eficiência as funções sociais, as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada, e que o seu fomento de alternativas ao sistema do

²² CARDOSO, Alenilton da Silva. A função social do processo civil na perspectiva constitucional do acesso à justiça. **Revista Forense**. São Paulo, v. 426, p. 34.

²³ CARNEIRO, Diogo Ciuffo; A ação – Um Breve Ensaio sobre a sua História, sua natureza Jurídica e a Aplicação da sua Teoria no Estudo do Acesso à Justiça e das Condições da Ação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo nº 59, 2008, p. 34.

judiciário tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei, com que frequência, e como ela é executada, em benefício de quem e o seu impacto na sociedade.²⁴

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁵, os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas, e para litigantes individuais, especialmente os hipossuficientes, em contrapartida, as vantagens são notadamente dos litigantes organizacionais, ou chamados habituais. É evidente a dificuldade de se transformar esses direitos substantivos, conquistados no direito moderno, em vantagens concretas para as pessoas comuns, cabe ainda a reflexão de que muitos desses obstáculos à efetivação são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso à justiça, podem exacerbar outras barreiras de outro lado.

Isto posto, infere-se que o acesso à justiça busca sempre a efetivação dos direitos e garantias da coletividade, e com a evolução da noção de cidadania, do devido processo legal e do próprio Estado de Direito, esse conceito continua a evoluir, para, cada vez mais, abarcar as situações trazidas até ele, de forma a nunca se manter inerte. Ainda hoje é possível notar que este princípio não alcançou a sua máxima efetividade, e por conta disso, ainda há muitas tentativas no sentido de buscar a sua concretização no plano material de forma plena.

2.1.2 Evolução histórica

Ao se fazer uma análise histórica do acesso à justiça durante as mais diversas eras pode-se perceber que seu nascimento foi fruto de uma necessidade de proteção do indivíduo diante do poder do Estado, é possível notar que nas localidades e nas épocas onde havia uma maior repressão, maior também era a insurreição do povo em busca da efetivação de seus direitos, o que leva a um cenário de efervescência dos direitos e garantias individuais e coletivos. Desde o seu surgimento esse princípio foi progredindo de tal forma, que passou a figurar como indispensável para qualquer estado democrático de direito, seu conceito também se modificou ao longo desse tempo, se tornando cada vez mais abrangente.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 11-12.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 28-29.

A medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o momento que as relações passaram a ter um caráter mais coletivo do que individual, as sociedades modernas superaram a visão individualista dos direitos, que foram concretizadas nas declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX. Há o surgimento de movimentos que clamam pela primordialidade do reconhecimento dos direitos e deveres sociais, dos governos, da sociedade e dos indivíduos.²⁶

Até o século XIX, o Estado liberal de direito entendia a relação de direitos fundamentais apenas a partir do liame jurídico entre Estado e cidadão, sendo reconhecido ao indivíduos que estes possuíam características de direitos subjetivos. É com a busca pelo estado social que se verifica uma maior proximidade entre direito privado e direito constitucional, assim reconhecendo os direitos fundamentais entre os particulares.²⁷

A natureza híbrida dos direitos, ou interesses transindividuais decorre do fato de que, como tem natureza de direitos humanos possuem *status negativus*, constituindo emanações do direito à liberdade, armando os cidadãos com instrumentos jurídicos necessários à sua proteção e da chamada *res publica* (coisa pública) contra as ações que lhes sejam prejudiciais. Também possuem *status positivus*, uma vez que necessitam de intervenções positivas do Estado, tanto no plano material, quanto processual.²⁸

A partir dessa mudança de paradigma o direito, e o sistema jurídico passam a ser institutos que aproximam a sociedade da lei, que servem como instrumentos para resguardar a coletividade. Nesse sentido os indivíduos passaram a enxergar o direito como uma forma de proteção frente ao Estado.

A efetivação do princípio fundamental ao acesso à justiça traz em volta de si diversos questionamentos sobre o sistema e a sua legitimidade, essa concretização perpassa por muitas questões e muitos atores, cada um com sua devida importância, é preciso que se analise o sistema desde a sua concepção, sua história, e como chegamos até esse cenário, entender os pontos positivos e negativos, e buscar tornar cada vez o Direito um instituto acessível a todos.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 10.

²⁷ RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. **Revista da Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017. p. 110

²⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos e acesso à justiça. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, mar 05, p. 741.

Diversos estudos sobre acessibilidade têm mostrado que a distância dos indivíduos em relação à administração pública é maior, quanto mais à margem da sociedade este indivíduo se encontra, não somente economicamente, mas também social e culturalmente. Esses pontos tem sido levantados na sociologia do direito, que investiga os fenômenos sociais que afastam tantas pessoas de buscar a validação dos seus direitos.²⁹

Um dos grandes “impulsos” contemporâneo para a positivação dos direitos fundamentais foi, sem sombra de dúvidas, a radical negação da dignidade humana em eventos como o holocausto, durante a segunda guerra mundial. E no continente americano, a imagem dos governos ditatoriais submetendo seus cidadãos às variadas espécies de barbarismos forneceram também um importante referencial negativo para que o mundo começasse a perceber a importância da proteção aos direitos humanos.³⁰

Ainda para Cláudio Ladeira Oliveira e Erika Maeoka³¹ estes direitos fundamentais, independente de qualquer justificativa teórica, estando, ou não positivados em constituições ou tratados internacionais, objetivam proteger o indivíduos contra potenciais arbitrariedades do poder estatal.

O colapso das normas éticas liberais culminou em uma nova forma de jusnaturalismo, uma concepção dos direitos humanos, e dos direitos dos povos, surgindo uma nova ideia de solidariedade. Uma demonstração clara disso é a mudança do rol dos direitos fundamentais, com o surgimento, em meados do século XX, de teorias mais focadas na noção de comum, na coletividade, enaltecendo as características da universalidade indivisibilidade, interdependência.³²

No caso do Brasil, desde o início da colonização portuguesa, a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada um ato de caridade, com um forte caráter religioso, seguindo o modelo disseminado por toda a Europa durante a idade média. Em meados do século XIX começaram a surgir as primeiras leis propriamente brasileiras como por exemplo o código de processo criminal do império, datado do ano de 1832, e em 1842 foi editada lei que isentava

²⁹ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho

³⁰ OLIVEIRA. Claudio Ladeira de; MAEOKA, Erika. A corte interamericana de direitos humanos e a promoção do acesso à justiça. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 13, 2009. p. 249.

³¹ *Ibden*, p. 229.

³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos e acesso à justiça. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, mar 05. p. 741.

o réu pobre de certas taxas no processo civil. Entretanto, essas leis não foram suficientes para garantir o efetivo acesso dos pobres aos tribunais.³³

Discorre Cleber Francisco Alves³⁴ que, somente após a proclamação da república, voltou a tona a questão da responsabilidade do poder público relativamente à garantia de efetivo acesso à justiça para ampla maioria de pessoas pobres do país, sendo baixado o decreto 1.030 de 14 de dezembro de 1890, que tinha como objeto principal o de regular o funcionamento da justiça no Distrito Federal. Nesse decreto, foi estabelecido no art. 175, no qual era criado um serviço de assistência judiciária aos necessitados, o que sem dúvida foi um grande inovação para a época.

Foram adotadas duas formas de atuação, na primeira linha foram criados e desenvolvidos mecanismos de tutela de interesse metaindividuais, como por exemplo a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, entre outras ações coletivas previstas na lei nº 7.347 de 85, no código de defesa do consumidor, no estatuto da criança e do adolescente, dentre outros. Num segundo momento, a ação foi diversificada, os procedimentos tradicionais foram abreviados, suprimindo-se fases desnecessárias, para evitar maiores delongas processuais, foram adotados princípios como a oralidade, imediatividade, concentração e informação, todos envoltos em uma atmosfera conciliatória.³⁵

Assim como foi no restante do mundo, a acessibilidade ao sistema jurisdicional se deu de forma paulatina no Brasil. Em sua gênese essas medidas tinham como objetivo primevo fazer com que pessoas hipossuficientes tivessem a possibilidade de ingressar na lei, posteriormente se evoluiu no sentido de que todos devem, não só ter acesso à justiça, mas também uma reposta adequada.

No panorama mundial, os direitos sociais passaram a ser positivados em diversos ordenamentos jurídicos em toda Europa e América Latina, passando a serem reconhecidos como necessários para tornar realmente acessíveis os direitos antes enunciados nas revoluções liberais do século XVIII. Já no Brasil, a Constituição Federal de 1988, foi inovadora nesse sentido, passando a

³³ ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista de processo: RePro**. Rio de Janeiro, jun 2010. p. 754 - 755.

³⁴ ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista de processo: RePro**. Rio de Janeiro, jun 2010. p. 756.

³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina (Org.). **Temas contemporâneos de direito processual**. São Paulo, 2004, p. 4.

reconhecer expressamente os chamados direitos sociais, como educação, moradia, saúde, previdência social, infância, entre outros.³⁶

De fato, o processo de incorporação legislativa de um rol de direitos sociais se iniciou, na Europa, e em outras regiões, apenas no início do século XX, a partir do segundo pós guerra, se irradiando em âmbito planetário para diversos outros países. As teorias sociais de bem estar passaram a oferecer justificção e legitimidade a esses direitos, que se tornariam os meios através dos quais a ideia de justiça social poderia ser garantida com foros de constitucionalidade.³⁷

Acontece que, a nova ordem constitucional, inaugurada democraticamente, após um longo período de retrocesso, ocorreu um tanto quanto tarde demais. Ela chega ao Brasil quando já predominava na América Latina o neoliberalismo global, um modelo político-econômico incompatível com os propósitos finalísticos e de cunho social, que tem como consequência a inefetividade constitucional.³⁸

Entender esse panorama histórico é imprescindível para o estudo, que será maior aprofundado em capítulo próprio, da efetividade do princípio do acesso à justiça, como se concretiza no plano material, e qual a sua conjuntura dentro da nossa realidade social.

2.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O presente trabalho irá se concentrar em identificar o acesso à justiça como um direito fundamental, e a partir dessa análise trazer duas interpretações da garantia ao acesso à justiça. Primeiramente ao se tratar do princípio em epígrafe, a priori a sua interpretação se volta para a efetiva entrada do indivíduo na lei, ou seja, a possibilidade do ingresso no judiciário, da publicidade dos atos do tribunal, do contraditório e da ampla defesa, que também deve ser analisada juntamente a concretização e efetividade dessa garantia no plano material.

Em segundo plano, cabe uma interpretação mais subjetiva, levando-se em conta o indivíduo e o seu afastamento do direito, em outras palavras, como o desconhecimento técnico do direito e

³⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos e acesso à justiça. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, mar 05.p. 740.

³⁷ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1, 2011, p. 48.

³⁸ *Ibden*, loc. cit.

de seu sistema contribuem para uma alienação da população, que passa a não sentir interesse em entender os mais básicos direitos e deveres.

No panorama jurídico contemporâneo a justificativa para a existência do direito encontra respaldo na efetividade das normas jurídicas. A evolução da sociedade e do pensamento jurídico demonstra que, cada vez mais, a edição de normas por si só são insuficientes para alcançar a finalidade do direito, é evidente a necessidade do reconhecimento e da recepção destas normas pelos seus destinatários, para que se tornem aplicáveis e efetivas.³⁹

A concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à justiça, ao mesmo tempo que os juízes passaram a desempenhar uma função de destaque na proteção dos direitos fundamentais, paralelamente a isso, a constituinte criou inúmeros instrumentos processuais de proteção a esses direitos garantidos constitucionalmente, tais como a garantia de acesso à justiça, todos sintetizados no art. 5º da Constituição.⁴⁰

Introduzidos esses aspectos, passaremos agora a um breve estudo dos direitos fundamentais, e como o acesso à justiça se caracteriza como um desses direitos, para, em tópicos posteriores explorar todos os aspectos que nos interessam no estudo desse princípio fundamental.

2.2.1 Breves considerações sobre os direitos fundamentais e suas dimensões

No que tange ao surgimento dos direitos fundamentais, pode-se afirmar, de um modo geral, que sua construção foi desenvolvida principalmente em um período histórico de afirmação do constitucionalismo liberal, decorrente da reformulação do conceito de Estado, sua origem histórica está diretamente ligada a um movimento de desprendimento de parâmetros sociais até então praticados.⁴¹

Os direitos atribuídos por determinado ordenamento às pessoas são hierarquizáveis, ou seja, existem direitos que são mais relevantes do que outros, tendo em vista o bem da vida tutelado, certos bens da vida são considerados direitos inalienáveis do indivíduo, e que devido a sua

³⁹ SCHEER, Milene de Alcântara Martins; A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a efetividade da norma Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. loc. cit.

⁴⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**.5.ed.São Paulo: Atlas SA, 2014. p. 167 – 168.

⁴¹ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 16.

importância, são considerados direitos fundamentais, e encontram proteção diretamente na constituição.⁴²

A ideia de justiça, de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente, em maior, ou menor intensidade, em todas as sociedades humanas. Assim, a noção de direitos do homem é tão antiga, quanto a própria sociedade, não na forma de direitos positivados, mas de valores ligados a esses ideais básicos já citados.⁴³

Merece menção o fato de que nesse momento, ainda não havia uma positivação desses direitos, mas apenas uma noção, que passaria a ser mais trabalhada a partir do século XVII, com as revoluções inglesas, que culminaram com a assinatura de documentos como o *Bill of Rights* em 1689, documento que estabelecia limites ao poder da monarquia, e que foi fundamental para as declarações do século XVIII.

Nesse seguimento, o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, como eram reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da idade média, no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos, trata-se da *Magna Carta*, documento assinado pelo rei João Sem-Terra, e que serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.⁴⁴

A ruptura dos modelos absolutistas, que deturpavam a relação que deveria haver entre poder e Estado, está intimamente ligada a origem desses direitos fundamentais, no sentido de que as ações estatais deveriam agora passar a ter por objeto a atendimento dos anseios do povo, que passava a ser o detentor do poder. Em outras palavras, é possível constatar uma nova perspectiva sociedade, cujas balizas se identificavam com o modelo de Estado constitucional, principalmente diante da ideia de que uma nação deve ser construída e pautada a partir de uma relação legítima de poder, que se forma entre o Estado, e o povo, passando a vontade popular a ter um papel de protagonismo.⁴⁵

⁴² SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho. 2013. p.114.

⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**.5.ed.São Paulo: Atlas SA, 2014. p. 29.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015. p. 41.

⁴⁵ SANTANA, Alexandre Avalo. **Acesso à justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 17.

Desde a seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos tem o caráter de um processo cumulativo de complementariedade, e não de alternância, razão pela qual a expressão “dimensão” se mostra mais adequada.⁴⁶

Nesse seguimento, a chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais, abordou os direitos do indivíduo como fator de limitação do atividade do Estado. Aqui são encontrados os direitos que pressupõe uma igualdade formal perante a lei, constituindo-se como garantia do cidadão perante o Estado, com o fim de evitar a violação de direitos civis e políticos, ligados ao valor da liberdade.⁴⁷

Os direitos protegidos na primeira dimensão tinham nítida influência do pensamento liberal propagado pelos filósofos do iluminismo. Além disso, os pilares éticos defendidos pelo liberalismo fora incorporados em diversas declarações de direitos, proclamadas durante esse período, com destaque para a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - DDHC, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da revolução americana.⁴⁸

Merece ser destacado que, apesar de praticamente todas as declarações de direitos elaboradas no referido período histórico, proclamarem o direito de igualdade, não havia um interesse real de se garantir a isonomia para todos os seres humanos, esse discurso liberal era de mão única não se aplicando a todos os grupos sociais.⁴⁹ Nota-se claramente que esses direitos eram acessíveis a somente uma parcela da população, não a toa a DDHC fala em “cidadão” pois somente quem o era, uma pequena parte do povo, teria, de fato, os seus direitos materialmente satisfeitos.

Por conta dessa conjuntura, o segunda dimensão dos direitos fundamentais tem suma importância, pois trouxe os direitos sociais como pauta principal, a igualdade deixaria de ser meramente formal, e sua efetivação passaria a sair do papel.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015.p. 45.

⁴⁷ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 24.

⁴⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**.5.ed.São Paulo: Atlas SA, 2014. p. 43.

⁴⁹ *Ibden*. p. 44.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, juntamente com a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não geravam o seu efetivo gozo, acabaram gerando, no decorrer do século XIX, diversos movimentos reivindicatórios, buscando a efetivação dos direitos sociais, e atribuindo ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social.⁵⁰

Na referida dimensão, é possível vislumbrar um compromisso sócio – ideológico em busca da justiça social. Nessa categoria são privilegiados os direitos sociais, culturais e econômicos, consubstanciados no valor da igualdade. A concepção do Estado social traz consigo a responsabilidade pela implementação destes direitos e garantias fundamentais como mecanismo relevante para a promoção da igualdade material.⁵¹

Os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial a classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora.⁵²

A terceira dimensão, desenvolvida após a segunda guerra mundial, alocam-se os direitos metaindividuais ou transindividuais, justificadores das demandas coletivas, cuja necessidade surgiu com o aumento do acesso à justiça, caracterizado pela segunda onda renovatória. Na mencionada categoria de direitos, se destaca a proteção transgeracional destinada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a tutela dos direitos do consumidor, entre outros.⁵³

Esses novos direitos visam a proteção de todo o gênero humano, e não apenas um grupo de indivíduos. No rol desses direitos citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, direito de comunicação, entre outros.⁵⁴ E como será tratado em tópicos posteriores, essa dimensão tem íntima relação com a segunda onda do acesso à justiça, que busca justamente a efetivação desses direitos coletivos e difusos.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015.p. 45.

⁵¹ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 28.

⁵² SARLET. op. cit. p. 48.

⁵³ SANTANA. op. cit. loc. cit.

⁵⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**.5.ed.São Paulo: Atlas SA, 2014. p. 50.

Novamente cabe salientar que essas dimensões tem caráter cumulativo, no sentido de que se complementam, e nunca substituem umas as outras, criando assim um complexo de direitos fundamentais que deve ser respeitado em qualquer Estado Democrático de Direito.

Assim, deve se ter em mente que com a constante evolução que a sociedade sofre, e por conseguinte o próprio direito, não se pode visualizar o dimensões dos direitos fundamentais de forma estática, muito menos como institutos separados e independentes, a tendência é sempre a interdisciplinaridade, esses direitos se complementam, e evoluem conjuntamente, não há uma substituição de um pelo outro, mas na verdade uma sobreposições de todos eles, de modo a construir um conjunto cada vez mais complexo de garantias e um sistema interligado.

2.2.4 Interpretações do acesso à justiça e a sua caracterização como princípio fundamental

Sabe-se que em vista de um determinado conflito, surgido da não realização voluntária de um direito, e sem a resolução bilateral do mesmo pelas próprias partes, só resta a resolução por parte do próprio Estado, que chamou a sua responsabilidade o monopólio do poder jurisdicional. Então, se o direito não realizado voluntariamente só pode ser realizado autoritativamente, ou seja, pelo próprio Estado, segue, como imperativo lógico, que deve ser garantido o direito de ação. De outra maneira, ao réu deve ser garantido o direito de ação, enquanto defesa, no entanto, como vivemos numa sociedade com grande desigualdade econômica se a autotutela fosse permitida haveria um caos social, e seguramente os mais fortes economicamente iriam violar direitos, ou impor ao seu modo a solução dos conflitos aos economicamente mais fracos.⁵⁵

Ainda segundo Wilson Alves de Souza⁵⁶ Toda vez que houvesse uma violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental, e mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais, uma garantia máxima, pelo menos quando houver uma violação a algum direito fundamental, porque, havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais ficam na dependência do acesso à justiça.⁵⁷

⁵⁵ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho. 2013. p. 167.

⁵⁶ *Ibden.* loc. cit.

⁵⁷ *Ibden.* loc. cit.

Nessa toada, a obra “O processo” ilustra perfeitamente esse aspecto do acesso à justiça, ou no seu caso a falta dele, ao nos depararmos com a situação vivenciada por Josef K., despojado de todo o tipo de direito fundamental em face a inexistência, naquela realidade, de garantias que busquem a efetivação desses direitos, temos um retrato fiel das consequências da inacessibilidade à lei.

Deve-se ter em mente que quando tratamos da questão do acesso à justiça dentro do processo penal, esta se relaciona com a própria necessidade de realização das formalidades do processo. Isso porque, no caso de Josef K., a falta da procedimentalidade é o que o afasta do acesso à lei, notadamente no tange a questão da publicidade do processo.

A princípio a situação retratada por Kafka pode parecer esdrúxula, de certa forma absurda, pois a nós não parece razoável que tal conjuntura seja factível em nossa realidade, eis que totalmente inconcebível no estado democrático de direito do qual fazemos parte. Contudo, se olharmos de forma mais atenta fica claro que qualquer sistema jurídico pode ser absurdo e inacessível para aquele que, ao encontra-se perante os ditames do Estado, se vê impotente e inerte, incapaz de vencer as barreiras impostas e ter acesso à lei.

Os heróis de Kafka se traduzem em personagens desamparados que jamais conseguem encontrar soluções legais para os seus problemas, transpondo a figura do Estado como um ente maléfico que utiliza o direito como instrumento a fim de obstruir o caminho para a coisa julgada. Esse conflito é resultado de um erro de ligação entre os polos da relação jurídica, uma falha na triangulação entre o indivíduo, o mundo real e o Estado Juiz.⁵⁸

Noutra abordagem, a falta de acesso à justiça também pode ser enfrentada por um aspecto mais subjetivo. Ao voltarmos nosso olhar para o personagem criado por Camus, somos confrontados com um indivíduo marcado pelo desapego e pela indiferença, que encara o seu processo, e sua sentença de forma distante e inabalável.⁵⁹

“O estrangeiro” enquadra-se no que Camus optou por chamar de “estética do absurdo”, e é a partir dessa noção filosófica do absurdo adotada pelo autor é possível traçar uma análise do comportamento de Mersault frente aos acontecimentos narrados, adotando uma perspectiva jurídica. A metáfora revelada na obra diz respeito à um cidadão estrangeiro ao processo jurídico,

⁵⁸ KOSOP, Roberto José Covaia; LIMA, José Edmilson de Souza. As intensidades kafkianas : Reflexões acerca do desencanto jurídico. **Revista de direito, arte e literatura**. Brasília. Vol. 3, n. 1. Jan-Jun 2017, p. 5.

⁵⁹ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015.

marcado pela indiferença, e pela apatia, e que, ao decorrer da história se vê incomodado com a arbitrariedade moral que assume contornos jurídicos durante o seu julgamento, ao final sentindo-se até mesmo injustiçado pela condenação de assassinato.⁶⁰

Ao utilizarmos as referidas obras para fazer um estudo da efetividade do princípio do acesso à justiça pode-se perceber com muito mais clareza a multiplicidade de facetas que ele pode encarnar. Trata-se de um princípio tão complexo que formado por uma miríade de outras garantias, é responsável por efetivar tantos outros princípios, e assim sendo, sua interpretação deve abranger também uma amplitude de possibilidades, almeja-se se demonstrar que o acesso à justiça também encontra obstáculos nos próprios indivíduos, a partir do momento que a própria inércia do homem social também o afasta da lei, mesmo que essa inércia seja fruto de uma círculo vicioso da falta de estímulo por parte do próprio sistema.

Algumas soluções viáveis para dirimir a falta de acesso à justiça, podem ser a ampliação física dos serviços judiciários e o reaparelhamento material e humano, a revisão de conceitos tradicionais, no sentido de descentralizar a competência para legislar sobre matéria processual e organizacional. A justiça inoperante permite o surgimento de iniquidade, de falsos valores, de totalitarismos e desmandos, que sufocam, tanto o acesso à justiça, quanto as demais garantias fundamentais, o que nos leva a crer que muitas vezes o povo sucumbe, também por causa de seus juízes.⁶¹

Graças a antropologia social aplicada ao direito, que ofereceu grandes contribuições na seara da resolução de conflitos, ao trazer a análise jurídica de sistemas de administração de justiça de comunidades tradicionais, ou sistemas de resolução de conflitos nos quais a noção de justiça não equivale à do direitos ocidental, como por exemplo na África Central e Sudão. Essas abordagens permitiram que se tornassem conhecidas outras formas de direitos e padrões de relações jurídicas, que trazem mecanismos de resolução caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, com um discurso jurídico fundado na linguagem comum, não técnica.⁶²

⁶⁰ *Ibden*, p. 145.

⁶¹ LAGRASTA, Caetano. A Justiça, o pobre e a desburocratização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, jun 82. p. 737 – 738.

⁶² BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 17.

Essas análises tendem a conduzir a uma reflexão mais aprofundada dos diversos sistemas em aplicações pelo mundo, oferecendo uma base comparativa significativa, através da qual é possível perceber a eficiência do sistema atualmente adotado no Brasil, mas também identificar formas de melhorar a distribuição do direito.⁶³

Nesse sentido, ao analisar as diversas formas de resolução de conflitos adotadas nas mais diversas localidades do mundo, é possível identificar como a interpretação da garantia ao acesso à justiça deve sempre ser extensiva, com o objetivo de proporcionar uma maior abertura do sistema, tendo em mente que muitas vezes a eficácia está intimamente ligada à uma simplificação das normas que regem o sistema.

2.3 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Ao se falar de acesso à justiça, primeiramente devem ser considerados as bases científicas das ondas renovatórias, propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em estudos realizados para o Projeto de Florença. Período em que foram analisadas experiências jurídicas, em diversos países, o que cominou na obra intitulada “Acesso à Justiça”, onde os autores explicitam os principais óbices econômicos, sociais e jurídicos para a concretização do acesso à justiça, propondo algumas objetivos a serem alcançados, conhecidos como as ondas renovatórias.⁶⁴

Para Mauro Cappelletti e Briant Garth⁶⁵, o estudo do direito era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais dos tutelados, sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas, e mesmo quando ia além dela, somente julgava as normas de procedimento com base em sua validade e sua operacionalidade em situações hipotéticas, ou seja, de forma distante da comunidade, baseadas em procedimento, e não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.

Nessa esteira, começa a surgir uma preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente o exercício do direito de acesso, por meio da tutela jurisdicional, e do próprio

⁶³ *Ibden*, p. 25.

⁶⁴ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 53.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 10.

processo, de modo eficiente e adequado, justo, e em tempo razoável.⁶⁶ Assim, as ondas renovatórias tiveram um papel fundamental na superação das barreiras a concretização do acesso à justiça, a partir do momento que buscam formas de dirimir essa distância, tendo em vista alcançar a todos que da lei precisem.

As ondas renovatórias contribuíram bastante para o aumento do acesso a lei, que em consequência gerou uma maior procura pelo judiciário. Nessa toada é possível perceber que uma das maiores causas de afastamento do sistema é um problema cultural, uma vez que falta na nossa sociedade uma consciência básica dos nossos próprios direitos, falta educação básica que nos forme como cidadãos mais conscientes de nosso papel na sociedade. Esse cenário corroborou para a criação de um sistema por muitas vezes incompreensível.

O acesso à justiça deve ser garantido numa ordem civil constitucional, e não apenas em demandas individuais, o direito, tanto material, como processual não pode ficar estagnado, sob pena de cair em desuso, ou deixar de atender os anseios sociais, perdendo a sua razão de ser. Na sociedade de produção de massa em que estamos inseridos, com a complexidade das relações econômicas gera situações nas quais determinadas condutas podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais.⁶⁷

A tarefa básica dos aplicadores do direito moderno é expor o impacto substantivo nos diversos mecanismos de resolução de litígios. Cabe uma ampliação da pesquisa para além dos tribunais, utilizando métodos como a economia, psicologia, aprender através de outras culturas. O acesso não é apenas um direito social fundamental, ele é o ponto central da processualística moderna, que possibilite um aprofundamento dos métodos da ciência jurídica.⁶⁸

Embora o acesso à justiça seja um princípio tido como básico e fundamental, ainda é notável a existência de diversos obstáculos para a sua efetivação. A efetividade poderia ser traduzida como a garantia de que a conclusão final de um processo depende apenas dos méritos jurídicos referentes as partes, sem se relacionar com elementos estranhos ao direito, no entanto essa igualdade é utópica. As diferenças entre as partes nunca poderão ser totalmente erradicadas.

⁶⁶ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 28.

⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina (Org.). **Temas contemporâneos de direito processual**. São Paulo, 2004. p. 7.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p.13.

Primeiro deve se ter em mente que, de fato essas diferenças existem, e a partir desse ponto identificar quais são os obstáculos a essa igualdade, e como vencê-los.⁶⁹

A difusão do acesso à justiça se dará de formas diferentes conforme o contexto, que poderá ser o contexto individual, aquele que visa difundir o acesso quando se identifica a crise do Estado de bem estar social, buscando soluções que funcionem e tratem do problema em nível individual (por meio de agências estatais ou não-estatais), ou, contexto coletivo, que visa à promoção do acesso à justiça, identificando os direitos coletivos e difusos, o interesse diluído numa categoria, ou sociedade, com medidas que tenham o escopo de beneficiar uma coletividade indefinida.⁷⁰

É um movimento de expansão, que não se resume à defesa dos interesses imediatos das camadas mais pobres, mas também da classe média, que se viu afastada das formas de reivindicar seus direitos. Nesse cenário, em que a existência do direito se obvia, assim como a falta de mecanismos para reivindicá-lo, a crise do acesso à justiça se torna mais evidente, a partir da necessidade do surgimento de estruturas que facilitem a defesa das pessoas comuns.⁷¹

Tendo em vista o quanto mencionado, deve-se ter cuidado ao analisar a questão do acesso à justiça nos dias de hoje, isso porque se forem apenas levados em consideração o número de ações iniciadas e encerradas anualmente, haverá uma conclusão equivocada de que o princípio do acesso à justiça está sendo de fato efetivado com sucesso. No entanto, não é possível afirmar que o acesso ao judiciário, especialmente pelas camadas mais pobres da população tem se ampliado nas últimas décadas, pois esses números não fazem nenhuma referência as características de quem inicia, ou de quem obtém um pronunciamento judicial, assim sendo a quantidade de demandas esconde o problema da incorporação das massas ao sistema.⁷²

O poder judiciário, compelido pela judicialização dos direitos públicos subjetivos, tem exercido papel fundamental de assegurar o acesso à justiça, fazendo-o por meio do processo civil democrático, de modo a fazer como que os demais poderes sejam cobrados pela efetivação dos direitos sociais, destacadamente a educação.⁷³

⁶⁹ *Ibden*, p. 15.

⁷⁰ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 14.

⁷¹ *Ibden*, p. 16.

⁷² RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul – dez. 2008. p. 473.

⁷³ BARBOSA, Lauriano Resende. A educação como política pública garantidora do acesso à justiça. **Revista Processo Civil Democrático**. São Paulo, 2017, p. 262.

Contudo, para peticionar qualquer demanda pó via judicial, é exigido um mínimo de conhecimento dos seus direitos, de como movimentar o processo, além de outros obstáculos, como as custas judiciais, a complexidade do sistema a burocracia, o que na maioria das vezes contraria e impede o acesso á justiça. Esses entraves , em grande parte, é resultado de um analfabetismo educacional, e processual das pessoas, cuja deficiência acentua a miserabilidade a injustiça social, distanciando uma grande parcela da população daquilo que se defende como um verdadeiro Estado Democrático de Direito.⁷⁴

Deve-se ter cuidado ao analisar a questão do acesso à justiça nos dias de hoje, isso porque se forem apenas levados em consideração o número de ações iniciadas e encerradas anualmente, haverá uma conclusão equivocada de que o princípio do acesso á justiça está sendo de fato efetivado com sucesso. No entanto, não é possível afirmar que o acesso ao judiciário, especialmente pelas camadas mais pobres da população tem se ampliado nas últimas décadas, pois esses números não fazem nenhuma referência as características de quem inicia, ou de quem obtém um pronunciamento judicial, assim sendo a quantidade de demandas esconde o problema da incorporação das massas ao sistema.⁷⁵

Nascida uma pretensão processual, derivada de um anseio de um cidadão lesado, ou da própria coletividade, requer-se uma tutela estatal, um devido processo legal, para buscar a afirmação dos direitos assegurados constitucionalmente, que por algum motivo não foram efetivados pelas políticas públicas competentes. Eis pois, a essencialidade da emancipação educacional no processo civil, entendido com o seu caráter público garantidor de acesso à justiça.⁷⁶

Na realidade a maioria da população desconhece os direitos e deveres básicos disciplinados no ordenamento, o que os afasta da tutela jurisdicional, que é vista como inalcançável. Essa alienação é fruto da extrema burocratização das instituições brasileiras, principalmente o poder judiciário, marcado pelo uso exacerbado de procedimentos complexos e linguagem técnica. A educação é um direito fundamental público subjetivo e oponível, basilar para a efetivação da dignidade da pessoa humana, proporcionando um existência minimamente autônoma. Com essa afirmação infere-se que um processo educacional assegura ás pessoas a capacidade de desenvolver habilidades racionais e por consequência adquirir conhecimentos políticos, e por que não jurídicos, mesmo que em um patamar mínimo, para que esses indivíduos possam se

⁷⁴ BARBOSA, Lauriano Resende. A educação como política pública garantidora do acesso á justiça. **Revista Processo Civil Democrático**. São Paulo, 2017, p. 262.

⁷⁵ RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul – dez. 2008. p.473.

⁷⁶ BARBOSA, op. cit., p. 269.

posicionar perante os conflitos e desafios da vida em sociedade. Deste modo, os movimentos tendentes a exclusão podem ser bloqueados pelo próprio sujeito, consciente de seus direitos.⁷⁷

2.3.1 A primeira onda

Não se pode duvidar que a transformação da ideia de Estado de Direito para a nova realidade do Estado Social, mais tarde denominado Estado de bem-estar social, teve papel decisivo na inclusão efetiva das massas populares no cenário político. Essa inclusão no status de cidadania passou a impor a possibilidade de acesso à justiça de forma materialmente eficaz. Há um nexo indissociável entre a noção de cidadania e o acesso á justiça.⁷⁸

Os estudos no Projeto de Florença constataram que oposição de direitos perante órgãos da justiça somente se mostrava factível para os destinatários que pudessem arcar com as custas, e diante desse quadro fático, verificou-se que o acesso à justiça, para ser minimamente efetivo, deveria passar por um processo de universalização, com escopo a promover a redução das barreiras econômicas para aqueles interessados em acessar a tutela jurisdicional.⁷⁹

Assim, tendo em vista as dificuldades encontradas para a efetivação do acesso à justiça surgiu dentro da teoria processual, o que veio a ser conhecido como ondas renovatórias de acesso a justiça, que tinham em seu escopo o objetivo de superar os principais obstáculos de acesso à justiça. Nota-se primeiramente que o principal óbice a ser atacado girava em torno da questão do custo, quanto maior o valor da causa, maior o valor das custas, sendo essa valor muitas vezes desproporcional, e não acessível a maioria da população.

Nesse novo contexto se intensificam algumas iniciativas por parte dos organismos estatais, com o objetivo de ampliar o acesso à justiça dos mais carentes á prestação jurisdicional, aprofundando-se as políticas sociais, notadamente os serviços de assistência judiciária gratuita. Esta é a fase que ficou conhecida como “primeira onda” do movimento mundial de acesso à

⁷⁷ BARBOSA, Lauriano Resende. A educação como política pública garantidora do acesso á justiça. **Revista Processo Civil Democrático**. São Paulo, 2017.p. 264-270.

⁷⁸ ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira, p. 41.

⁷⁹ SANTANA, Alexandre Avalo. **Acesso à justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 28.

justiça, de acordo com a sistematização apresentada pelos céleres estudos de Mauro Cappelletti.⁸⁰

Mauro Cappelletti e Briant Garth assim denominam a primeira onda renovatória como: “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais”⁸¹

A primeira onda renovatória portanto, vai tratar da questão da barreira financeira, um dos caminhos encontrados para tentar sanar essa questão foi a assistência judiciária. Essa assistência pode ser através das inúmeras Defensorias Públicas que foram implementadas para fomentar o acesso à justiça, ou através do benefício da gratuidade da justiça (Lei 1.060/50). A segunda onda renovaria diz respeito aos direitos coletivos, no sentido de que há muitos direitos que se considerados individualmente não compensam o ajuizamento de uma ação devido ao seu pequeno valor, porém se considerados dentro de uma coletividade são financeiramente viáveis, trata-se aqui de possibilitar que pequenas demandas também sejam apreciadas pela máquina pública.⁸²

O obstáculo financeiro, considerado ainda atualmente como um dos maiores óbices ao acesso à justiça, foi o principal ponto a ser atacado durante a primeira onda, a criação das Defensorias, instituições voltadas a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, teve papel fundamental nessa empreitada. Como já abordado, a assistência gratuita já existia desde o período imperial, contudo, não nos moldes trazidos com a reforma, que maximizou o alcance da assistência, levando esse auxílio a uma novo patamar.

Nas modernas sociedades, o auxílio e um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar as leis cada vez mais complexas, aliado as ritualísticas procedimentais, necessários para ajuizar uma ação, e o seu consequente prosseguimento, por essa razão os métodos que proporcionam assistência judiciária àqueles que não podem custeá-la tem importância vital. No entanto, antes do advento das ondas renovatórias os esquemas de assistência na maior parte dos países eram inadequados, baseando-se em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação, em realidade, tratava-se de um trabalho de caridade.⁸³

⁸⁰ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 28.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 31.

⁸² CARDOSO, Alenilton da Silva. A função social do processo civil na perspectiva constitucional do acesso à justiça. **Revista Forense**. São Paulo. p. 57.

⁸³ CAPPELLETTI;GARTH. op. cit. p. 32.

Cabe ressaltar, que num primeiro momento esses esforços para a promoção da assistência judiciária eram ineficientes, isso porque em economias de mercado os advogados tendiam a dedicar seu tempo ao trabalho remunerado em detrimento da assistência gratuita.⁸⁴ Assim foram necessárias reformas, novas abordagens, com o objetivo de atrair os prestadores ao serviço de assistência gratuita.

Nesse ínterim essas reformas foram notadas principalmente na Alemanha e Inglaterra, em ambos os casos, sob os regimes da social democracia, na Alemanha com o sistema de remuneração pelo Estado, para os advogados, e na Inglaterra foi criado o *Legal Aid and Advice Scheme*, esquema que reconhecia a necessidade da compensação ao advogado que atuasse, tanto nos casos de aconselhamento, quanto nos casos de assistência judiciária.⁸⁵ Com essas experiências a assistência deixava de ter um viés somente filantrópica, passando a haver uma real contraprestação do Estado.

Não há dúvidas de que a justiça é um sistema seletivo, e aqueles que dela se socorrem são os que tem condições, e são capazes de superar a barreira financeira aqui mencionada, deixando os vulneráveis, e hipossuficientes, que alijados de recursos econômicos para promover uma demanda, veem na assistência judiciária gratuita uma forma de ascensão a esse direito fundamental.⁸⁶

Nesse sentido, o grande marco dessas reformas de assistência se deu, principalmente na Áustria, Holanda, França, Alemanha Oriental e Inglaterra, sob a acunha de Sistema *Judicare*. Esse sistema elevou a assistência judiciária ao status de direito para todas as pessoas que se enquadrarem nos termos da lei.⁸⁷ Esse foi o impulso principal da assistência como conhecemos nos dias atuais, além de se estabelecer como direitos fundamental o auxílio as pessoas hipossuficientes nas demandas judiciais, também se começou a ter uma preocupação em estabelecer regras para a limitação dessa assistência, consolidando o sistema de uma forma nunca antes vista.

Já no Brasil, no século XX, notadamente a partir da promulgação do código civil de 1916, que gerou uma onda de modernização do ordenamento processual como um todo, em alguns estados

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.p 32

⁸⁵ CAPPELLETTI; GARTH.OP. op. cit. p.33.

⁸⁶ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 22 – 23.

⁸⁷ CAPPELLETTI;GARTH. op. cit., p. 35.

da federação foi implantado o instituto da assistência judiciária, por exemplo na Bahia e em São Paulo, cujo serviço era um dos mais avançados. Juntamente a isso as respectivas legislações também dispunham sobre a gratuidade de justiça, ou seja, isenção das custas processuais. A criação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – em 1930, trouxe novas perspectivas para o tema da assistência judiciária, como por exemplo o dever dos advogados de assumir o patrocínio gratuito de pessoas pobres em juízo deixa de ter um viés moral, como era no passado, e passa a ter uma natureza jurídica, cuja violação poderia gerar penalidades.⁸⁸

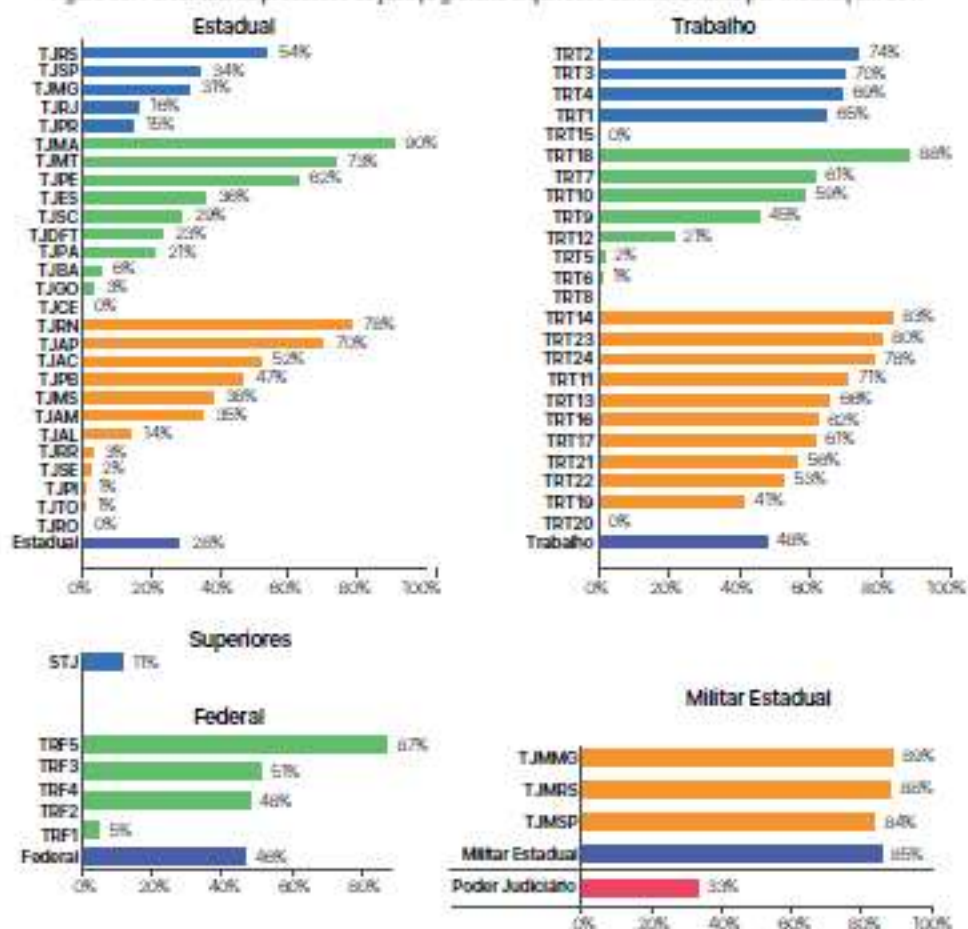
Para mais, a primeira onda também trata das diferenças entre os litigantes, diferenciando-os em habituais e eventuais, afirmando que o sistema é flagrantemente mais prejudicial às pequenas causas, e aos autores individuais. Isso porque, os chamados litigantes habituais, conseguem, a partir de sua experiência, e força econômica, desenvolver um planejamento estratégico dos litígios, além da própria diluição dos custos da demanda.⁸⁹

No mais, apesar de ainda existirem problemas, quanto a questão dos litigantes, o saldo ainda é positivo, se compararmos os benefícios que a primeira onda trouxe. Dados do Relatório de justiça em números do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2018, apontam que o índice de processos que tiveram concessão de gratuidade da justiça era de 33% do ano de 2017, notando-se um crescimento significativo se compararmos aos últimos três anos, em 2015, por exemplo o índice era de 27%, nesse sentido:

⁸⁸ ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista de processo: RePro**. Rio de Janeiro, jun 2010, p. 760.

⁸⁹ SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 55.

Figura 55: Percentual de processos de justiça gratuita arquivados definitivamente por tribunal, em 2017



90

Fica claro, que medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária, e como consequência disso as barreiras ao acesso à justiça começam a ceder. Os hipossuficientes passam a ter muito acesso ao judiciário em um número cada vez maior.⁹¹ No entanto, ainda há um enorme espaço para melhoras, o mesmo relatório do CNJ, também aponta que os gastos com assistência judiciária gratuita equivalem a uma média de meros 0,62% do total de despesas do poder judiciário, ao custo de R\$ 2,73 por habitante, ou seja, ainda há muito espaço para melhora, buscando a superação da barreira econômica que impede a efetividade do princípio do acesso à justiça.

2.3.2 A segunda onda

⁹⁰ Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 47.

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, interesses coletivos ou grupais. Essa segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre as noções tradicionais do processo, principalmente no tocante ao papel dos tribunais, explica-se, a concepção tradicional dos tribunais não deixava espaço para a proteção de direitos difusos, o processo era visto com um assunto entre apenas duas partes, direitos pertencentes a um grupo em geral não se enquadravam nesse esquema, e por conseguinte, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinados a facilitar as demandas por interesses difusos intentados por particulares.⁹²

Até a década de 80 não se falava propriamente de mecanismos processuais que conferissem legitimidade a defesa desses interesses, no entanto, quando estes passam a ter um papel significativo e preponderante no cenário jurídico, como instrumento legal para a sua postulação em juízo, sua relevância torna necessária uma renovação do judiciário, para abarcar essa defesa.⁹³

A partir desse momento, a luta pelos direitos de caráter difuso e coletivo passa a ter um papel de grande destaque, vez que por intermédio dos movimentos sociais, que fomentavam um novo conceito de cidadania, trazendo a baila a concepção da sociedade civil. A emergência desses novos atores coletivos, trouxe uma contribuição fundamental e decisiva para ampliar o acesso à justiça, a partir do momento que inspira uma nova consciência da efetiva possibilidade de participação no processo de construção da própria cidadania.⁹⁴

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos⁹⁵ ensina que a mudança da conjuntura intelectual dominante, baseada em uma visão normativista do direito se deu principalmente devido a dois fatores principais: a discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz, ou a dicotomia do *Law in books – law in action*, presente na sociologia jurídica americana; e as relações entre o direito e o desenvolvimento sócio-econômico, mais especificamente o papel do direito na transformação da sociedade.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 50.

⁹³ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 23.

⁹⁴ ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira. p. 61.

⁹⁵ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. Porto. Edições Afrontamento. 7ª Ed. 1999. p. 143.

A condição social, aqui representada pelas lutas sociais protagonizadas por grupos até então com uma tradição histórica de ação coletiva de confrontação, os negros, os estudantes, e amplos setores da burguesia, possibilitaram a mudança na orientação do direito, o que trouxe uma visão social para a interpretação dos institutos processuais, institucionais e organizacionais do direito, o que se traduziu na luta por novos direitos sociais no âmbito da segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente e qualidade de vida. Esses movimentos que procuravam aprofundar o conteúdo democrático dos regimes tidos do pós – guerra foram resultado dessa nova efervescência dos direitos coletivos, e nesse contexto, as desigualdades sociais foram sendo recodificadas no imaginário social e político, passando a constituir uma ameaça a legitimidade dos regimes políticos assentes na igualdade de direitos.⁹⁶

Na sociedade das massas afluíram determinados conflitos que, dada a sua amplitude, são de interesse geral, envolvendo uma soma de direitos coletivos. A expressão “direitos coletivos” é geral, abrangendo as espécies de direitos difusos e coletivo em sentido estrito, os direitos difusos são mais amplos e se caracterizam pela transindividualidade, pela indivisibilidade e pela indeterminação dos titulares, já os direitos coletivos em sentido estrito se caracterizam pela titularidade de grupo, categoria ou classe.⁹⁷

A mudança do pensamento paradigma da época, de um direito pautado da individualidade, para um direito preocupado com questões coletivas, tem grande influência na necessidade de uma proteção maior do Estado, não à toa a segunda onda renovatória tem íntima relação com a chamada 3ª dimensão dos direitos fundamentais, ainda mais tendo em vista a conjuntura histórica da emergência do *Welfare State* na Europa do pós- guerra.

A filosofia prática da modernidade parte do pressuposto de que os indivíduos pertencem a uma sociedade como membros a uma coletividade, assim sendo, as sociedades modernas se tornaram tão complexas, ao ponto que duas figuras de pensamento – a de uma sociedade centrada no Estado e a de uma sociedade composta de indivíduos – não podem mais ser usadas de forma indistinta. A própria teoria marxista da sociedade convencer-se da necessidade de renunciar a uma teoria normativista do Estado.⁹⁸

⁹⁶ ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira. p. 144.

⁹⁷ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho. 2013. p. 73.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. Vol. 1. 2ª Ed, 2003, p. 17-18.

E foi nessa conjuntura de fatores, aliada a necessidade de proteção desses novos interesses, que a segunda onda criou suas raízes, num clamor que buscava um direito mais social, acessível e preocupado com o coletivo.

A primeira mudança adotada era relacionada a legitimação ativa, que passaram a permitir que indivíduos, ou grupos atuassem em representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma mudança no papel do juiz, e em conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”, devendo ser escolhido um representante adequado para agir em benefício da coletividade, a visão individualista do devido processo judicial se fundiu com uma concepção social, coletiva, para assegurar os chamados direitos públicos, relativos a interesses difusos.⁹⁹

Nesse sentido, a segunda onda aponta para a necessária coletivização do acesso em face da evolução da sociedade que culminou na categorização dos interesses coletivos, fortalecendo a atuação dos litigantes normalmente individuais, com menor custo, em complemento à assistência judiciária. Assim sendo, a representatividade adequada de determinados grupos, na defesa dos interesses coletivos visa, além de derrubar uma barreira procedimental e econômica, garantir uma maior efetividade ao processo em si, a fim de proporcionar soluções jurídicas adequadas, o que se alinha ao alcance substancial do acesso à justiça.¹⁰⁰

Algumas das soluções propostas por Cappelletti e Garth¹⁰¹ giravam em torno da criação de agências públicas regulamentadoras altamente especializadas, ou instituições para garantir a efetivação de certos direitos do público. A finalidade básica da segunda onda era fazer com que os departamentos governamentais representassem os interesses que, até o momento tinham sido negligenciados, dentre as muitas experiências destacam-se a instituição do advogado público nos Estados Unidos, uma experiência pioneira do Departamento de advocacia de Nova Jérsei; e o Ombudsman do consumidor, na Suécia.

No Brasil a tutela coletiva de interesses difusos foi inaugurada pela Lei da Ação Civil Pública – Lei 7347 de 1985, que inicia a aplicação do processo em sua dimensão coletiva, esse movimento juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 desenvolveu a ideia de tutela coletiva de interesses metaindividuais e transindividuais. Em que pese o acima

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 50.

¹⁰⁰ SANTANA, Alexandre Avalo. **Acesso à justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul.

Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 57.

¹⁰¹ CAPPELLETTI;GARTH. op. cit. p. 52-53.

mencionado, a atual lei processual (CPC 2015) não trouxe um capítulo específico dedicado a tutela coletiva, todavia, em seu bojo traz uma clara adesão aos parâmetros de coletivização das demandas, reconhecendo e fomentando as formas coletivas de solução de conflitos.¹⁰²

Nessa toada, é possível perceber que a evolução histórica da sociedade demandou uma evolução no que tange a tutela de direitos coletivos, importantes na concretização do acesso à justiça. A nova complexidade alcançada por essa sociedade trouxe a tona essa necessidade de proteção do coletivo, que passou a ser garantido através desses instrumentos, no entanto ainda há muito espaço para a melhora, que pode ser feita através da disseminação dos instrumentos de efetivação dos direitos para a população, buscando uma maior representação dos setores da sociedade.

2.3.3 A terceira onda

A terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, e vai além, centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e até prevenir disputas nas sociedades modernas.¹⁰³ Nesse sentido, a terceira onda se foca na questão da efetividade dos direitos estabelecidos na primeira e segunda onda, de forma a melhorara o acesso.

Trata-se de uma cláusula totalmente aberta, que abrange todos os mecanismos, técnicos e normativos que possam garantir o acesso à justiça com qualidade, eficiência e segurança, no sentido de concretiza-lo com direito fundamental social. O processo não pode ser um fim em si mesmo, e sim um meio efetivo de solução de conflitos e pacificação social, através da prestação de uma tutela jurisdicional que se mostre adequada.¹⁰⁴

Fazem parte da terceira onda a criação de mecanismos alternativos como a mediação, a arbitragem, órgãos e conselhos de determinadas classes, como consumidores, criança, idosos, ressaltando a existência de mecanismos de prevenção, na tentativa de liquidar o conflito na

¹⁰² SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 58.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 68.

¹⁰⁴ SANTANA. op. cit. p. 59.

nascedouro.¹⁰⁵ Fica claro aqui a tentativa de manter e maximizar os efeitos das primeiras ondas, a partir da criação de novas instituições, principalmente extrajudiciais, para a solução de conflitos.

A terceira onda tem como foco principal a solução de conflitos de forma não judicial, ou seja, fora da estrutura formal e tradicional do Estado, propõe também uma simplificação de procedimentos, e na estrutura dos tribunais, ou até a criação de novas modalidades de órgãos jurisdicionais.¹⁰⁶

Ainda nesse sentido, para Diogo Ciuffo Carneiro¹⁰⁷, a última onda renovatória centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos utilizados para processar e prevenir as disputas da sociedade moderna. Em suma, todo e qualquer aspecto que liga a garantia da ação à efetividade do processo está abarcado pela terceira onda renovatória.

A busca pela forma extrajudicial de resolução dos conflitos é o tema principal da terceira onda, que parte do pressuposto de que existem vários tipos de ações, e vários tipos de litigantes, e assim sendo, cada um deles possui uma forma de resolução, umas mais complexas, outras sem a necessidade de acionar a jurisdição, e é a partir desse entendimento que se elaboram formas mais específicas para lidar com cada desenvolvimento possível.

O objetivo aqui era a classificação das ações de acordo com a sua complexidade, e promover a defesa dos interesses difusos, sinalizando a necessidade de mudança na postura dos envolvidos na atividade jurisdicional, e apontando métodos alternativos de solução de conflitos que possam produzir resultados de forma eficiente em tempo razoável, atendendo a todos os elementos do acesso à justiça.¹⁰⁸

Esse enfoque da terceira onda reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, isso porque, a depender do tipo de litígio, diferentes barreiras ao acesso

¹⁰⁵ BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 23.

¹⁰⁶ ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira. p. 72.

¹⁰⁷ CARNEIRO, Diogo Ciuffo; **A ação – Um Breve Ensaio sobre a sua História, sua natureza Jurídica e a Aplicação da sua Teoria no Estudo do Acesso à Justiça e das Condições da Ação**. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo nº 59, 2008. p. 59.

¹⁰⁸ SANTANA, Alexandre Avalo. **Acesso à justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. p. 60.

podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Em suma, é necessário verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los.¹⁰⁹

O acesso à justiça se consubstancia, não somente o acionamento da jurisdição, mas na efetiva resolução do conflito de forma mais célere para as partes, e é nesse contexto que a resolução de demandas pela via extrajudicial é tão importante. É equivocado pensar que toda a lide será solucionada somente se levada ao judiciário, ao contrário, buscar formas alternativas de solução contribui para uma maior efetividade de acesso à justiça.

2.4. A PUBLICIDADE COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Um dos pontos principais a serem tratados ao se falar na efetivação do acesso à justiça são as demais garantias constitucionais, como já amplamente discutido na doutrina, (falar doutrina) a eficácia de um princípio fundamental está sempre relacionada a eficácia das garantias fundamentais, uma vez que é através desses instrumentos que será alcançado a materialização do acesso à justiça.

Nessa toada, o princípio da publicidade tem papel fundamental na fomentação do alcance ao acesso à justiça. A partir das obras estudadas, notadamente em “O processo”, notamos o quão primordial é a aquisição de informações para a preservação do direito de defesa do réu, e na manutenção de suas prerrogativas.

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LX estabelece que “ a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade, ou do interesse social o exigirem”. Uma análise mais rebuscada revela que em verdade o princípio aqui positivado trata da publicidade para a sociedade, pois é completamente desarrazoada a ideia de qualquer das partes desconhecer o conteúdo do seu processo, muito menos ser vedado a ter acesso ao seu teor.

Em outras palavras, a restrição a publicidade fora daquela hipótese prevista na lei é inconstitucional, a garantia da publicidade nas investigações criminais e no processo penal são princípios fundamentais do Estado de Direito, pois assegura que a persecução penal será

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 71-73.

exercida de forma transparente, proporcionando também a verificação da regularidade das posturas adotadas pelo Estado, a na observância das demais garantias processuais. Nesse sentido pode-se afirmar que a publicidade confere legitimidade à decisão proferida no processo.¹¹⁰

Nesse seguimento, Rodrigo Mansur Magalhães da Silveira¹¹¹ explana que em outro aspecto a publicidade também exerce papel na atuação de outras garantias, através do acesso irrestrito às partes, procuradores e juízes a todas as informações constantes dos autos, assim propiciando um contraditório pleno e o exercício da ampla defesa.

A falta dessa garantia tem como consequência o que François Ost¹¹² chama de fracasso da triangulação ética, que se mostra nas narrativas kafkianas em execuções sem julgamento, julgamentos sem inquérito, e inquéritos sem falta de preliminar. Como se a sombra do castigo ocupasse todo o espaço e preenchesse todo o tempo, barrando a origem da lei, como se o homem devesse pagar com a vida o simples olhar dirigido a ela.

¹¹⁰ SILVEIRA; Rodrigo Mansour Magalhães da. **A publicidade e suas limitações – A tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. 2010. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho.

¹¹¹ SILVEIRA, op. cit., p. 10.

¹¹² OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005.

3 EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS

Perfazendo a questão da efetividade do acesso à justiça, também podemos chegar a conclusão de que essa efetividade está intimamente ligada a efetivação de outros direitos, como liberdade, igualdade, informação, dentre outros. Por fim, trata-se de tema importantíssimo na atualidade, verificar, através da ferramenta da literatura se esse princípio constitucional está sendo efetivado.

O princípio da efetividade é um dos princípios constitucionais processuais mais relevantes, sendo que sua relação com a acesso à justiça é indistintamente forte. O próprio conceito de acesso à justiça envolve a ideia de efetividade da norma, ou seja, não basta garantir o acesso à justiça com uma porta de entrada, impondo-se também o acesso á justiça com uma porta de saída, que é uma decisão final justa e eficaz.¹¹³

Um desafio permanente que se impõe aos atores jurídicos é o de compreender o papel da Constituição e os efeitos de seu conteúdo normativo. É sabido que as normas constitucionais, especialmente aquelas voltadas à garantia de direitos fundamentais sociais, pecam pela inefetividade, e que, o projeto encartado pelo texto constitucional não consegue se impor de forma plena no contexto brasileiro. Os números estatísticos pátrios demonstram o abissal déficit existente entre o planejado pelos constituintes e a realidade vivida no país.¹¹⁴

A eficácia jurídica é um atributo associado às normas, e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas. O natural seria que pudessemos exigir do poder judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir, e que por alguma razão, não veio a acontecer espontaneamente. Assim sendo, exigir que ela produzisse efeitos no mundo dos fatos de forma coercitiva.¹¹⁵

Nesse sentido, a força normativa dos direitos humanos diz respeito a concretização das respectivas normas, sejam elas constitucionais, legais ou jurídico-internacionais. Portanto, a

¹¹³ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008, p. 175.

¹¹⁴ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1, p. 47-56, 2011. loc.cit.

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002. p. 59.

concretização consiste na construção do sentido da norma jurídica a ser aplicada, a um caso determinado, essa acepção técnica diz respeito a possibilidade de distinguir a realização enquanto eficácia e efetivação da norma.¹¹⁶

A força normativa envolveria tanto a concretização quanto um certo grau socialmente relevante de realização da norma. A descaracterização do processo concretizador com decisões totalmente incompatíveis com o sentido semântico do texto normativo, ou simplesmente, a insuficiente realização da norma, significa a carência de sua força normativa.¹¹⁷

A despeito da existência de outras formas de controle social, o Direito se apresenta como a forma predominante, tendo em vista que tanto no seu nascer, como na sua realização, pressupõe a presença de um poder. Assim, a norma jurídica enquanto forma de expressão do Direito é elaborada por um ato de autoridade, e sua aplicação necessita de uma presença ativa desse poder. Então, a caracterização da norma jurídica enquanto forma de expressão do Direito, pressupõe a existência de poder, a norma deve conter elementos que produzam, ou tenham a potencialidade de produzir os efeitos almejados por quem legitima a produção dessa norma jurídica, no caso, a sociedade, o povo.¹¹⁸

Não se pode olvidar que a autoridade que emana do Direito é primordial no sistema jurídico, seja na criação das normas, seja como forma de proteção do indivíduo. O que se questiona aqui é a aceitação dessa norma, criada pela autoridade, na sociedade, se de fato a sua concretização se dá de forma plena, ou o mais próximo disso, objetivando a maior efetividade do direito positivado.

Deve se perceber que passamos a viver em uma época de profundas transformações, em que o Direito já não cabe mais nas ordens escritas e positivadas que sempre foram tidas como intangíveis e bastantes em si. A superação dessa concepção estritamente legalista trouxe consigo uma modificação da noção de ordenamento jurídico vigente, passando essa ordem a estar mais aberta a valores que sempre permaneceram a realidade do Direito, mas que não faziam parte de seu domínio.¹¹⁹

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 417.

¹¹⁷ *Ibden.* loc. cit.

¹¹⁸ CAVALCANTE, Marcos Torres. Considerações acerca da eficácia dos princípios segundo Pontes de Miranda e Robert Alexy. **Revista do mestrado em direito**. Alagoas. V. 1, n. 1. 2005. p. 312.

¹¹⁹ BOMFIN, Thiago Rodrigues de Pontes. Acesso à justiça como requisito indispensável à delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do mestrado em direito**. Alagoas. V. 1, n. 1. 2005. p. 435.

Ora, se o Estado de Direito pressupõe a capacidade de impor coativamente as determinações estabelecidas pela ordem jurídica, a eficácia simétrica ou positiva é o instrumento que melhor realiza esse desiderato. Exatamente por esse motivo essa deve ser a eficácia associada com as normas gerais, salvo quando haja alguma razão específica em contrário.¹²⁰

Para J. J. Calmon de Passos¹²¹ o jurídico coabita, necessariamente com o político e com o econômico, o processo não é um instrumento neutro, muito menos estritamente técnico, ele está carregado de significação política com múltiplas implicações econômicas. E nesse sentido, não constitui despropósito associar-se o processo com a democracia, porquanto com esse relacionamento, pretende-se denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional, e tornar manifestos os vínculos que o prendem ao processo econômico.

Certamente que apenas a enunciação da relevância dos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas não garante a sua observância e inflexão na vida real. Sem a concretização desses direitos por meio das garantias institucionais, de sua efetivação pelos Estados, o ideal enunciado no nosso ordenamento pátrio jamais será alcançado.¹²²

Nesse ponto, cabe um estudo aprofundado da eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento, de sua aplicação, e mais importante, de sua efetividade no plano material. Dessa forma, passemos a uma breve introdução sobre as teorias de eficácia dos princípios constitucionais, para em tópicos posteriores adentrar no princípio da efetividade das normas.

3.1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “eficácia” engloba uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, sendo um ponto de suma importância para o entendimento e estudo da Constituição, na medida em que intimamente ligado a força normativa de seus preceitos.¹²³ Poderíamos dizer que a eficácia é apreendida na análise da norma de forma abstrata, a aplicabilidade é verificada

¹²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002. p. 62.

¹²¹ PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) Participação e processo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 83.

¹²² BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho. p. 106-107.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015. p. 243.

na caso concreto. Assim, a norma eficaz poderá não ter aplicabilidade em determinado caso concreto.¹²⁴

Nesse ponto cabe uma rápida ponderação acerca da diferenciação entre texto e norma. Para Humberto Ávila¹²⁵ “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas em seu sentido”.

Deve-se partir do pressuposto de que não há necessariamente uma relação entre dispositivo e norma, não há uma correspondência biunívoca entre eles, isto é, onde houver um, não terá que obrigatoriamente ter o outro. Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma.¹²⁶

Acreditamos que este seja o caso do acesso à justiça, uma única norma, composta por diversos dispositivos. Explica-se, o princípio em epígrafe só pode ser alcançado através de vários dispositivos diferentes, o exercício do acesso à justiça tem como imprescindível a concretização de diversas outras questões, em verdade ele se manifesta na realização da publicidade, da assistência judiciária, da positivação de instrumentos de defesa dos direitos coletivos, entre outros, sendo um complexo de diversas condutas previstas pela Carta Maior que corporificadas no plano material consolidam o acesso à justiça.

Nesse ínterim, cabe ressaltar que a doutrina pátria tradicionalmente distingue as noções de vigência e eficácia, situando-as em planos diferenciados. A vigência seria a qualidade da norma que a faz existir juridicamente, tornando-a de observância obrigatória, seria a vigência um pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz.¹²⁷

Para José Afonso da Silva¹²⁸ o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais tem início nas incertezas terminológicas que dificultam a solução e a formulação científica, a exemplo dos termos vigência e eficácia. Contudo, deve se ter em mente que esses termos tem conotações próprias e não se confundem numa sinonímia jurídica.

¹²⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 221.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Editora Malheiros. 10ª Ed. 2009.

¹²⁶ *Ibden*. p. 31.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015. p. 244.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998. p. 63-64.

Ainda nessa toada, vigente é o direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz, que se insere na conduta dos homens em sociedade e não simplesmente o que se contém na letra da lei. Sob essa perspectiva é que se costuma dizer que muitas normas constitucionais, principalmente as programáticas, não adquirem vigência enquanto uma lei ordinária ou complementar não as atuar efetivamente.¹²⁹

O processo de eficácia e efetividade de uma norma perpassa pela sua necessária interpretação pelo aplicador do direito, e nesse sentido a atividade do intérprete, seja ele julgador ou cientista, não consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos, sua atividade constitui em construir esses significados. Não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.¹³⁰

Sanadas essas questões referentes distinções linguísticas e classificações, passemos ao exame da eficácia propriamente dita. Salienta-se que a eficácia será estudada tendo como base sua aplicação nos princípios, que é o ponto central do presente trabalho.

3.1.1 Teoria da eficácia dos direitos fundamentais

A eficácia deve ser visualizada em dois aspectos, interna e externa. Na eficácia interna as normas atuam sobre as outras normas num mesmo sistema jurídico, definindo lhes valores e sentidos. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente as regras. Assim sendo, os princípios são normas importantes para o sentido e a compreensão das regras.¹³¹

Por outro lado, na eficácia externa, as normas na atuam somente sobre a compreensão de outras normas, elas atuam sobre a compreensão de fatos e provas. Quando se aplica uma norma jurídica é preciso decidir, dentre todos os fatos ocorridos, quais deles são pertinentes, e quais são adequados para interpretar os fatos. As normas jurídicas são decisivas para a interpretação

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998. p. 64

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Editora Malheiros. 10ª Ed. 2009. p. 32

¹³¹ *Ibden*. p. 97.

dos próprios fatos, não se interpreta a norma depois do fato, mas o fato de acordo com a norma, e a norma de acordo com o fato de forma simultânea.¹³²

Noutro ponto, a eficácia de uma norma também poderá estar relacionada à sua dimensão subjetiva ou objetiva. Na primeira, a questão que se busca solucionar reside em saber quais os efeitos que se pode esperar de uma norma jurídica, qual o seu significado para o ordenamento, em suma, qual o seu efeito perante o sujeito de direito.¹³³ A eficácia em seu aspecto subjetivo vai dizer relativamente aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, lembrando que estes funcionam como direitos subjetivos, quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, no que se chama de função de defesa ou resistência (*abwehrfunktion*) e função protetora (*schutzfunktion*).¹³⁴

Os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados em dois grandes grupos, os direitos de defesa (liberdade, igualdade, sociais e políticos) e os direitos à prestações. Em relação ao primeiro grupo, pode se afirmar que estes estão ligados a uma abstenção por parte do Estado, assumindo uma feição de direitos subjetivos, inexistindo qualquer dúvida sobre a sua aplicabilidade imediata, em contrapartida, o mesmo não ocorre com os direitos à prestações, estes por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, o que leva boa parte dos autores a lhes negarem aplicabilidade imediata, e em razão disso, plena eficácia.¹³⁵

A eficácia de uma norma, notadamente de um princípio deve atender as mais diversas classificações, que irão determinar o grau de eficácia que lhe será devido. Nota-se que os princípios subjetivos, aqueles que versam sobre a proteção do indivíduo tem eficácia imediata e aplicabilidade plena. O princípio do acesso à justiça, como um direito fundamental de segunda geração, que se encaixa como um direito de defesa, teria a priori aplicabilidade plenamente eficaz, contudo, como vem sendo abordado durante boa parte do presente trabalho, esse não é necessariamente o caso.

A Constituição de 1988 é inovadora na previsão de direitos e garantias fundamentais, sendo um marco jurídico na transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos

¹³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Editora Malheiros. 10ª Ed. 2009. p. 99.

¹³³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 222.

¹³⁴ ÁVILA. op. cit. p. 102.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015. p. 268.

direitos fundamentais. Desde o seu preâmbulo a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, nesse ponto, a judicialidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.¹³⁶

Nesse sentido, não se discorda que as normas constitucionais tem eficácia e valor jurídico diversos umas das outras. Não há norma constitucional de valor meramente moral, ou de conselho, todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático. A partir disso temos que, não há norma constitucional destituída de eficácia, todas elas irradiam efeitos jurídicos. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos.¹³⁷ Portanto, constata-se que a eficácia jurídica é a conduta devida que se subsume da proposição jurídica, e que, de forma necessária e consequente pode ser reclamada judicialmente.¹³⁸

Então, para fins de caracterização do tipo de eficácia que é devida ao princípio do acesso à justiça, primeiro deve-se classificá-lo dentro das categorias previamente apresentadas. Em *prima face*, o acesso à justiça é um princípio fundamental social, cabe mencionar que é majoritário o posicionamento de conferir eficácia imediata as normas que versem sobre direitos fundamentais. Noutra toada, o acesso à justiça também é considerado um direito de defesa, ou subjetivo, que, como já abordado em tópico próprio, traz consigo a aplicabilidade plena. Por fim, completando a classificação trazida por José Afonso da Silva¹³⁹ seria possivelmente integral.

Em suma, o acesso à justiça seria uma norma de eficácia contida. Isso porque, seria uma norma que incidiria imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados, mas ao mesmo tempo preveem meios ou conceitos que permitem manter a sua eficácia contida em certos limites, em certas circunstâncias. Seria uma norma de aplicabilidade direta, imediata, e

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo. Editora Saraiva. 15ª Ed. 2015. p. 92.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998. p. 81-82.

¹³⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 224.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998.

possivelmente não integral, porque sujeitas a regulamentação que limite a sua eficácia e aplicabilidade.¹⁴⁰

Para mais, ainda há que se falar da eficácia protetiva dos direitos fundamentais, que, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴¹, se manifestaria mediante uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada, se comparadas as demais normas constitucionais, impondo que esses princípios sejam protegidos, sob pena de esvaziar-se a dignidade na ordem constitucional. Essa proteção jurídica reforçada, peculiar aos direitos fundamentais, não deixa de ser um dos efeitos jurídicos, que fazem parte da sua dimensão de eficácia.

Nessa toada, deve-se ater que a positivação constitucional dos direitos e garantias individuais se destina a promover a limitação jurídica do poder político em prol da proteção do indivíduo, escopo que integra a essência do constitucionalismo moderno, desde de sua gênese, até as revoluções burguesas. Assim sendo, a previsão constitucional desses direitos e garantias tem como finalidade a obtenção de prerrogativas inerentes a dignidade da pessoa humana, de forma a evitar que maiorias políticas ocasionais coloquem em risco a sua tutela.¹⁴²

Em primeiro lugar, os princípios descrevem um estado de coisas a ser buscado, no entanto sem definir previamente o meio cuja adoção produzirá efeitos que contribuirão para promovê-lo, ou seja, ela identifica fins e valores a serem perseguidos, ao mesmo tempo que diz pouco sobre os meios para persegui-los. O segundo ponto, é que, os princípios justamente porque apenas apontam finalidades a serem alcançadas, normatizam uma parte da controvérsia e necessitam da complementação de outros princípios.¹⁴³ A sua eficácia social pode não ser alcançada em sua potencialidade por conta desse fatos.

3.2 EFICÁCIA SOCIAL: A EFETIVIDADE DAS NORMAS

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998. p. 82-83.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015. p. 268. p.423.

¹⁴² BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas; Em que medida;. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 452.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Editora Malheiros. 10ª Ed. 2009. p. 101.

Como instrumento de realização da justiça social, o processo não pode ser compreendido com um fim em si mesmo, ele deve sempre assegurar a dignidade da pessoa humana a fim de garantir a efetividade de direito substancial. Para a concretização do direito não basta a declaração pelo poder judiciário, sem a efetivação dos comandos garantidores de direitos fundamentais presentes na CF, o Estado Democrático de Direito não se realiza plenamente.¹⁴⁴

Pode-se afirmar, sem exageros, que o Estado que produz uma decisão favorável ao demandante, porém eficaz, quando a mesma tem ou poderia ter condições de eficácia, na realidade negou o acesso à justiça. Em outras palavras, na prática a situação de uma sentença ineficaz, quando poderia ter a condição de eficácia não é diferente da situação de falta de sentença, ou mesmo a da direita e franca negação de acesso à justiça no sentido estrito da expressão.¹⁴⁵

Desde que se concebeu o processo como instrumento ético, a efetividade tem sido um tópico relevante nas discussões dos estudiosos da doutrina processual civil. A morosidade do poder judiciário, o abarrotamento dos tribunais de processos, o amplo sistema recursal, dentre outros aspectos, inspiram as mais variadas reformas legislativas. A atenção dirigida à efetividade do processo é fruto da constatação de que o processo estruturado sobre os postulados da revolução burguesa, cujos institutos, mesmo após mais de dois séculos da sua eclosão, ainda aparecem arraigados, não só na letra da lei, mais também, na sociedade e na doutrina de modo geral.¹⁴⁶

Na década de 90 do século passado o Estado brasileiro foi remodelado, e por meio dessa reforma gerencial, capitaneada por Bresser-Pereira, em pleno Governo Fernando Henrique Cardoso, a eficiência administrativa foi lançada ao rol de princípios da Administração Pública, previsto no art. 37 da CF. Com tal inserção, a ação eficiente não se tornou apenas mais um princípio no rol, mas em verdade um princípio que serviu como paradigma vinculador ao novo modelo de Estado.¹⁴⁷

¹⁴⁴ RAMOS, Hebe Pires. **Acesso à justiça e princípio da efetividade por meio do modelo da justiça restaurativa: Em busca da restauração do tecido social na aplicação de medidas socioeducativas**. 2017. Tese (Mestrado em direitos humanos) – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Pelizzoli. p. 59-60.

¹⁴⁵ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008, p. 175-193. p. 176.

¹⁴⁶ BRITO, Altina Fabiane de Oliveira. **O princípio da efetividade: implicações históricas e atuais**. 2006. Tese (Especialização em direito processual civil) – Faculdade Jorge Amado – Unijorge, Salvador. p. 27-28.

¹⁴⁷ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1. 2011. p. 51.

Princípio em epígrafe se relaciona com o acesso à justiça de forma íntima, não pode conceber a acesso justiça sem a efetividade das normas, ou da decisão judicial, são conceitos complementares, que importam a realização material dos direitos e garantias fundamentais positivados no ordenamento, mandamentos que possibilitam o alcance das normas constitucionais.

Verifica-se assim, que o conceito de efetividade é formado pelas noções de eficácia, adequação e tempestividade, que dão a este princípio uma conotação eminentemente instrumental, uma vez que se mostra como ponte para o acesso a um processo justo, mas que, por si só não é capaz de alcançar seus tutelados.¹⁴⁸

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o estudo sério a respeito da efetividade no campo da ciência do direito, perpassa obrigatoriamente o estudo da implementação dos direitos fundamentais, isso porque, não e pode conceber um Estado Democrático de Direito, cujos os alicerces são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sem que estejam implementados os direitos fundamentais.¹⁴⁹

Nessa toada, tudo o quanto exposto até o momento revela que um verdadeiro processo devido em direito protege não apenas o direito violado, mas também aquele ameaçado de violação, não basta a tutela repressiva, mas é imperiosa a garantia da tutela inibitória, que pode ser alcançada através da tutela antecipatória ou cautelar. Tudo isso apenas para garantir a eficácia das decisões, e do acesso à justiça.¹⁵⁰

Deve-se ter em mente que a textualização, ou concretização (*Vertextung*) das normas sugere sua dissociabilidade do processo de decisão, ou seja, as normas uma vez textualizadas tornam-se objeto de decisões próprias, trata-se de um círculo auto-referencial, e não somente de uma interação. A decisão não seria decisão, caso não reagisse à expectativa da norma, e

¹⁴⁸BRITO, Altina Fabiane de Oliveira. **O princípio da efetividade: implicações históricas e atuais**. 2006. Tese (Especialização em direito processual civil) – Faculdade Jorge Amado – Unijorge, Salvador.p. 31.

¹⁴⁹ CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Urgências de tutela processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito**. Curitiba. Editora Juruá, 2008, p. 80.

¹⁵⁰ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008. p.176-177.

inversamente, a norma não seria norma caso a decisão não fosse produzida, e nesse sentido, a norma de um sistema é capaz de evoluir graças a esse sistema.¹⁵¹

A efetividade de uma norma está diretamente ligada a sua capacidade de produzir efeitos no mundo fático, de ser concretizada através de uma decisão. Tem-se aqui um ciclo que se retroalimenta, a partir do momento que a decisão só é efetiva e válida se pautada em norma jurídica, o que em contrapartida só será possível se ela for socialmente aceita, gerando uma sentença eficaz, válida e efetiva.

Fica bastante claro que a eficácia social depende da verificação anterior e necessária da eficácia jurídica, uma vez que só se pode constatar a operatividade da norma no mundo dos fatos se já se sabe de antemão que tipos de conduta se pode esperar em face do dever ser que ela emana. Via de regra, a eficácia social é obtida em face a obediência espontânea das normas, até porque não é cabível que uma ordem se sustente somente com base na força.¹⁵²

Nesse sentido, o funcionamento sem atritos do direito e sua responsabilidade social, deve ser tido como um de seus valores primordiais. Desde a desvalorização das construções jusnaturalistas do contrato, a teoria jurídica (*Rechtstheorie*) reconhece que o direito tem origem na coação (*gewalt*) e que se justifica através de sua função e de suas especialidades próprias. A causa geradora dessa coação é ao final esquecida, sendo somente utilizada para estabelecer uma assimetria dentro da qual o direito é sempre o que torna possível as construções e as modificações jurídicas.¹⁵³

A eficácia social portanto, estaria ligada a capacidade de transformação do direito, dentro da sociedade, nesse sentido, a máxima de Condorcet¹⁵⁴ segundo a qual “o direito está no último comboio das transformações sociais” nos mostra como muitas vezes o direito, que deveria estar na vanguarda dos avanços sociais, acaba ficando para trás, trazendo como uma dessas consequências a inefetividade de suas normas.

Para Derrida¹⁵⁵ o direito é essencialmente desconstruível, isso porque ele é fundado sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, e essa capacidade mutável, por muitas vezes

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André Jean (Org.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 36-37.

¹⁵² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 227-228.

¹⁵³ LUHMANN. op. cit. p. 37-38.

¹⁵⁴ Marquês de Condorcet

¹⁵⁵ DERRIDA, Jaques. **Força de Lei**. Rio de Janeiro Editora Martins Fontes, 2018. p. 26-27.

é necessária para melhorar o direito. A desconstrução do direito nada mais seria do que a própria justiça.

A efetividade se traduz em participação social nas tomadas de decisões, em um processo democrático. Há um processo democrático quando ele possibilita participação em seu desenvolvimento e solução de pessoas a ele ligadas. No processo penal democrático a liberdade não deve ser encarada numa ótica liberal-individualista, mas numa perspectiva social, inserida no próprio conceito de democracia.¹⁵⁶

3.1.2 Efetividade da tutela jurisdicional

A defesa de uma garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva não é nenhuma novidade legislativa. Há bastante tempo grande parte da doutrina tem interpretado o art. 5, XXXV, da CF, no sentido de que não basta garantir o mero acesso à justiça sem garantir que a jurisdição atue de forma a entregar ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional efetiva. Em outras palavras, essa tutela efetiva significa que devemos privilegiar a celeridade na prática dos processuais.¹⁵⁷

A garantia da efetividade da tutela jurisdicional perpassa pela ideia de incorporar princípios e garantias a processualística. A democratização da norma processual brasileira, tem como objetivo a harmonização desta com os ditames constitucionais, que fixa como direito fundamental do cidadão o pleno acesso à justiça, que só pode se concretizar, tornando-se realidade além da letra fria da lei, através das ferramentas legislativas necessárias.¹⁵⁸

A característica material mais acentuada das normas jurídicas é a força de incidência, através da qual se opera a transformação do suporte fático em fato jurídico. No século XIX, Thomas Cooley propôs uma classificação das normas constitucionais baseada em sua aplicabilidade, que se dividiriam em normas auto-aplicáveis (*self-executing, not self-enforcing*) e normas não

¹⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1988, p. 350.

¹⁵⁷ CARTAXO, Azevedo Hamilton; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. A efetividade da prestação da tutela jurisdicional e a possibilidade de dispensa do relatório da sentença, em face do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. **Revista Jurídica**. Porto Alegre. Ano 56, nº 366, abril/2008. p. 29.

¹⁵⁸ ARANTES, Evandro Borges. A essência democrática do novo código de processo civil e as reflexas inovações para o exercício da advocacia e para a efetividade da acesso à justiça. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p. 47.

auto-aplicáveis (*not self-executing, not self-enforcing*). No entanto, Pontes de Miranda percebeu que o ponto de partida para a classificação de uma norma deve ser a incidência, e não a aplicabilidade.¹⁵⁹

A incidência é elemento essencial, indispensável e imprescindível à criação do fato jurídico, somente após a incidência é que se poderá verificar a aplicabilidade, ou seja, a possibilidade de se invocar autoridade estatal para aplicar a norma que incidiu. Por conta disso, o referido jurista alagoano preferiu chamá-las regras jurídicas bastantes em si e regras jurídicas não bastantes em si.¹⁶⁰

A dicotomia dessas normas jurídicas bastantes e não bastantes em si é de grande importância para a análise dos direitos fundamentais. Um dos grandes desafios da hermenêutica constitucional consiste na distinção entre normas que estão aptas a incidir e as que dependem de regulamentação infraconstitucional para atuar como elemento criador do fato jurídico.¹⁶¹

Ao falar da inclusão de princípios como forma de democratização do processualismo o primeiro conceito que vem a mente é o de igualdade, nesse sentido esta se perfaz em um princípio constitucional essencial para a construção de uma sociedade mais justa. Se por um lado o princípio em epígrafe trás a exigência de uniformização das decisões para a consolidação formal da justiça, é necessário se atender as peculiaridades de cada caso concreto, para que a igualdade formal não seja ao fim um erro ao desatentar à medida da desigualdade decorrente das relações sociais.¹⁶²

Sob outro ângulo, também é preciso convir, sobre todos os aspectos, que quando o Estado está na posição de litigante, ela normalmente se apresenta como parte mais forte da relação jurídica, ante todo o aparato e poderes que dispõe, sem contar os abusos que seus agentes, não raro, cometem, o que por consequência gera no cidadão comum uma dificuldade em enfrentar o Estado. E essa diferença é justamente a razão de o princípio da igualdade material é ferramenta

¹⁵⁹ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em direito**. Alagoas. V. 1, n. 1. 2005. p. 33-34.

¹⁶⁰ *Ibden. loc. cit.*

¹⁶¹ *Ibden. loc. cit.*

¹⁶² VIEIRA, Márcia Mesquita. A efetividade da prestação jurisdicional como escopo central no novo código de processo civil. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p.127-128.

essencial a efetivação do acesso à justiça, na medida em que fomenta o tratamento diferenciado para aqueles que necessita.¹⁶³

Após à promulgação da Constituição Federal de 1988 o rol de garantias e direitos fundamentais e direitos humanos foi consideravelmente ampliado, além de qualificar o cidadão como bem maior e priorizar a vida. A aplicação da lei penal teve regras impostas e diversos princípios corroborados como a dignidade da pessoa humana, *in dubio pro reo*, devido processo legal e a individualização da pena. Ao pensarmos na efetividade do acesso à justiça no processo penal nos deparamos podemos perceber que o descaso social e estatal e a falta de políticas públicas manifestam um cenário onde o acesso à justiça é barrado.¹⁶⁴

A participação no processo penal pode ser dar das formas mais diversas. Em relação à vítima, surge a possibilidade de dar início ao próprio processo, através de ação penal privada, exclusiva ou subsidiária da pública. Essa última permite uma fiscalização sobre a atuação do Ministério Público, abrindo a lei margem a que seja superada a sua inércia.¹⁶⁵

Observando a lógica das obras literárias que serão estudadas em capítulo próprio, fica clara a relação entre a inefetividade do acesso à justiça e as situações vivenciadas pelos protagonistas dos romances. A falta de eficácia social gera repercussões catastróficas que ecoam tanto na esfera objetiva, em relação ao falta de acesso ao trâmite do processo e seu conteúdo, quanto na esfera subjetiva, quando analisamos a falta de conhecimento do direito pelas camadas sociais mais baixas. E nessa ótica, é preciso entender como essa efetividade se dá dentro do processo penal.

3.2.1 Efetividade x Eficiência

Em um primeiro momento pode parecer, a quem faz uma leitura apressada, que os significados de efetividade e eficiência se confundem, que tratam das mesmas coisas. Contudo, em

¹⁶³ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008.

¹⁶⁴ ALCÂNTARA, Fernanda Pontes. O princípio constitucional da individualização da pena e sua efetividade na execução penal por meio das comissões técnicas de classificação. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p. 287-288.

¹⁶⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 352.

realidade, tratam de significantes com significados colidentes.¹⁶⁶ Nesse ponto, cabem algumas ponderações sobre essas distinções, que passarão a ser expostas no presente tópico.

A eficiência constitui marca epistêmica do neoliberalismo, trazendo consigo os códigos fundantes da alocação de riquezas na lógica custo-benefício. Nesse sentido, uma ação eficiente é guia do *homo oeconomicus*, sujeito referência do ideologismo econômico, que na pretensão de ser neutro, estaria sempre impulsionando a busca de seus interesses de bem estar e prazer, seria concebido como incessante consumo e busca por aumento de riquezas próprias, nesse sentido, a lógica eficientista baseia-se na concepção de custos.¹⁶⁷

A aplicação do direito depende de uma técnica jurídico-processual, tendo em vista a efetividade dos conteúdos previstos e tutelados pela lei se dá pelo processo, o que denota uma lei atuando conforme os seus critérios. Ademais, a eficiência do judiciário também está atrelada a fatores como o exercício permanente de uma atividade fiscalizatória por parte dos órgãos internos do CNJ e das corregedorias, bem com dos demais órgãos, entidades e profissionais que diante dele atuam.¹⁶⁸

Um dos efeitos mais prejudiciais da confusão entre esses dois conceitos diz respeito à ao discurso de uma “máquina pública eficiente” é prejudicial aos efeitos da nação, poucos são os dirigentes que não defendem um Estado eficiente. O problema disso no âmbito jurídico é que o modelo eficiente é manifestamente incompatível com as normas da Constituição de 1988, que traz consigo um modelo de Estado voltado a recompor o *défict* social existente.¹⁶⁹

Entretanto com o modelo eficientista, com a lógica custo benefício que ela encarta, o que passa a respaldar uma verdadeira Constituição econômica, o que gera uma grande anacronismo. Direitos fundamentais sociais demandam uma postura interventora e positiva do Estado, o que se choca com o receituário de custos, o eficientismo procura um Estado mínimo, sonegador

¹⁶⁶ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008.loc. cit.

¹⁶⁷ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1. 2011. p. 52.

¹⁶⁸ CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Urgências de tutela processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito**. Curitiba. Editora Juruá, 2008. p. 88-91.

¹⁶⁹ MARCELLINO;ROSA. op. cit. p. 53-54.

de direitos, em detrimento do absoluto de um Estado social como aquele sonhado pelo constituinte de 1988.¹⁷⁰

Assim sendo, deve-se ter em mente que o ideal aqui proposto é o da efetividade do acesso à justiça, sua manifestação no plano fático, que se realiza através da ação direta e indireta do Estado. E para isso é necessário que as normas postuladas sejam válidas e eficazes.

O direito só tem validade (*gilt*) sobre o fundamento das decisões que o colocam em vigor, no interior do sistema jurídico deve-se acreditar nessa validade. O direito positivo tem validade porque ele poderia ser modificado através de uma decisão, ele tem validade sobre o fundamento de sua revogação podendo alcançar uma durabilidade sólida, a validade repousa sobre a possibilidade de sua negação.¹⁷¹

A efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Nesse sentido, a parte somente precisa pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito, portanto, a ineficácia ou inefetividade significa a verdadeira denegação dessa mesma tutela, uma vez que não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição.¹⁷²

Nesse sentido, podemos depreender que a participação tem íntima relação com a efetividade da tutela jurisdicional feita pelo Estado, principalmente se voltarmos nosso foco para o processo penal, onde de forma ainda mais evidente a não concretização das garantias e direitos fundamentais, tais como a publicidade, o contraditório e a ampla defesa, gera consequências ainda mais gravosas se comparadas a outras searas do Direito. Em suma, a incorporação desses princípios ao ordenamento contribui para uma maior efetividade da tutela do Estado, que passa materializar com mais diligência o acesso à justiça.

3.3 PRINÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

¹⁷⁰ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1. 2011. p. 52.

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André Jean (Org.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 75.

¹⁷² RAMOS, Hebe Pires. **Acesso à justiça e princípio da efetividade por meio do modelo da justiça restaurativa: Em busca da restauração do tecido social na aplicação de medidas socioeducativas**. 2017. Tese (Mestrado em direitos humanos) – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Pelizzoli. p. 60.

Primeiramente cabe salientar que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não se confunde com o próprio acesso à justiça, e sim um meio através do qual esse acesso pode ser alcançado.

No Brasil a jurisdição é única, não podendo em hipótese alguma haver a recusa de exame de lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de o Estado não exercer a função que lhe é atribuída pela CF. A não pronúncia do Poder Judiciário sobre questão levada a seus órgãos resultará em uma denegação de justiça, vez que o Estado é incumbido de proteger as liberdades públicas, e dar guarida a qualquer reclamo de lesão a direitos individuais e coletivos.¹⁷³

O conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional depende fundamentalmente da organização político-constitucional do Estado, do seu direito positivo. Os Estados contemporâneos do ocidente estão em sua grande maioria estruturados sob a influência do princípio da separação dos poderes, concebido como uma doutrina sistemática por Montesquieu, que em sua concepção clássica pressupõe a tripartição das funções do Estado em legislativa, executiva e jurisdicional.¹⁷⁴

A teoria da separação dos poderes recebeu consagração na Revolução Francesa, tornando-se um dos dogmas constitucionais do Estado moderno. Em que pese ao passar dos anos essa teoria tenha evoluído, recebendo as mais variadas configurações, se adaptando as exigências de cada Estado. No entanto, algo que se manteve imutável foi existência dessa função de controle jurisdicional, ponto crucial do regime constitucional.¹⁷⁵

Nesse ponto, resta clara a influência do princípio da separação dos poderes na atividade judicante do Estado, no Brasil a Constituição Federal o alçou a cláusula pétrea, e a partir desse entendimento pode-se entender com mais clareza a inafastabilidade do controle jurisdicional como ferramenta importante na concretização do acesso à justiça.

A discussão acerca das formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, é tarefa que se impõe aos juristas atualmente no Brasil. Isto porque a realização dos direitos previstos na Constituição - quer sobre a forma de preceitos, quer sobre a forma de princípios - não pode

¹⁷³ HENTZ, Luiz Antonio Soares. A proteção aos direitos do cidadão e o acesso á justiça. **Revista de direito constitucional e internacional**. Abr – Jun 1993, p. 992.

¹⁷⁴ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1980. p. 8

¹⁷⁵ *Ibden*. p. 9-13.

depender apenas de mecanismos que afastem o cidadão. No Brasil a “baixa constitucionalidade” já presente durante séculos e é fator preponderante para a inefetividade da CF que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de pré-compreensão acerca da revolução pela qual passou o constitucionalismo contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor que representa a CF.¹⁷⁶

Continua Lênio Streck¹⁷⁷ que o acontecer (*ereignen*) da Constituição não foi tornado visível, pois em seu processo de criação não foram criadas condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do ente “Constituição”. E nesse ponto, no estado Democrático de Direito, a justiça constitucional assume lugar de destaque.

Observa-se que os meios de solução de conflitos encampados pelo direito ao acesso à justiça podem ser fundamentados em estruturas de autocomposição ou de heterocomposição de litígios. Essa dicotomia de estruturas também é útil para compreender o âmbito de atuação das prestações estatais com vistas a solução de conflitos. Assim, é certo que a jurisdição é uma atividade de exercício do poder do Estado, na qual se faz presente a atuação de um próprio órgão do Estado, que atuando como um terceiro imparcial, impõe as partes um comando com vistas a solução do conflito.¹⁷⁸

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado de princípio do direito de ação ou do direito a jurisdição, significa que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do poder judiciário, nem mesmo por lei. Em assim o sendo, é direita a relação do princípio em epígrafe com o princípio do acesso à justiça, uma vez que as ideias de direito a ação, ou direito a jurisdição já envolvem em si mesmas a ideia de acesso à justiça.¹⁷⁹

Assim, como consectário lógico, seria inimaginável se pensar em acesso à justiça sem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a partir do momento em que fosse dada a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional se estaria claramente negando o acesso à justiça. Vale dizer que esse princípio se

¹⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2ª Ed. 2004. p. 835.

¹⁷⁷ *Ibden*. loc. cit.

¹⁷⁸ REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de processo : RePro**. Vol 258, agosto de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.02.PDF. Acesso em: 17.08.19, p. 2-3.

¹⁷⁹ SOUZA, Wilson Alves de. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira. p. 272

limita a garantir o direito de ação, enquanto que o acesso à justiça é um conceito bem mais amplo, uma vez que envolve além da entrada na lei, o direito a uma processo devido em direito, uma decisão em tempo razoável, fundamentada, eficaz e equitativa.¹⁸⁰

É amplamente difundida a concepção que define o direito através da instrumentalidade da força física, ou mais precisamente da aplicabilidade legítima da força no caso das transgressões a norma. Essa força não deve ser confundida com coerção, seu sentido pode incluir a imposição de expectativas, pode ter em vista motivações, mas não se reduz a isso, essa força deve ser entendida como um instrumento de apresentação, de certificação, e não de imposição de expectativas.¹⁸¹

Além da coercibilidade, a norma jurídica conta com outras características que a singularizam frente às demais normas de controle da vida do homem em sociedade. O sistema jurídico é formado por uma gama incontável de normas, tal como se verifica em relação à ética, à moral ou à religião, ao se auferir a validade de uma norma no sistema jurídico, deve-se proceder, primeiro, a uma análise que leve em conta a verticalidade fundamentadora, que fará com que se chegue ao fundamento de todo o sistema jurídico.¹⁸²

A influência do Estado Social sobre o direito processual e a visualização do processo como instrumento de realização social levaram a percepção de que não seria mais adequado impelir ao jurisdicionado a aceitação da conversão do direito inadimplido em perdas e danos, do que a possibilidade, em determinados casos de lhe ser mais útil a concretização da tutela pretendida.¹⁸³

A eficiência também encontra um obstáculo na morosidade do justiça. Em verdade a justiça não é morosa por si só, mas se estrutura em um judiciário que possui diversas falhas nas normas que o estrutura, se há uma causa séria da morosidade, ela reside não no procedimento, mas no modo de realização de seus atos, que em sua maioria são fora do prazo estabelecido por parte dos órgãos estatais. Dessa forma, se constata que a morosidade não se encontra na lei que estrutura o procedimento, mas com a ineficiência da realização dos atos processuais. Sendo que

¹⁸⁰ SOUZA, Wilson Alves de. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia jurídica I**. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. 1983. p. 123-124.

¹⁸² *Ibden*. op. cit. p.439.

¹⁸³ BRITO, Altina Fabiane de Oliveira. **O princípio da efetividade: implicações históricas e atuais**. 2006. Tese (Especialização em direito processual civil) – Faculdade Jorge Amado – Unijorge, Salvador. p. 48

essa ineficiência decorre de falhas organizacionais na estruturação e na falta de investimento no judiciário.¹⁸⁴

3.4 OBSTÁCULOS PARA A EFETIVAÇÃO

Um exame mais aprofundado das barreiras ao acesso à justiça revela um padrão muito claro: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo que as vantagens pertencem, de forma mais corriqueira, aos litigantes habituais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.¹⁸⁵

No estado social democrático em que estamos inseridos somente se pode falar em eficácia plena do dispositivo quando o sistema jurídico, político e social do Estado estiver adequado a este programa. O acesso à justiça depende de políticas concernentes à conscientização e educação da população relativamente a seus direitos, dependendo ainda de reais condições econômicas e técnicas para a busca da prestação jurisdicional.¹⁸⁶

Cabe aqui um paralelo com relação ao reconhecimento da juridicidade das normas presentes nas primeiras declarações de direito, notadamente direitos de liberdade e autonomia, para os direitos sociais que as seguiram. Nesse ponto, as declarações de direitos do século XVIII concentravam a ideologia constitucional que inaugurava a era pós-absolutista, e nota-se que o aceite da juridicidade das normas características das novas cartas liberais foi facilitada se comparada com a árdua tarefa que tem se desdobrado em relação às cartas sociais.¹⁸⁷

Segundo Ana Cristina Costa Meireles¹⁸⁸, o primeiro fator a facilitar o reconhecimento dos direitos constantes nessas primeiras declarações foi o advento das novas Constituições liberais que espelhavam a ideologia burguesa, classe que ascendeu ao poder e lá permaneceu. Ainda há que se acrescentar o fato de que estas Constituições são estáveis politicamente falando, que

¹⁸⁴ CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Urgências de tutela processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito**. Curitiba. Editora Juruá, 2008. p. 89-90.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 28.

¹⁸⁶ SCHEER, Milene de Alcântara Martins; **A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a efetividade da norma Constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2007. p. 134.

¹⁸⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 227.

¹⁸⁸ *Ibden*. op. cit. loc. cit.

foram resultado, não de conflitos ideológicos, mas de uma luta de uma classe em ascensão. Aliado a isso, não se pode deixar de falar no baixo custo econômico de efetivação de direitos de índole liberal, que quase nada, ou pouco custam, na medida em que não necessitam de grandes estruturas e gastos públicos para que se tornem concretos na sociedade.

Norberto Bobbio¹⁸⁹ leciona que o direito a liberdade revelou-se primeiramente na época da revolução francesa, e esse direito à liberdade manifestou-se em aspectos de autodeterminação, de autonomia, como a capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de todo e qualquer poder patriarcal que caracterizava os governos despóticos tradicionais. Em que pese esses direitos só tenham se manifestado primeiramente no século XVIII, tratam-se de direitos tidos como naturais, ou seja, antes dos direitos civis, que são produtos da história, existem os direitos naturais que os precedem, sendo que esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis, então, são os direitos naturais os que cabem ao indivíduo em virtude de sua existência.

Ademais, se estabilidade política marcou as cartas liberais, a instabilidade, o conflito e o compromisso marcaram as Constituições sociais do século XX. A inserção dos primeiros direitos sociais nas cartas políticas não decorreu da subida de uma classe ao poder, excetuado o caso da revolução russa, que não será aqui tratada, e sim dos conflitos, insatisfações, empobrecimento de uma categoria de pessoas que se sentia oprimida e explorada, mas que não ascendeu ao poder.¹⁹⁰

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, principalmente a declaração dos chamados direitos sociais, diretos ligados ao princípio da igualdade material que dependem das prestações diretas, ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos.¹⁹¹ Portanto, nota-se que os direitos prestacionais, ou sociais, encontram um maior entrave a sua concretização, tendo em vista que dependem de uma atuação estatal mais ativa, trata-se do primeiro obstáculo que eles enfrentam, se comparados aos direitos de liberdade.

A mais célebre dessas novas Constituições, que notadamente teve influência na elaboração das que vieram em seguida, foi a Constituição Weimar, de 1919. Ela era dividida em duas partes

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 7ª Ed. 2004, p. 40.

¹⁹⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podium. 2008. p. 228.

¹⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 30.

principais, a primeira continha os elementos da organização do Estado, e na segunda parte estavam prescritos, junto aos direitos individuais, os direitos sociais. É a partir de Weimar (e da Constituição do México, de 1917) a característica essencial das Constituições do século XX passa a ser o seu caráter diretivo e programático que incorpora conteúdos de política econômica e social.¹⁹²

A efetivação dos direitos sociais encontra óbice no custo que representam para a sociedade e para o Estado, implicando a polêmica situação de tirar de um para dar para outros, ou ua quebra de isonomia, como o Estado tanto gosta de alegar para se negar a cumprir a tutela jurisdicional. Esse obstáculo econômico se mostra o principal a ser vencido, principalmente sobre o argumento da reserva do possível.¹⁹³

Como Cappelletti e Garth¹⁹⁴ brilhantemente elaboraram, os obstáculos a concretização do acesso à justiça podem ser limitados majoritariamente a questão financeira, aos litigantes habituais e a necessidade de uma atuação estatal ativa, conhecidos esses obstáculos, devem-se buscadas alternativas a sua solução, seja através da gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita, seja pela maior consciência social dos direitos individuais e coletivos, fato é, ainda nos dias de hoje, esses obstáculos se mostra, verdadeiras barreiras ao cumprimento da tutela jurisdicional.

¹⁹² BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 30.

¹⁹³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podiun. 2008. p. 229.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

4 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA EFETIVIDADE ANALISADO À LUZ DAS OBRAS O PROCESSO E O ESTRANGEIRO

A obra de Kafka narra uma história sobre a inacessibilidade da lei, onde não há nenhum mapa do caminho, nenhum itinerário, nenhum método para se alcançar a lei. Como podemos justificar a autoridade e a força do Direito com base na qual obedecemos? Talvez a resposta seja assumir que o Direito é em si contraditório e incompleto, que nos incita a tomar um caminho invulgar, na medida em que seu acesso é dado pela sua inacessibilidade.¹⁹⁵

Já para Mersault, que se vê estrangeiro dentro do próprio sistema, a inacessibilidade se materializa de outras formas. O personagem principal do romance não consegue entender afinal por que está sendo punido, muito menos o que fez de errado. E nesse esteio, é claro que a primeira vista estas situações são extremante esdrúxulas, lhes sendo bem vindas as alcunhas de absurdas, não há dúvida quanto a isso. No entanto, até que ponto esse chamado direito do absurdo não é, de fato, perpetuado no nosso cotidiano, até que ponto podemos afirmar que a inconsciência do indivíduo, diante do Direito o torna também uma vítima dessa própria instituição?

O protagonista do “O processo” experimenta claramente a arbitrariedade da lei e a injustiça dos que se dizem seus representantes. Não tendo alternativa a sua disposição, a lei se vê ausente, e aqueles que agem em seu nome nos parecem como impostores, os oficiais corruptos, os juízes injustos, em verdade um sistema pervertido. A perversão da autoridade nos transporta a ideia de castigos injustos, de penas imerecidas, não se limitando a isso, temos também a outra face, das vantagens indevidas, de privilégios, de favores pessoais à margem da lei.¹⁹⁶

No desenrolar de “O estrangeiro”, somos capazes de perceber um gênero literário compreendido entre um romance e um ensaio, capaz de aplicar contornos poéticos a questões existenciais do ser humano, uma busca pela ética na estética, uma justiça poética. “O estrangeiro” se encontra perfeitamente entre essa intersecção entre Direito e Literatura.¹⁹⁷

¹⁹⁵ CHUEIRI, Vera Karan de; Kafka, Kavka, K.: do nebuloso ao que se revela como surpresa. *In*. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e literatura: ensaios críticos**. São Paulo. Editora Livraria do Advogado, 2008, p.90.

¹⁹⁶ OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005. p.433.

¹⁹⁷ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. loc. cit.

Não é novo o entendimento de que o Direito é um instrumento extremamente eficaz para a manutenção do *status quo*, tendo sido utilizado diversas vezes ao longo da história para tal objetivo, uma vez que, trata-se de uma arma de imenso calibre para subjugar o indivíduo. Durante a trajetória dessas obras, Tanto Josef K., quanto Mersault, se veem completamente subjugados diante da metáfora “dantesca” da justiça.

Mas afinal, como essas obras literárias podem proporcionar uma reflexão acerca da efetividade do princípio do acesso à justiça? O que delas se pode extrair buscando-se um melhor entendimento desse direito fundamental? E por fim, em que medida sua interpretação pode nos ajudar a solucionar esses conflitos, ou de certa maneira, tentar formular soluções para a melhor concretização do acesso à justiça? Enfim, essas questões serão melhor aprofundadas no presente capítulo, para que, ao final, possamos chegar a uma conclusão sobre essa empreitada.

4.1 A IMPORTÂNCIA DA LITERATURA PARA O ESTUDO DO DIREITO

A literatura é uma ferramenta importantíssima para aproximar o Direito e a vida real, ao usarmos esse tipo de obra como base para o estudo do acesso à justiça podemos identificar com mais clareza como os óbices ao alcance do sistema se dão, a partir do momento que nos tornamos mais sensíveis, e entendemos melhor cada situação.

Mas afinal, o que é Literatura? Essa pergunta, central para todos aqueles comprometidos com os estudos literários - desde Platão e Aristóteles – tem sido levantada dentro da tradição ocidental da filosofia. É, afinal, uma pergunta filosófica, e não literária, que procura uma afirmação sobre qual seria a essência da Literatura, e o que a distingue de tudo aquilo que não é Literatura.¹⁹⁸

Aquilo que chamamos de Literatura implica em uma licença dada ao escritor, para que diga tudo que quer, ou tudo que pode, se mantendo protegido, a salvo de qualquer censura, seja ela religiosa ou política. Dizer que a Literatura tem apenas uma função crítica é limitar o seu sentido, fixando uma única missão a ela, e isso seria o mesmo que dar uma única finalidade à Literatura, lhe atribuir um sentido, um ideal regulador, que, embora possa ter outras funções essenciais, não teria utilidade fora de si mesma.¹⁹⁹ Assim sendo, a função crítica seria apenas

¹⁹⁸ DERRIDA, Jacques. *Acts of literature*. Inglaterra. Editora Routledge, Chapman and Hall, Inc. 1992. p. 8.

¹⁹⁹ DERRIDA, Jacques. op. cit. p. 37-38

uma das funções da Literatura, dentre outras tantas, isso porque a Literatura – como qualquer manifestação artística - é bastante em si mesma, sendo algo independente inclusive de quem a cria, o autor, o escritor.

O papel do artista é o de registrar as deformidades, de nos mostrar aquilo que não conseguimos enxergar. Através dessas lentes, o que, para o observador da obra parece uma deformação feita pelo artista, em verdade, é o deslocamento que esse artista faz para mostrar o que ele, artista, realmente vê. Assim, o real retrato é diferente do real visto com os “próprios olhos”, isto é, com os olhos alienados do observador comum, o que resulta em outro modo de olhar, que faz ver além do que se enxerga.²⁰⁰

O crescente *corpus* de textos acadêmicos sobre as relações entre Direito e Literatura exemplificam várias áreas nas quais a Literatura pode ajudar a resolver os problemas da filosofia do direito. Nesse sentido, o estudo da Literatura pode ajudar a compreender a natureza retórica das decisões judiciais. A Literatura também pode iluminar as eternas questões de filosofia do direito, que decorrem da tensão entre Direito e equidade, entre justiça formal e justiça material, lançando uma luz crítica sobre os estágios do desenvolvimento do Direito.²⁰¹

Nessa toada, “o artista literário é um participante necessário as discussões políticas, o poeta é o arbítrio do diverso, o equalizador de sua época e de sua terra. Sua imaginação vê a eternidade em homens e mulheres”. O trecho em epígrafe, dito por Walt Whitman, se mostra ainda pertinente em nossa época, assim como era na sua. Com a frequência da vida política atual nos sentimos incapazes de ver ao próximo como plenamente humano, como algo mais do que pontos minúsculos, e essa falta de compaixão também é acompanhada de uma confiança excessiva nos métodos técnicos que modelam a conduta humana.²⁰²

A arte tem o condão de trazer novas perspectivas para o estudo do direito. Cada vez mais nos deparamos com situações que precisam de uma abordagem mais distinta, abordagem essa que pode ser proporcionada pela intersecção entre literatura e direito. Nem sempre o direito guardará todas as respostas, nem todas as soluções são puramente advindas dos métodos técnicos.

²⁰⁰ BRAGA, Luiz Carlos Montans. Translúcido, claro e distinto ou Kafka diante da lei: verdade, metáfora, direito. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro. Vol. 6, nº 11, 2015. p. 181.

²⁰¹ POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2007. p. 527-530.

²⁰² NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética: la imaginacion literaria y la vida publica**. Barcelona. Editorial Andres Bello. 1997. p. 15.

Para Alexandre Morais da Rosa²⁰³ o mundo lógico e autista do imaginário jurídico convém aos julgadores, uma vez que, estes se demitem de qualquer responsabilidade pelas consequências de seus atos, pois, uma vez que estão inseridos em uma dimensão onde apenas existem acusados, apenados, objetos da jurisdição, é facilitado o fomento de suas atividades ideologicamente inconsistentes. Na falta de capacidade argumentativa criativa se continua a aplicar as velhas maneiras de se olhar o mundo, os magistrados passam a ser eternos repetidores do senso comum teórico dos juristas.

O conteúdo dos cursos jurídicos possui alto viés positivista, argumentativo, vinculado ao estudo das normas, da doutrina e da jurisprudência, o que torna o ambiente acadêmico quase impenetrável a outras ciências e outras manifestações humanas.²⁰⁴

Pensar o Direito enquanto um campo da lógica, que extravaza os limites positivistas da norma jurídica, é um ponto de partida para entender a sua intersecção com a literatura. Partindo do pressuposto que ambas as esferas são resultado da reflexão humana sobre a existência – uma ordenadora, outra questionadora - , Direito e literatura se retroalimentam em uma diálogo de espelhos. O Direito produz conteúdo formalizado pautado no agir humano sobre o mundo, a literatura abstrai esse resultado, devolvendo ao homem a reação produzida nesse mesmo mundo.²⁰⁵

O direito e sua filosofia apresentam extensa magnitude ideológica, capaz de englobar uma diversidade de problemáticas em uma constância crescente. Para haver o entendimento de seus objetos, a filosofia jurídica se utiliza de métodos que realizam a tradução dos mais amplos fenômenos sociais para poder enfrentar os questionamentos do pensador do direito. Portanto, o jogo de espelhos entre o mundo jurídico e o literário é capaz de demonstrar que na ficção há ingredientes necessários para se ilustrar o campo epistemológico do Direito.²⁰⁶

A Literatura tem o potencial de ampliar e aprofundar o entendimento que os indivíduos tem sobre a ética, a política, e as relações humanas de forma geral. Portanto, ela se mantém como

²⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. Narrar histórias No e Pelo processo penal, com Jorge Luís Borges. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto. n° 23. jan/dez 2014.

²⁰⁴ COLAÇO, Thais Luiza; MATTOS, Fernando da Silva. Cinema e literatura como instrumentos de contenção da crise operacional do ensino jurídico. **Revista de direito, arte e literatura**. Curitiba. Vol. 2, n° 2, jul/dez 2016. p. 56.

²⁰⁵ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 139.

²⁰⁶ KOSOP, Roberto José Covaia; LIMA, José Edmilson de Souza. As intensidades kafkianas : Reflexões acerca do desencanto jurídico. **Revista de direito, arte e literatura**. Brasília. Vol. 3, n. 1. Jan-Jun 2017. p. 2.

uma importante fonte de *insights* para todos aqueles interessados em questões de moral e justiça, uma classe que certamente inclui muitos juristas e professores.²⁰⁷

A importância da literatura para juízes, advogados e professores, deriva de sua importância para os seres humanos de forma geral. Da mesma forma, não é possível admitir o argumento de que a literatura não tem relevância especial para os estudos jurídicos, trata-se de uma ideia absurda, isso porque, aceitar esse argumento seria o mesmo que professar que a literatura fornece pouca, ou nenhuma percepção da vida humana em geral.²⁰⁸

4.1.1 A literatura como instrumento de compreensão do direito e seus fenômenos

O direito e a literatura tem o condão de suscitar inter relações produtivas , conduzindo a um debate relativo as possibilidades e aos limites da compreensão do Direito. Visando essa finalidade, surgiu o movimento *Law and Literature* , que se iniciou nos Estados Unidos nos anos 70, e tomou corpo durante os anos 80 naquele mesmo país. Esse movimento foi encabeçado por alguns autores, cabendo destacar os nomes de J. Boyd-Wite e Martha Nussbaum. Mesmo que alguns teóricos do direito já tivessem percebido as possibilidades dessa conexão, foi o *Law and Literature Movement* que deu impulso aos estudos do direito e literatura, sistematizando e organizando o seu método de estudo. Para tanto, esse movimento estabeleceu uma classificação tripla: O direito na literatura, o direito como literatura e o direito da literatura.²⁰⁹

Aqui nos interessa a primeira classificação, qual seja, a do direito na literatura, que será o foco estudado no presente trabalho. Sem dirimir o importância das outras classificações, não aprofundaremos seu estudo, por entender que o caso das obras estudadas, claramente diz respeito a classificação de direito na literatura.

O direito na literatura, ou literatura com fundo jurídico é o estudo que se apresenta como o mais desenvolvido, uma vez que há uma associação patente entre o sistema jurídico e o sistema da

²⁰⁷SEATON, James. *Law and Literature: Works, Criticism, and Theory*. Yale Journal of Law The Humanities. 1999. p. 2. Disponível em : <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol11/iss2/8/>. Acesso em: 12.10.19.

²⁰⁸ *Ibden*. p. 27.

²⁰⁹ CORREIA, Victor. Direito e literatura: O processo de Kafka. **Revista da ordem dos advogados portugueses**. Lisboa. Ano 69. jan-jun 2009. p. 2.

arte literária. Isso porque, o jurista deve ser um especialista do saber global, e como tal, a sua formação deve perpassar pelos mais diversos campos de aprendizado. E é nesse sentido que a literatura pode contribuir para o aperfeiçoamento do sentido crítico do jurista, da sua capacidade de análise quanto a realidade que o circunda.²¹⁰

Segundo André Karam Trindade e Roberta Magalhães Gubert²¹¹, a literatura constitui um meio para que os juristas possam experimentar novas perspectivas de mundos alternativos a àquele tradicional em que vivem, a literatura torna as pessoas mais críticas, o que é fundamental à prática do direito. A ciência, incluindo a jurídica, é grosseira, de outro lado, a vida é sutil, assim sendo a literatura se mostra como um meio necessário para corrigir essa distância, visto que ela não tem um caráter inteiro, definitivo, derradeiro, e tem a capacidade de mudar o mundo através da subversão da língua.

A literatura, enquanto campo da arte, atua no rompimento dos vícios de realidade que encontram-se arraigados em determinado recorte temporal, fraturando a realidade em infinitas possibilidades. Ao inverter a ordem dos fatos e das ideias, de pressupostos morais e desdobramentos éticos solidificados, a arte mostra a fragilidade e o caráter abstrato de uma verdade antes tida como absoluta, assim sendo, um novo mundo se abre para aquele que se permite enxergar.²¹²

A literatura e a imaginação são subversivas. À essa altura estamos acostumados a pensar na literatura como algo optativo, magnífico, valioso, ameno, excelente, mas que existe a parte dos pensamentos políticos, econômicos e judiciais, que ela – a literatura - existe em um departamento versátil, que é mais acessório do que competitivo. A segmentação do mundo acadêmico moderno, juntamente com as teorias estritamente hedonistas do valor literário, tem nos induzido a perder de vista o conceito primevo da Novela, que se apresenta de uma forma moralmente controvertida, que expressa, através e sua forma e estilo, em suas modalidades de interação, um sentido normativo da vida.²¹³

²¹⁰ CORREIA, Víctor. Direito e literatura: O processo de Kafka. **Revista da ordem dos advogados portugueses**. Lisboa. Ano 69. jan-jun 2009. p. 2.

²¹¹ GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam. **Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar a direito**. Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 15 -16

²¹² FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 140.

²¹³ NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética: la imaginacion literaria y la vida publica**. Barcelona. Editorial Andres Bello. 1997. p. 26.

A riqueza proporcionada pela literatura ao estudo do Direito, nos faz desembocar em um oceano sem fim de possibilidades, no qual a criatividade consegue se expressar por meio da linguagem escrita, demonstrando a infinita complexidade do mundo humano, que é eternamente reordenado pelo Direito, e trazendo à tona os paradoxos da existência que criam, concomitantemente, novos problemas, e novos caminhos para solucioná-los.²¹⁴

Assim sendo, repensar o Direito é um desafio que se impõe aos juristas, razão pela qual o estudo do Direito e Literatura assume importante papel dentre as inúmeras, e mais variadas alternativas que se apresentam na atualidade.²¹⁵ Portanto, o objetivo do presente trabalho é trazer um olhar mais abstrato a aplicação do princípio do acesso à justiça, através da análise das obras “O processo” e “O estrangeiro”, que são capazes de fomentar novas perspectivas, e enriquecer o debate sobre a temática.

Na visão de Aristóteles, a poesia não nos diz o que fazer, ou seja, não edifica, mas sim nos informa que tipo de coisas as pessoas provavelmente, ou necessariamente fazem. A Poética de Aristóteles tem grande influência na ideia tradicional de que a Literatura é, de alguma forma, uma imitação da vida.²¹⁶

A literatura tem o papel de muito maior do que apenas nos relatar os acontecimentos que ocorrem nas mais diversas localidades, épocas e meios, embora certamente o faça. A literatura, mais do que qualquer arte, é o veículo para uma reflexão moral e discriminação, as implicações morais de grandes obras literárias são inevitáveis, o que não significa que elas sejam necessariamente óbvios ou inequívocos. Mesmo aquelas obras que evitam filosofar, não podem evitar as afirmações implícitas, e talvez estas se tornem ainda mais poderosas, pelo simples fato de não estarem explícitas.²¹⁷

A literatura tem o papel de auxiliar na compreensão da condição humana. É através dessa compreensão que será possível construir um direito que entregue a sociedade a norma aplicada ao caso, e que, ao mesmo tempo esteja próxima das relações sociais, alcançando como resultado um ideal de pacificação social, que se aproxima de cada jurisdicionado. O direito deve sempre estar com o olhar voltado aos fatos e aos conhecimentos, nunca desprezando a contribuição da

²¹⁴ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 140.

²¹⁵ TRINDADE, André Karam. Kafka e os paradoxos do direito: Da ficção à realidade. **Revista diálogos do direito**. Rio Grande do sul. p. 1.

²¹⁶ SEATON, James. **Law and Literature: Works, Criticism, and Theory**. Yale Journal of Law The Humanities. 1999. p. 28. Disponível em : <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol11/iss2/8/>. Acesso em: 12.10.19.

²¹⁷ *Ibden*. loc. cit.

vivência humana à existência do direito e entendendo que este tem como papel retratar uma época, com as suas diversas faces.²¹⁸

A essência da literatura é a sua complexidade, é a sua pluralidade, que integram a vida de forma inequívoca e que aproximam o direito da condição social. Essa junção cria uma ciência interdisciplinar, capaz de evoluir e fazer evoluir. Que problematiza o indivíduo e a sociedade, e deixa um pouco de lado a objetividade e o empirismo puros.²¹⁹

Nesse sentido, Martha Nussbaum²²⁰ defende que a experiência de ler romances nos leva a contemplar cada vida como individual e singular. E essa maneira de ver as coisas é extremamente relevante para as questões do bem estar social. O ódio e a opressão coletiva, por muitas vezes, nascem dessa incapacidade de individualizar. O racismo, o sexismo, e muitas outras formas de julgamento pernicioso são frequentemente baseados à atribuição de características negativas a um grupo de pessoas.

Portanto, a compreensão literária promove hábitos mentais que conduzem à igualdade social, na medida em que contribuem para o desmantelamento dos estereótipos que baseiam o ódio coletivo. Devemos sempre buscar estender esse entendimento literário, buscando experiências onde seja possível identificar a compaixão aos indivíduos de grupos marginalizados ou oprimidos da nossa sociedade, para que possamos aprender a ver o mundo através de seus olhos e para que possamos refletir como expectadores aquilo que enxergamos.²²¹

As contribuições que o estudo da literatura dentro do direito podem proporcionar são inigualáveis, a literatura tem o poder de abrir as portas do pensamento, de expandi-lo, de tornar compreensíveis situações antes absurdas. O que se pretende através desse estudo é demonstrar como as obras em epígrafe podem ser representações da falta de acessibilidade do direito, e para isso, deve-se primeiramente entender a importância da literatura como precursora de novos entendimentos da ciência jurídica.

²¹⁸ FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca. p. 152-153.

²¹⁹ *Ibden*. p. 155.

²²⁰ NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética: la imaginacion literaria y la vida publica**. Barcelona. Editorial Andres Bello. 1997. p. 130.

²²¹ *Ibden*. loc. cit.

4.1.2 “O processo” e “O estrangeiro” como representações artísticas da negação do acesso à justiça

Dada a relevância do estudo sobre o princípio do acesso à justiça, devemos analisar se, de fato, essa garantia é materialmente satisfeita, e para isso, utilizaremos como base para esse estudo as obras “O processo”, e “O estrangeiro”, de autoria de Franz Kafka e Albert Camus, respectivamente. Através dessas obras é possível fazer uma rica reflexão sobre a satisfação do acesso à justiça de forma concreta, na medida em ambos os protagonistas dos romances se veem “engolidos” pelo sistema jurídico vigente.

A lei jurídica da qual fala Kafka contém diversos mistérios. Ele afirma que leis em geral não são conhecidas, constituindo um segredo pertencente ao pequeno grupo de aristocratas que nos governa. Essa afirmação serve para ilustrar a promiscuidade que existe na casta política que elabora as leis, nos agentes judiciais, nos Tribunais, juízes, advogados. Essa promiscuidade afeta os direitos e os deveres dos cidadãos.²²²

Em “O Processo” vivemos a experiência do homem moderno entregue a um aparelho burocrático impenetrável, controlado por instâncias que permanecem imprecisas, a hierarquia do Tribunal é desconhecida até para os próprios funcionários. Essa máquina burocrática inapreensível nos remete a um sistema de alienação organizado, o secreto Tribunal que processa Josef K. parece antes obedecer a uma manifestação da própria imaginação de K. que é detido por um crime que não conhece, e no entanto permanece livre.²²³

Assim, é possível identificar que um dos elementos mais importantes do romance de Kafka é a ignorância tanto do personagem principal, quanto do leitor, e até do próprio narrador, sobre os verdadeiros motivos do processo, ao protagonista Josef K. é negado até o direito de saber o conteúdo de sua própria acusação.²²⁴

²²² MARTINHO, José; “Como se esta Vergonha Devesse Sobreviver-lhe” . **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 239.

²²³ COSTA, Luís Inácio Oliveira. Kafka diante da lei: a parábola e o anti-romance. **Revista direito e psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 225.

²²⁴ NETO, Bruno Andrade Sampaio. **Ideologia e Absurdo na Obra de Kafka**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. p. 13.

Para Kant ²²⁵, o homem moderno é autodefinidor, ou seja, ele é capaz de livrar-se das amarras com o passado e descobrir a sua verdadeira humanidade, ao desenvolver fins e atividades auto impostas, e não naturalmente condicionadas.

Para François Ost²²⁶, o herói de Kafka nunca teve acesso à lei, esta se manteve inacessível para ele, e de uma forma aterrorizante ela acaba por vencê-lo. Essa metáfora deve ser utilizada de exemplo para que evitemos, por nossa vez, cair no fascínio dessa lei devoradora, sendo muitas vezes mais vantajoso que viremos as costas a essa Medusa mortífera.

Note-se que a partir da interpretação de Ost²²⁷, a garantia de acesso à justiça nunca chegou a ser mesmo uma opção, a partir do momento em que ele encara o sistema kafkiano como um verdadeiro leviatã, de fato um monstro que não permite a suas vítimas qualquer chance de defesa. Se voltarmos nossa análise para a nossa realidade, o que enxergamos não difere muito desse pensamento. Ao longo da história, o Direito sempre foi um instrumento de perpetuação do *status quo* vigente, sempre muito distante de seus tutelados, revestido de formalidade excessiva, que afasta o indivíduo leigo do seu cerne.

Voltando nosso foco novamente à obra de Camus, podemos inferir que Mersault se mostra durante toda a trajetória da obra como um indivíduo totalmente alheio a convenções, não tendo a mínima consciência da sua responsabilidade social, de fato uma existência desinteressada, e por conseguinte inapta a vida em sociedade.²²⁸

No romance *O Estrangeiro*, o protagonista Mersault é autor de um crime. Após dar cinco tiros em um árabe na praia, este se encontra na prisão, no aguardo de seu julgamento, os fatos que seguem são denunciadores de uma justiça teatral e descomprometida com os fatos, onde se pode perceber a crítica de Camus ao absurdo da sociedade. Ao descrever o funcionamento da justiça ao longo do processo de Mersault, Camus mostra como as instituições sociais - aqui

²²⁵ MORISON, Wayne. **Filosofia do direito: Dos gregos ao pós moderno**. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2012. p. 157.

²²⁶ OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005. p. 387.

²²⁷ *Ibden.* loc. cit.

²²⁸ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; *O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”*, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. p. 264.

principalmente o Direito - que foram criadas com o intuito de buscar a verdade e a justiça , tornam-se , em verdade, obscuras e contraditórias com o desejo humano por clareza.²²⁹

Em contrapartida com o que acontece com o protagonista de “O Processo”, Mersault não desconhece o conteúdo de sua acusação, ele simplesmente não entende por que está sendo punido, ou melhor, se vê deslocado dentro do próprio sistema, não sendo capaz de compreender os meandros da justiça, e por conseguinte não pode nem se expressar dentro de seu próprio processo. Veja-se através do trecho retirado do livro *O Estrangeiro*:

(...) Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime. Eram, aliás, tão diferentes esses discursos! O advogado levantava os braços e admitia a culpa com atenuantes. O promotor estendia as mãos e denunciava a culpabilidade, mas sem atenuantes. No entanto, uma coisa me incomodava vagamente. Apesar das minhas preocupações, às vezes eu ficava tentado a intervir e meu advogado me dizia, então:

- Cale-se, é melhor para o seu caso

De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino sem me pedir minha opinião. De vez em quando tinha vontade de interromper todo mundo e dizer:

- Mas, afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado, e tenho algo a dizer (...)

Já em Kafka a prisão, a autoridade e o direito sob o qual K. é detido são desde o primeiro momento nebulosos. Essa atmosfera pouco clara, nebulosa do processo provoca uma certa revolta do protagonista, que se vê completamente à margem do sistema, não compreendendo até o que parecem ser as mais simples convenções que permeiam aquele mundo desconhecido.²³⁰

Essas situações servem para ilustrar como a falta de entendimento dos seus direitos e do sistema podem ter consequências nefastas. Por um lado, pode criar um indivíduo que se mostra totalmente alheio a sociedade, que se sente “estrangeiro” dentro do próprio ordenamento. E por outro, pode resultar em um desencanto, revolta do indivíduo para como o processo, pois se vê incapaz de adentra-lo.

No estado de Direito no qual Josef K. se acha incluído, a justiça se apresenta como uma força implacável, que gera uma reparação violenta. O que por vezes nos incomoda na leitura de “O Processo” é que um mundo arcaico - no caso aquele em que prevalece o Direito como força de

²²⁹ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. p. 264. p. 269.

²³⁰ CHUEIRI, Vera Karan de; Kafka, Kavka, K.: do nebuloso ao que se revela como surpresa. *In*. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e literatura: ensaios críticos**. São Paulo. Editora Livraria do Advogado, 2008. p.

subjugação, de forças desagregadoras e incontroladas - está sempre a irromper, numa crescente, o sistema racional que conhecemos.²³¹

Nos dizeres de Dayse Stoklos Malucelli²³² “O Processo” é um livro, ainda que inacabado, cheio de excessos, de exageros, é um texto doloroso, onde vemos e nos sentimos como o protagonista, despencando nos corredores sinistros dos prédios e labirintos caóticos do Tribunal, sem nenhum tipo de guia. Não há nenhuma informação precisa, é tudo imenso, a grandiosidade funcional do Tribunal oprime Josef K. e o próprio leitor.

O romance de Kafka aborda tão bem a questão da dificuldade de acesso que o indivíduo comum tem para adentrar na lei. Na própria metáfora feita acerca da grandiosidade, e da confusão que é o Tribunal, podemos enxergar claramente a nossa própria realidade. Quantas vezes nós mesmos, próprios aplicadores e estudiosos do Direito nos vimos perdidos dentro das entranhas de um Tribunal, ou Fórum, imagine então como se sente alguém que não está familiarizado com esse ambiente, de fato torna-se difícil acessar os meandros da justiça.

Ao contrário de Josef K. que se vê angustiado diante de seu processo, Mersault se vê alheio ao seu próprio julgamento, tendo sido taxado de inimigo pelo Estado e sendo decretada a sua revelia, ele não se sente necessário em seu próprio processo. O julgamento é uma encenação, pois ele já foi condenado. Nenhuma das garantias jurídicas inerentes ao sistema - das quais o acusado tem direito - são respeitadas.²³³

Ainda nesse ponto, Kafka não deforma a lei, ele apenas descreve o que ele enxerga como sendo a lei, isto é, descreve sua natureza se utilizando da arte, uma vez que, como já incitado em tópico posterior, cabe ao artista descrever o que enxerga com as lentes de sua arte. No caso em tela, o que Kafka visualiza é a inacessibilidade, a natureza vedada da lei, uma vez que, apesar de ser apresentada como clara e acessível ao olhar comum, ao olhar perscrutador de Kafka, sua natureza é de total obscuridade, além de ser a expressão de poder de poucos.²³⁴

Podemos notar que ambos os romances tratam também da questão da liberdade, pois, esta, está sendo limitado pela falta de conexão que os protagonistas têm com o Direito. Quando

²³¹ COSTA, Luís Inácio Oliveira. Kafka diante da lei: a parábola e o anti-romance. **Revista direito e psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 219-228. p. 225.

²³² MALUCELLI, Dayse Stoklos; O Absurdo e Inefável Processo... de uma Análise. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 249.

²³³ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. p. 273.

²³⁴ BRAGA, Luiz Carlos Montans. Translúcido, claro e distinto ou Kafka diante da lei: verdade, metáfora, direito. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro. Vol. 6, nº 11, 2015. p. 185.

abordamos essa exclusão sofrida por grande parte da sociedade, devemos ter em mente que as consequências se desdobram de diversas formas, a falta de acesso à justiça, interfere também na concretização de outros direitos fundamentais, e por conseguinte, a falta de efetividade desses outros direitos continuam a dificultar o acesso á justiça.

O direito penal possui papel fundamental na manutenção do sistema, eis que, mediante a legitimação do uso da coerção, se impõe a exclusão do mundo, da vida. A submissão alienada que é vivenciada por aqueles “metidos” em processos penais pode também ser explicada pela via psicanalítica, uma vez que esta nos esclarece sobre a identificação das massas com a palavra paterna do Estado. ²³⁵

Uma coisa em comum em ambas as obras diz respeito a inalcançabilidade do sistema jurídico para os protagonistas dos romances. É possível fazer um paralelo entre essas obras e a realidade vivida por muitas pessoas no mundo real. Em que pese o acesso á justiça seja uma garantia constitucional positivada no ordenamento até que ponto podemos afirmar que ela é materialmente efetivada? Quando nos deparamos com indivíduos, que, ao desconhecer o sistema se veem impotentes diante dele, se mantendo sempre num estado de inércia diante dessa máquina estatal, podemos realmente afirmar essa premissa?

Deve se ter em mente que nem todos os indivíduos serão afetados pelas dificuldades de acessar o judiciário, esse óbice é vivenciado principalmente por pessoas consideradas hipossuficientes, que muitas vezes não tem condições de arcar com os altos custos do judiciário, ou que não foram contempladas com um certo grau de instrução necessário para se compreender a complexidade que emana do Direito.

O Estado deve tratar aqueles a quem governa com consideração, ou seja, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração , capazes de formar concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser vividas, e que são inseridas em diferentes realidades econômicas, sociais e de educação. Portanto, o Direito deve não somente tratar com consideração e respeito, mais tratar com igual consideração e respeito, igualdade aqui no sentido aristotélico, material. Não se deve distribuir bens e ou oportunidades de maneira desigual. ²³⁶

²³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Narrar histórias No e Pelo processo penal, com Jorge Luís Borges. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto. nº 23. jan/dez 2014. p. 208-209

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.419.

E é nesse sentido que o Direito pode ser um instrumento de controle social, a partir do momento em que podemos notar como a falta de conhecimento gera uma exclusão do sistema, um ciclo que se perpetua por séculos a fio.

A dificuldade encontrada pelas pessoas hipossuficientes para conectar-se ao Direito é perfeitamente ilustrada pelo conto dentro do romance de Kafka, *Diante da lei*, em que um camponês busca a lei mas é impedido de entrar pelos portões desta. Ao revés, essa dificuldade também se manifesta quando o indivíduo se revolta a tal ponto que não confia no sistema jurídico que o cerca, e se torna completamente alheio ao desfecho de seu julgamento, tal qual Mersault, o protagonista de “O estrangeiro”. Em ambas as situações podemos ver claramente as consequências que a negativa do acesso à justiça pode desencadear para os indivíduos e para a sociedade.

4.2 O PROCESSO

O mundo criado por Kafka é o mundo dos escritórios e registros, de salas escuras e mofadas, gastas, o mundo de uma lei que vegeta, sonolenta e guardada, em um lugar remoto e inacessível, de juízes que moram em porões. A respeito desses juízes presentes na obra de Kafka, é possível perceber que eles se comportam a semelhança da figura do Atlas²³⁷, como se carregassem o peso do mundo nos ombros. Esse comportamento gera no indivíduo leigo a impressão de que as suas cabeças são “ tão afundadas em seus peitos que quase ninguém pode encontrar seus olhos”²³⁸ Essa curiosa afirmativa serve para ilustrar como os próprios julgadores adotam um posição que, na grande maioria dos casos, impede que o leigo se aproxime. Eles próprios perpetuam essa imagem de inacessibilidade do judiciário.

Kafka nos surpreende com a profundidade e atualidade com que trata dos conflitos psicológicos do homem moderno na sua incessante luta em busca da justiça. Dentro de uma sociedade “fictícia” onde as liberdades públicas não são asseguradas, e ao contrário, são legítimas as condutas pautadas na dissimulação, na hipocrisia e na imoralidade das instituições públicas.²³⁹

²³⁷ Atlas, um dos titãs condenado por Zeus a sustentar os céus para sempre.

²³⁸ BENJAMIN, Walter. **Illuminations essays and reflections**. Nova Iorque. Schocken Books. 2007. p. 112.

²³⁹ PORTO, Simone Peixoto Ferreira. A justiça sobre a perspectiva das obras clássicas da literatura mundial: Antígona, O Mercador de Veneza e O Processo. **Revista de direito, arte e literatura**. Brasília. Vol 2, nº 1, janjun 2016. p. 236.

O autor do Processo nos alerta para o perigo que é enxergar o direito no automatismo burocrático que se esconde no escuro de repetições vazias. Nos faz perceber espaços onde é possível optar, através de uma narrativa de deslocamento, fragmentária e tipicamente absurda.²⁴⁰

O desenrolar do processo não nos esclarece muito sobre a natureza da ordem normativa com que Josef K. está às voltas. Aliás, esse procedimento permanece secreto mesmo para o acusado, em certo ponto da história toda a ajuda judiciária torna-se inútil e as instâncias da justiça “inacessíveis”, de modo que, o próprio acusado não é mais acessível a seus advogados.²⁴¹

Desde as primeiras linhas de seu romance, Kafka dá a entender que as disputas de seu personagem com a lei nada têm haver com as leis do Estado. É a disputa contra uma lei outra - enigmática e retirada - uma lei que se experimenta antes de se conhecer, uma lei que não pode ser compreendida pelos seus destinatários, que não autoriza nenhuma certeza quanto à inocência destes.²⁴² Josef K. não poderia entender tudo de seu processo, mas pôde sentir na pele que este fora determinado, não por uma única razão legal, mas por uma série delas (políticas, ideológicas, culturais).²⁴³

O processo remete Josef. K. a falta de sentido de sua vida subjetiva, retirando dela toda a previsibilidade que lhe era tão conhecida, enquanto alto funcionário de carreira de um Banco. Josef K. sabe de sua inocência, que de tão pura o condena. Mas, como aceitar que os tribunais compostos por homens corruptos, lascivos e venais o condenem? Como aceitar a defesa, ou a proteção de homens viciados em lidar com processos que se arrastam ao longo da vida? Sua liberdade burocrática e sem sentido, seu mundo sem gozo, nos dá a impressão de estar em um mundo asséptico.²⁴⁴

Então, como devemos aceitar um processo que foge à lógica racional dos procedimentos burocráticos tangíveis? Josef k. vivia o papel para o qual fora designado por seu próprio destino. Vivia dentro da lei maior, produtora de outras leis menores que o configuravam, que proibiam. Portanto, estava livre de ser processado, de ser julgado por quem quer que fosse, alienado de

²⁴⁰ HARTMANN, Helen. À guisa de introduções ao “Direito e Psicanálise: interseção a partir de O processo, de Franz Kafka”. **Revista Direito e psicanálise**. São Paulo, 2008.

²⁴¹ OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005. p. 102.

²⁴² *Ibden*. loc. cit.

²⁴³ HARTMANN. op. cit. p. 9.

²⁴⁴ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Os dois processos. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 97

sua autocompreensão, libertava-se da culpa, uma vez que, sempre era inocente. Ou assim pensava K., até ser processado.²⁴⁵

A partir do momento que foi acusado, o processo remetia o protagonista cada vez mais à culpa, a ao fazê-lo o libertava das amarras da inocência, da castração, da imolação. O processo aos poucos o redimia, descortinava os véus de um mundo sujo e perverso, um mundo de advogados coniventes com o poder autocrático dos tribunais. Assim, Josef K. era sim culpado, culpado de existir, culpado por tentar negar a sua condição humana, condição essa de um sentido que, em verdade, não tinha sentido algum.²⁴⁶

O processo kafkiano é uma versão distorcida do sistema inquisitório no processo, onde o *actus trium personarum*, (em que o processo se move no antagonismo entre as partes, com a mediação do juiz no lugar de um terceiro) praticamente se dissolve. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância para demarcar o sistema. O sentimento de culpa, presente na obra kafkiana, se projeta sobre a personagem de Josef K., quando, por exemplo, o pintor Tintorelli pergunta a K. se ele é inocente, e K. responde que é completamente inocente.²⁴⁷

Josef K. não se reprovava de nada, em verdade, apesar de ser nomeado culpado pelo Estado, ele mesmo não sentia culpa. Lacan já havia dito que a única coisa da qual se possa ser culpado, é de ter cedido ao seu desejo. A responsabilidade é a condição da humanidade que nos habita, quando K. à beira da morte, e ao final do processo grita: “ – como um cão”, sabemos que no final, esse sujeito foi subtraído da história, não foi dada a ele qualquer chance de responder as acusações que lhe eram feitas, e nesse toada, ele encontra seu fim, assassinado como um animal, despojado de toda sua humanidade.²⁴⁸

Em todo e qualquer sistema de justiça encontraremos vivo um pouco do processo de Kafka. “O processo” nos leva ao ponto de consentir que os indivíduos sejam responsáveis pelo cuidado e pelas consequências da barbárie que os habita, e, ainda que eles não encontrem sentido na culpa, ao carregá-la somos responsáveis pela travessia das fronteiras do sentido, mesmo sem compreender todo o processo.²⁴⁹

²⁴⁵ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Os dois processos. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 97

²⁴⁶ *Ibden*. p. 98.

²⁴⁷ MARQUES, Agostinho Ramalho. O processo kafkiano. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 101-131.

²⁴⁸ BARROS, Fernanda Otoni de. Atravessar as fronteiras, sem todo o processo. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 185-186

²⁴⁹ *Ibden*. p. 187.

A narrativa feita por Kafka ilustra perfeitamente a inacessibilidade da lei, e as consequências que ela causa ao indivíduo. Despido de qualquer garantia ou direito, Josef K. se vê preso, acusado sem nem ter conhecimento de seu crime, ou de qualquer informação sobre o processo que tramita na distorcida justiça criada por Kafka. É através dessa representação, no mínimo absurda, que podemos enxergar o terror da acusação sem provas, do desrespeito a publicidade, da preclusão de um mundo onde o contraditório e ampla defesa não tem razão de ser. Enfim, o choque que essas revelações nos causam só alimentam ainda mais a genialidade do autor, que pelo romance absurdo, é capaz de nos fazer refletir acerca da importância, e da fundamentalidade do respeito às garantias processuais.

4.2.1.1 O indivíduo contra o ordenamento

Outro ponto importante a ser abordado é a questão da legitimidade, ou não da força dentro do direito. É de clareza solar que muito do afastamento do homem comum do Direito se deve ao caráter autoritário do sistema, que durante muito tempo impôs respeito através do medo. Assim, almeja-se discutir como se manifesta essa força, ou autoridade dentro do Direito, como ela foi instituída, e se ela é necessária. Como podemos dosar corretamente essa autoridade? É cediço que ao longo do tempo essa coerção foi necessária para o estabelecimento do Estado de Direito, contudo, com o amadurecimento do Estado moderno, essa necessidade de legitimar a conduta através da coerção, deve ser repensada de forma a balancear os interesses do jurisdicionado e do Estado.

O absurdo processual narrado por Kafka transcorre mediante a intervenção de assistentes inferiores, sempre cientes de suas obrigações e alienados da dimensão do processo, da estrutura do sistema, mas que cumprem as ordens expedidas pelos oficiais superiores desconhecidos. Nesse seguimento, K. passa por interrogatórios que lhe fogem a lógica, descobrindo os meandros dos rituais secretos, das indumentárias e das influências dos advogados. Esse processo kafkiano não está tão longe da realidade recente, do que acontece no mundo da vida, nos foros em geral, dado que há um inescandível desconhecimento das regras do jogo, por parte do homem comum. Por força da (de)formação acadêmica, pouco se sabe sobre a estrutura da justiça. Com efeito, sabe-se que o tribunal é sem lei, no sentido lógico-formal, é como se a cadeia da conexão normal das causas e efeitos fosse posta entre parênteses, e qualquer tentativa

de estabelecer o modo de funcionamento do tribunal através do raciocínio lógico estaria fadada ao fracasso.²⁵⁰

As cortes tem livros de Direito a sua disposição, mas não é permitido aos indivíduos que os vejam. Nesse ponto, Josef K. chega a pensar que trata-se de uma característica do sistema legal, elaborando que “alguém é sentenciado não apenas pela inocência, mas também na ignorância”.²⁵¹

A partir desse ponto faremos uma ponderação sobre a autoridade e força do direito, ou seja, como o direito é exercido através da força, e como essa força deve se manifestar. Cabe deixar claro que aqui não se pretende idealizar a inexistência de uma força coercitiva, necessária a aplicação do direito, mas somente entender como, muitas vezes, essa autoridade pode fazer como que o Estado se utilize de mecanismos que impedem o acesso à justiça.

Para Derrida²⁵², há dois tipos de violência no Direito: a violência fundadora, aquela que institui e instaura o Direito (*die rechtsetzende Gewalt*) e a violência conservadora, aquela que mantém, confirma assegura a permanência e aplicabilidade do Direito (*die rechtserhaltende Gewalt*). O termo violência utilizado por Derrida deve ser entendido como domínio, ou soberania do poder legal, a autoridade: força de lei.

É essa violência conservadora que merece a nossa crítica, como já dito, é compreensível que em seus primórdios o Direito se utilizasse do artifício da força para se fazer cumprir, porém o mundo é outro, é preciso que se deixe de perpetuar velhas crenças, já ultrapassadas, de que a coerção é o melhor jeito de se fazer cumprir as normas, devemos sempre primar pelo bom senso no cumprimento das leis, na boa-fé objetiva, e não na sanção.

Tal é a fraqueza humana que constantemente temos que nos curvar perante a força, obrigados a contemporizar, a aceitar que não somos os mais fortes.²⁵³ Nessa toada, a natureza e a sociedade sempre estão em mudança, motivo pelo qual, muda também o senso de justiça de uma sociedade. Em verdade, nem sempre as leis serão justas, o que as faz serem seguidas é a autoridade do legislador.²⁵⁴

²⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Kafka: O gozo dos assistentes. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 159.

²⁵¹ BENJAMIN, Walter. **Illuminations essays and reflections**. Nova Iorque. Schocken Books. 2007. p. 114.

²⁵² DERRIDA, Jaques; **Força de Lei**. Rio de Janeiro Editora Martins Fontes, 2018, p. 73.

²⁵³ LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. LCC Publicações eletrônicas. 2006. p. 10.

²⁵⁴ PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Rio de Janeiro. Editora Martins Fontes. 2005. p. 103.

Ainda nesse sentido, Pascal elabora que “ A justiça sem a força é impotente e a força sem a justiça é tirânica”²⁵⁵. Assim, é preciso que a justiça e força sejam reunidas, de forma a tornar aquilo que é justo, forte.

A diversidade das leis é a prova de nossa própria ignorância acerca do sentido da verdadeira justiça. Pois o que esta conforme a razão não pode ser justo em uma medida, e injusto em outra, justo hoje, e injusto amanhã, justo para um e injusto para outro. Assim, o que é justo deve sê-lo de forma universal.²⁵⁶

Feitas essas ponderações, sobre a autoridade e a força do direito, chegamos a conclusão que essa autoridade deve ser muito bem dosada. Isso porque, essa coerção pode ser uma barreira a concretização do acesso à justiça, porém, o contrário também é verdadeiro. Explica-se, essa mesma autoridade também leva em conta a proteção do indivíduo, principalmente se estamos falando do processo penal, a formalidade exigida é, muitas vezes, uma forma de proteção do acusado, que tem seu direito assegurado a partir do momento que devem ser respeitados ritos especiais, e solenes, para o processamento da ação penal, que ao final poderá culminar na privação de sua liberdade, a pena mais grave que o acusado poderá ser submetido.

O problema do romance de Kafka está justamente nesse liame, a coerção do Estado não tem freios, ou medidas, há apenas a força, pela força, um direito autoritário, que impõe as mais ridículas condições, sem qualquer tipo de garantia. Em verdade, é como se o acusado fosse de encontro a lei, ao sistema, não para ser julgado, mas ao contrário, para ser executado, seu destino já estava selado desde o momento que recebeu a notícia de que era acusado, de que? Nunca saberemos, fica somente indagação, e o medo, de um Estado que utiliza a força do direito para fazer o que bem entende.

4.2.1.2 A parábola “diante da lei” como uma metáfora a inacessibilidade da lei

O conto “diante da lei” é narrado por um sacerdote a Josef K. no capítulo 9 do romance “O processo”. A narrativa é uma espécie de núcleo nervoso do romance, pois sintetiza a ideia de que a lei, tal qual a infringida pelo protagonista, não tem conteúdo visível ou inteligível. Nesse capítulo, Josef K. havia sido escolhido pelo diretor do banco para mostrar alguns monumentos

²⁵⁵ PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Rio de Janeiro. Editora Martins Fontes. 2005. p. 106.

²⁵⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2ª Ed. 2005. p. 374.

artísticos a um amigo italiano do banco. Ocorre que, ao chegar a catedral, K. percebe que o italiano não havia chegado, momento em que se depara com o sacerdote que lhe conta a parábola do camponês diante da lei.²⁵⁷

Com sempre, durante todo o romance, somos apresentados a situações bizarras que são narradas com uma banalidade espantosa, desde uma acusação vazia, que nunca se apresenta, até os membros lascivos do tribunal, e advogados que atendem seus clientes na cama. A narrativa tem o objetivo de chocar o leitor, com a naturalidade com a qual os personagens que constituem o romance lidam com as situações a eles apresentadas. Isso porque, em Kafka, o anormal é travestido de normalidade, o espanto está abafado e se apresenta sempre na forma de normalidade.²⁵⁸

Tendo em vista a sua situação, o camponês não conhece a lei da cidade e dos prédios, das construções protegidas, dos portões e cercas. Então, ele é surpreendido pelo guardião da lei, assim, o camponês decide não decidir ainda, ele adia, atrasa, enquanto espera pela permissão de entrar.²⁵⁹

De certa forma, “*vor dem gesetz*” é a narrativa da inacessibilidade da lei, o mapa dessa jornada proibida: sem itinerário, sem método, sem caminho através do qual se possa alcançar a lei, alcançar o que acontece lá, o *topos* de seus eventos. Essa inacessibilidade surpreende o homem do campo no momento que ele observa o guardião, a própria encarnação da vigilância. A questão levantada pelo homem do campo é simplesmente sobre o caminho que leva ao acesso a lei.²⁶⁰

Diante da lei, cuja porta permanece sempre aberta, está um porteiro que nada sabe sobre o seu aspecto e significado, velando o obscuro universo do Direito e das disposições normativas, despidas de qualquer sentido ético, e que colocam o processo em marcha, deixando claro que o objetivo último do direito não é a justiça, e tampouco a verdade, mas a decisão. Esse é o mistério do processo, uma lei oculta e um julgamento alto-referencial.²⁶¹

A porta descrita por Kafka é uma passagem, um meio de acesso colocado a disposição do homem para alcançar a lei que este tanto procurava. O porteiro tem o papel de guardar a lei até

²⁵⁷ BRAGA, Luiz Carlos Montans. Translúcido, claro e distinto ou Kafka diante da lei: verdade, metáfora, direito. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro. Vol. 6, nº 11, 2015. p.182.

²⁵⁸ *Ibden.* loc. cit.

²⁵⁹ DERRIDA, Jaques. *Acts of literature*. Inglaterra. Editora Routledge, Chapman and Hall, Inc. 1992. p. 581.

²⁶⁰ *Ibden.* p. 591.

²⁶¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Exceção e processo. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 90.

que o homem, a quem a lei é destinada, venha em sua busca, gerando o encontro entre o homem e a justiça. Porém, esse acesso nunca é efetivado, há algo que serve como entrave entre o homem e a lei, se criam tecnicismos, exigem-se os mais estranhos rituais, tudo com a função de afastar, de impedir o acesso.²⁶²

Dessa forma fica clara como se manifesta a inacessibilidade da lei na parábola diante da lei. Aqui vemos como a justiça se mostra inalcançável aqueles que não detém conhecimento, ou posses, aos hipossuficientes, que, ao se deparar com os portões da lei, não tem escolha a não ser aguardar, muitas vezes até a sua morte, por uma mero vislumbre do que há através dessas portas.

Nesse ponto, cabe menção a outro conto escrito por Kafka, que se relaciona com a questão da inacessibilidade da lei, ou da informação, qual seja, o conto “Uma mensagem imperial”²⁶³, que transcreveremos a seguir:

O imperador – assim dizem – enviou a ti, súdito solitário e lastimável, sombra ínfima ante o sol imperial, refugiada na mais remota distância, justamente a ti o imperador enviou, do leito de morte, uma mensagem. Fez ajoelhar-se o mensageiro ao pé da cama e sussurrou-lhe a mensagem no ouvido; tão importante lhe parecia, que mandou repeti-la em seu próprio ouvido. Assentindo com a cabeça, confirmou a exatidão das palavras. E, diante da turba reunida para assistir à sua morte – haviam derrubado todas as paredes impeditivas, e na escadaria em curva ampla e elevada, dispostos em círculo, estavam os grandes do império –, diante de todos, despachou o mensageiro. De pronto, este se pôs em marcha, homem vigoroso, incansável. Estendendo ora um braço, ora outro, abre passagem em meio à multidão; quando encontra obstáculo, aponta no peito a insígnia do sol; avança facilmente, como ninguém. Mas a multidão é enorme; suas moradas não têm fim. Fosse livre o terreno, como voaria, breve ouvirias na porta o golpe magnífico de seu punho.

Mas, ao contrário, esforça-se inutilmente; comprime-se nos aposentos do palácio central; jamais conseguirá atravessá-los; e se conseguisse, de nada valeria; precisaria empenhar-se em descer as escadas; e se as vencesse, de nada valeria; teria que percorrer os pátios; e depois dos pátios, o segundo palácio circundante; e novamente escadas e pátios; e mais outro palácio; e assim por milênios; e quando finalmente escapasse pelo último portão – mas isto nunca, nunca poderia acontecer – chegaria apenas à capital, o centro do mundo, onde se acumula a prodigiosa escória. Ninguém consegue passar por aí, muito menos com a mensagem de um morto. Mas, sentado à janela, tu a imaginas, enquanto a noite cai.

Fica claro ao analisarmos o conto de Kafka, que a mensagem que o súdito carrega tem um significado muito maior do que se faz parecer. Dentro da obra kafkiana é possível notar que as “portas” tem papel fundamental na narrativa e desenvolvimento da história e dos personagens,

²⁶² FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca, p. 136.

²⁶³ KAFKA, Franz. **Uma mensagem imperial**. In: Um médico rural. São Paulo. Editora Record. 7ª Ed. 2017. p. 41-42.

tratam- se de metáforas que prenunciam barreiras que se colocam como obstáculos a realização dos feitos pretendidos, dos objetos das narrativas.

O sentimento de justiça é algo muito próprio de cada indivíduo, porém, a vida em coletividade consagrou uma noção do que é justo. Essa noção estabelecida em critérios ou interesses mais coletivos, entendendo que, ao atingir esse desiderato teríamos alcançado a justiça para cada um. Não obstante, almejar chegar as portas da justiça é um dos sofrimentos humanos mais complexos, sofreremos para alcança-la porque ela parece impossível, assim como era a trajetória do servo para entregar a mensagem.²⁶⁴

Para entender o papel das portas na obra kafkiana - e nesse sentido faremos uma interpretação extensiva, incluindo as barreiras enfrentadas, tanto pelo súdito, quanto pelo camponês – é preciso fazer uma análise sobre os aceitos e os de fora. Isso porque, de um lado da porta, estão aqueles que já alcançaram o objetivo, que já adentraram a lei. Do outro lado, estão os que não alcançaram esse mesmo objetivo, que vivem fora do grupo e não fazem parte da realidade que os primeiros buscam defender. É comum que aqueles que conquistaram o lugar lutem para manter o seu *status quo*, o que dificulta, em regra, o acesso de novas pessoas, então as portas, que deveriam ser um objeto de acesso, passam a significar algo que impede a entrada, que dificulta o acesso, que proíbe a integração.²⁶⁵

Assim, o significado de diante da lei, prenuncia, antes de tudo, que o indivíduo não pode adentrá-la, ele está fora da lei, não está nem sob a lei, nem dentro dela. O homem é impedido de ver o seu interior. Atrás do primeiro porteiro há outros, um número que não é especificado, talvez mais do que se possa contar, cada um mais poderoso que o último. Basicamente temos aqui uma situação na qual não há uma questão de julgamento, nem de veredito, nem de sentença, e isso a torna ainda mais assustadora. O que temos é a lei, a lei que não está lá, mas que ao mesmo tempo está, e em consideração ao julgamento, este nunca chega. E, nesse sentido, o homem natural é, não somente um objeto da lei que se encontra fora da lei, ele é também pré-julgado²⁶⁶, não no sentido de ser julgado antecipadamente, mas de estar antecipado para um

²⁶⁴ FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca. p. 128.

²⁶⁵ FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca. p. 129.

²⁶⁶ Nota-se que no texto original é utilizado o termo *le préjugé*, seguido pela tradução em inglês que utiliza o termo *prejudge*. Na tradução optei por utilizar o termo pré- julgado, que dá a ideia de julgado de forma antecipada, uma vez que o termo pode ser mal interpretado com a conotação de preconceito, o que não é a intenção do texto.

juízo que está sempre em preparação e sempre adiado, pré-juízo como se fosse necessário julgar, procedendo à lei, o que para ele significa o julgamento apenas mais tarde.²⁶⁷

Diante da premissa da inacessibilidade da lei, devemos entender que, de certo modo, qualquer lei pode ser inacessível e absurda para aqueles que não detêm condições, financeiras, ou técnicas, necessárias a manipulação do direito, e nesse sentido, a lei pode se tornar algo inalcançável.

4.2.2 O processo e os direitos fundamentais do homem

Em uma manhã, Josef K. foi detido sem ter feito mal algum. Procurando entender melhor a sua situação encontrou a porta aberta da lei, e assim começa o seu processo. Processo em que os autos de acusação permanecem inacessíveis ao acusado e à sua defesa, no interior de uma grande organização que sustenta uma magistratura de grau elevado, com seu séquito de auxiliares, e no caso, carrascos. A sentença não vem só de uma vez, ao contrário, o processo se converte aos poucos em veredito.²⁶⁸

Durante muito tempo acreditamos que o Direito consistia em uma técnica capaz de operar o controle da sociedade, através de instrumentos normativos formais, e a essa concepção, também associávamos a compreensão dos princípios constitucionais como garantia do equilíbrio entre os antagonismos sociais presentes na ordem jurídica formal, de forma a deduzir decisões neutras e imparciais sobre o que é de direito.²⁶⁹

A situação retratado por Kafka nos auxilia a analisar como, muitas vezes, durante o curso de um processo, aqui notadamente o processo penal, o acusado se depara com a violação dos mais básicos direitos e garantias, de forma a se tornar vítima da máquina estatal. No presente tópico iremos analisar de forma aprofundada a questão dos direitos e garantias fundamentais dentro do processo, fazendo uma relação com situação vivida por K.

Nas palavras de Ferrajoli²⁷⁰, os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas sim prescritivas, descrevendo não o que acontece, mas o que deve acontecer. Em outras

²⁶⁷ DERRIDA, Jacques. **Before the law: The complete text of *Préjugés***. Minnesota. University of Minnesota Press. 2018. p. 761.

²⁶⁸ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Exceção e processo. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 189-190

²⁶⁹ *Ibden*. loc. cit.

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão teoria do garantismo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2014. p. 90.

palavras, tratam-se de implicações deônticas, normativas, de dever ser. Assim sendo, cada uma dessas implicações deônticas, ou princípios, enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, é uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena.

O direito penal é o conjunto de normas que regem as condutas tidas como proibidas e reprováveis, em razão de sua capacidade de ofensa ao interesse social coletivo. São as determinações produzidas pelo legislador e geridas pelo Estado, que devem ser seguidas buscando-se uma harmonização das relações.²⁷¹

O homem criminoso na obra de Kafka, não é capaz de decifrar a sentença, ou de entender qual o papel da penalidade, somente a entende quando começa a senti-la, decifra-a através dos suplícios que é forçado a passar. A pena não é apenas um instrumento da aplicação da norma ao condenado, ela é a reiteração do conteúdo normativo e do poder coercitivo estatal às outras pessoas, de forma a deixá-las cientes de não afrontar o Estado e as suas normas.²⁷²

Acontece que, na obra, nenhum tipo de direito ou garantia fundamental é respeitado. O que tem como consequência um processo absurdo, no qual a publicidade, o contraditório e a ampla defesa são violados de forma flagrante.

As garantias do contraditório e da ampla defesa se traduzem na necessidade de conferir as partes a ciência dos atos processuais, a possibilidade de produzirem as suas provas, de apresentarem suas razões, em suma, de influírem efetivamente na decisão. O contraditório é responsável por atribuir legitimidade à sentença penal, pois viabiliza que a liberdade do indivíduo apenas possa sofrer algum tipo de restrição por intermédio de um processo em que as partes participem da fase de conhecimento e da produção de provas.²⁷³

Não se pode pensar no Direito, e nas discussões sobre da sua legitimidade, sem antes levar em conta a problematização acerca dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito é erigido no processo constitucional, que tem uma dependência recíproca com os direitos

²⁷¹ FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca. p. 68.

²⁷² FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca. p. 77.

²⁷³ SILVEIRA; Rodrigo Mansour Magalhães da. **A publicidade e suas limitações – A tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. 2010. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho. p. 11.

fundamentais. Não se pode desatrelar a noção de processo da de direitos fundamentais, tampouco a ideia de constitucionalismo da de democracia.²⁷⁴

Nesse sentido, a publicidade constitui um dos princípios fundamentais do processo penal no Estado Democrático de Direito, uma vez que, tem como escopo assegurar a transparência das investigações, instruções e julgamentos, de modo a evitar a violação das outras garantias processuais, bem como, posturas e decisões arbitrárias, seja na fase do inquérito, seja no curso do processo.²⁷⁵

É o princípio da publicidade que viabiliza a fiscalização, pela comunidade e pelos atores processuais, da legalidade dos procedimentos adotados no curso da apuração penal e de sua autoria, conferindo ao acusado segurança acerca da observância das demais garantias. A publicidade assegura ainda, no plano processual, a atuação efetiva das outras garantias do devido processo legal, uma vez que, o acesso das partes às investigações e ao processo viabiliza um contraditório pleno e o exercício da ampla defesa.²⁷⁶

Não há dúvidas sobre a fundamentalidade da publicidade, e das demais garantias processuais para a efetivação do devido processo legal. O acesso à justiça, como o princípio complexo que é, só pode ser alcançado através da concretização dessas garantias no plano material. Durante todo o romance de Kafka, fica claro que nenhuma dessas garantias é respeitada, o que tem como consequência a total negativa de acesso à justiça.

4.3 O ESTRANGEIRO

A obra “O Estrangeiro” inscreve-se com maestria no jogo imaginético entre Literatura e Direito, proporcionando, a cada leitura, novas reflexões acerca da tensão entre a sociedade e o indivíduo, bem como, a sua ilusória dissolução por meio de um direito instrumentalizado. Escrito em um contexto histórico abalado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, “O estrangeiro” é marcado pelo escancaramento imaginético que a narrativa produz sobre as incongruências dos valores morais, e o sistema jurídico que se constrói em cima delas.²⁷⁷

²⁷⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: Ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Porto Alegre. V 25, nº 2, jul-dez 2009. p. 154-155.

²⁷⁵ SILVEIRA. op. cit. p. 13.

²⁷⁶ *Ibden*. p. 14.

²⁷⁷ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. loc. cit.

É curioso perceber que em grande parte da obra de Camus, o problema da justiça, ou melhor, a busca intransigente pelo justo e por ser justo, foi elevado a uma condição de centro-gravidade, em torno do qual são desenvolvidas as implicações e preocupações – éticas e metafísicas -, as quais estamos todos submetidos, seja por termos todos o mesmo destino comum de morte, seja através de uma existência sem sentido que gera revolta. Dessa mesma forma, as injustiças e os absurdos da história são combatidos por seus personagens, assim como também são combatidos aqueles que elevam a justiça à condição de um absoluto, perseguindo-a para além de qualquer limite.²⁷⁸

Na obra de Camus, o personagem principal, um franco-argelino de nome Mersault, levava uma vida, aparentemente sem maiores acontecimentos, mais adiante no decorrer da obra, após uma briga na praia, Mersault comete um homicídio, ao atirar em um árabe, o que muda toda a trajetória do romance. O curioso é que, apesar de ter ido a júri a acusação contra o personagem não centrou suas forças no homicídio, em verdade, a sociedade não suportava o fato de que Mersault não havia chorado do velório de sua mãe.²⁷⁹

Vemos portanto que o personagem é condenado, não pelo homicídio cometido, mas e sim por não ter demonstrado tristeza no enterro da mãe. O árabe, era apenas um detalhe no processo, uma vida sem importância.²⁸⁰

Através desse recorte, podemos perceber como os papéis da sociedade, e do acusado, são manipulados pelo autor, de forma a nos levar a uma reflexão, acerca da vida, e de seu sentido. E como, um indivíduo alheio a tudo e todos, pode ser a metáfora perfeita para o desencanto jurídico, que proporciona, dentre outras consequências, a inacessibilidade da lei, ou melhor, a sua não compreensão por parte do indivíduo comum.

4.3.1.1 A filosofia do absurdo e da revolta na obra camusiana

“O estrangeiro” inicia-se exibindo drasticamente o caráter de Mersault, marcado pelo desapego e pela indiferença. Na sequência da morte de sua mãe, o protagonista descreve a sua viagem

²⁷⁸ JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **Albert Camus e o Direito: Itinerário libertário para uma filosofia jurídica**. 2014 Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Mara Regina de Oliveira. p. 13.

²⁷⁹ NASCIMENTO, Ismar Barbosa. O extermínio da juventude negra no Brasil: Indagações à luz de “O Estrangeiro”. **Revista de direito, arte e literatura**. Salvador. V. 4 n° 1, jan-jun 2018. p. 63.

²⁸⁰ *Ibden*. p. 58.

para o asilo no qual ela se encontrava, sem demonstrar grandes emoções, e intrigado pelo estranhamento apresentado por todos, ao perceberem que o filho não demonstrava qualquer sinal de tristeza com a partida da mãe.²⁸¹

Antes de analisar propriamente o objeto do capítulo, deve ser feita uma introdução breve sobre o que seria considerado um absurdo, ou situações absurdas, e como o direito se relaciona com a manutenção desse status.

A filosofia do existencialismo, se tornou uma corrente forte de linguagem durante os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, principalmente na França, onde os pensadores resolveram trazer um novo diálogo em meio a tantos desastres, a fim de elucidar as discussões sobre os maiores problemas que as guerras ocasionam aos indivíduos de seu tempo. É nesse meio que o argelino Albert Camus, fundamenta uma corrente filosófica distinta do existencialismo, a filosofia do absurdismo.²⁸²

E, é através da literatura, que Camus recria as discussões do mundo com ênfases filosóficas, trazendo para a sociedade questionamentos de sua própria experiência - como por exemplo a fome, a pobreza, a tristeza e a felicidade – gerando no mundo sensível, literário e filosófico o conceito do absurdo, e, conseqüentemente da revolta.²⁸³

A obra *O estrangeiro* se encaixa no que seu autor optou por chamar de “estética do absurdo” . Camus define o absurdo como o confronto entre os fatos e ideias naturalmente inconciliáveis, sua essência não se encontra separadamente, no homem ou no mundo, mas na existência relacional de ambos, o que culmina na opressão resultante do confronto entre o homem dotado de vontade e o mundo involuntário que o cerca. Assim sendo, o absurdo termina com a morte, assim como todos os outros elementos da vida que envolvem a condição humana.²⁸⁴

Assim, o homem absurdo de Camus é o que enfrenta lucidamente a condição e a humanidade absurda. Antecedido intuitiva e literariamente pelo gênio de Franz Kafka, Camus é o primeiro a descrever objetivamente as situações e conseqüências da absurdidade, compreendendo sua

²⁸¹ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 141.

²⁸² SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e a sua contribuição para a literatura. **Revista Enciclopédia**. Pelotas. Vol 5. 2016. p. 102.

²⁸³ SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e a sua contribuição para a literatura. **Revista Enciclopédia**. Pelotas. Vol 5. 2016. p. 102.

²⁸⁴ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 142.

lógica e propondo a sua moral. De lá para cá, a absurdidade do ser humano se estendeu, sofreu metástases e prosperou, e nesse meio tempo a humanidade absurda também adotou disfarces.²⁸⁵

A ética camusiana salienta que o ser humano precisa atingir o bem sem buscar o sentido desse bem. Significa atingir o sentido da vida sem buscá-lo. O encontro entre o homem, o mundo e a contradição entre ambos se baseia no entendimento de que o indivíduo nunca terá a compreensão exata do todo.²⁸⁶

O clima da absurdidade está no começo das coisas. O fim é o universo absurdo e esse estado de espírito que clareia o mundo, com uma luz que lhe é própria. Nesse seguimento, todas as grandes ações, e todos os grandes pensamentos tem um começo irrisório, as grandes obras nascem, frequentemente, na esquina de uma rua, ou dentro de um bar, e assim também é a absurdidade. O mundo absurdo extrai a sua nobreza desse nascimento miserável.²⁸⁷

O absurdo é o ponto zero da reflexão camusiana, figurando como uma de suas primeiras verdades. Antes de descobrir o absurdo o homem vive enredado em seus hábitos cotidianos, isso porque esta é uma característica inerente ao ser humano, ele antes aprende a viver, para depois aprender a refletir. Ocorre que, ao descobrir o absurdo, os cenários desmoronam, a vida mecânica tem o seu fim. Ocorrendo essa quebra, o indivíduo se depara com duas escolhas, ou haverá um retorno inconsciente a essa cadeia de atos, ou o despertar definitivo.²⁸⁸

Em “O estrangeiro” percebemos que Camus estabelece uma ponte entre o absurdo e a revolta do mundo, que vem a findar os questionamentos internos do homem através dos conceitos no cotidiano do ser humano, já inserido nessa sociedade.²⁸⁹ Segundo a filosofia proposta por Camus, o ser humano manifesta a felicidade em meio ao absurdo, e com isso, ele procura demonstrar que o absurdo leva o indivíduo a um estado de revolta, isso porque, o ser humano passa a criticar a sua própria existência. O homem camusiano descobre a si mesmo enquanto revoltado e denomina tal ação ao fundamento próprio da atitude, da revelação.²⁹⁰

Portanto, podemos perceber que a filosofia do absurdo consiste em entender que, de fato, a vida não tem sentido, e que os seres humanos estão fadados a repetir tarefas fúteis, tal qual Sísifo ao

²⁸⁵ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro. Editora Record. 12ª Ed. 2018. p. 3.

²⁸⁶ SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e a sua contribuição para a literatura. **Revista Enciclopédia**. Pelotas. Vol 5. 2016. p. 103.

²⁸⁷ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro. Editora Record. 12ª Ed. 2018. p. 14.

²⁸⁸ GESKE, Samara Fernanda Almeida Oliveira de Lócio e Silva. **O avesso e o direito da escritura camusiana: De *L'Étranger* aos *Écrits de Jeunesse***. 2011. Tese. (Mestrado em Letras) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cláudia Amigo Pino. p. 19.

²⁸⁹ SILVA, André. op. cit. loc. cit.

²⁹⁰ *Ibden*. p. 104.

empurrar a pedra ladeira acima. Assim, segundo Camus, o absurdo seria a realização, por parte do indivíduo, de que sua vida não vale a pena, o que causaria uma revolta, que, só poderia levar a dois caminhos – a morte, através do suicídio ou a continuação de uma vida sem razão de ser –, portanto o absurdo só findaria com a morte, e a vida significa apenas a continuação dos tormentos do homem.²⁹¹

Entendido o conceito de absurdo dentro da obra de Camus, passemos a próxima etapa, qual seja, entender o que significa a realização do ciclo do absurdo dentro do contexto do presente trabalho. Explica-se, a criação de indivíduos revoltados, que se tornam inertes e indiferentes a sociedade e ao direito, cria uma atmosfera que prejudica a concretização do acesso à justiça, isso porque, um indivíduo alheio ao direito, e as convenções sociais também não busca a lei, apenas se vê “engolido” por ela, tal qual Mersault, que se encontra aliviado de estar preso, e sob o julgamento do tribunal.

Mersault vive plenamente a absurdidade, na medida em que vive separado de si mesmo e da sociedade que o exila e o condena. Sua separação com a sociedade chega a tal ponto que esse divórcio tem o fim abrupto com a sua morte.²⁹²

Inadmitindo a racionalidade universal, capaz de conduzir os indivíduos a um senso moral único, Camus nos leva a refletir sobre as raízes das normas que compõe o ordenamento jurídico, que é constituído em um exorbitante excesso normativo, que resulta em uma atividade incessante de codificação da realidade, que, por ser humana, apresenta-se consequentemente imprevisível e mutável, e assim, sempre excedente à prévia normatização.²⁹³

No julgamento do qual Mersault figura como réu, não se pretende julgá-lo pelo crime que cometeu, ele é julgado por ser quem é. A justiça vê Mersault sob a perspectiva de sua ética espontânea, seu modo de pensar, que é incompatível com o social, pois, o permite realizar condutas antijurídicas, além de não ser afetado pela ameaça de prisão. Mersault responde a outra lógica, a de sua própria ética, e não é afetado por valores ou punições sociais. As ameaças sociais não são capazes de atingi-lo ou reformá-lo.²⁹⁴

²⁹¹ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro. Editora Record. 12ª Ed. 2018.

²⁹² GESKE, Samara Fernanda Almeida Oliveira de Lócio e Silva. **O avesso e o direito da escritura camusiana: De L'Étranger aos Écrits de Jeunesse**. 2011. Tese. (Mestrado em Letras) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cláudia Amigo Pino. p. 21.

²⁹³ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 153.

²⁹⁴ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. p. 271-272.

Assim, resta claro o prejuízo que esse tipo de contexto causa na integração do indivíduo como um membro funcional da sociedade. A indiferença retratada por Camus deve servir como um alerta para os malefícios do indivíduo que se torna alheio as convenções sociais, que se afasta do acesso à justiça.

4.3.2 A justiça estrangeira ou o estrangeiro à justiça

Mersault é um personagem absurdo, um estrangeiro, um homem separado do mundo, um exilado. Em alguns momentos ele revela-se até estranho a si mesmo. Em certo ponto da narrativa, ele observa a sua imagem no fundo de uma bacia de água e não reconhece aquele rosto sério que era refletido enquanto ele mesmo sorria. Esse estranhamento está relacionado com o sentimento despertado pelo absurdo. Estrangeiro ao mundo e a si mesmo, Mersault também é estranho a outros homens, para o procurador ele é um homem sem alma, desprovido de qualquer princípio moral que guarda o coração humano.²⁹⁵

A convivência democrática não se faz presente por aqueles cujo retorno do lugar de “mocinho”, imaginário por excelência, ficou aparentemente retido na vida adulta, essa luta por defenestrar o mal, de acabar com os ditos criminosos, punir aqueles que fazem objeção a cruzada pela salvação social é o mote. Nessa suposta luta pelo Bem ainda vão haver aqueles que seguirão as regras em busca de um processo hígido. O perigo de uma cruzada dessas já foi representado na história por Robespierre, ou por Demóstenes, para os quais, o discurso precisa ser forte, entretanto desde já entendido que não adianta os convencer, uma vez que se encontram eclipsados em suas fantasias de mocinhos eternos, insuflados por eles mesmos.²⁹⁶

Em uma carta escrita por Otto Dietrich zur Linde, um herdeiro de uma família de militares renomada - que acaba sendo condenado ao fuzilamento como torturador e assassino - e na véspera de sua execução escreve a carta. Em seu conteúdo, ele não reclama da decisão do Tribunal, que agiu de forma correta, uma vez que o mesmo se declarou culpado, não quer a

²⁹⁵ GESKE, Samara Fernanda Almeida Oliveira de Lócio e Silva. **O avesso e o direito da escritura camusiana: De *L'Étranger* aos *Écrits de Jeunesse***. 2011. Tese. (Mestrado em Letras) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cláudia Amigo Pino. p. 98.

²⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Narrar histórias No e Pelo processo penal, com Jorge Luís Borges. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto. nº 23. jan/dez 2014. p. 206.

absolvição ou clemência, apenas quer ser compreendido. Quer explicar a sua motivação de agir, sem temor ou pretensão de ser perdoado, uma vez que não sente culpa pelo que fez.²⁹⁷

Nesse sentido, a justiça é considerada por muitos a principal virtude, a fonte de todas as outras. O seu pensamento, e até a sua terminologia, sempre nos incitaram a confundir o valor de justiça com o da moralidade. Isso porque, a literatura moral e religiosa reconhece no justo o homem que é integralmente honesto, a justiça é o nome comum de todas as formas de mérito. Segundo essa concepção, a justiça contrabalecearia todos os outros valores.²⁹⁸

No entanto, não podemos deixar de elucidar que a justiça é um conceito universal, que governa o mundo, a natureza e a humanidade, é a essência das religiões, ao mesmo tempo que dá forma a razão, é o que há de mais primitivo na alma humana, uma noção que as massas reclamam até os dias atuais. E assim o sendo, importante apontar que cada um defenderá uma concepção de justiça que lhe dê razão, e que deixe o adversário em má posição, portanto, é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça.²⁹⁹

Partindo desse ponto, o indivíduo absurdo se mostra incompatível com a vida em sociedade, é uma existência desinteressada, sem valores, não existindo espaço para uma relação entre os interesses e necessidades sociais e a responsabilidade moral individual. Um indivíduo como Mersault, movido apenas por instintos básicos e por uma racionalidade egoísta, jamais poderá dar garantias a sociedade, de que não atentará contra a sua existência novamente. Volta-se a um estado de natureza, tal como preconizado por Rousseau, onde não existe obediência mediante a vontade geral, se o “estrangeiro” Mersault não abdica de seus direitos naturais não existe pacto, e portanto, não existe convivência social.³⁰⁰

A liberdade existencial de Mersault é responsável por aprisioná-lo no mundo fático e circunstancial, ele encontra-se preso entre o mundo das inclinações e da desmesura e o mundo das normas, das leis, e dos princípios. Assim, ele representa claramente a condição humana definida por Kant, como a “insociável sociabilidade”, negando as normas reguladoras da vida em sociedade.³⁰¹

²⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Narrar histórias No e Pelo processo penal, com Jorge Luís Borges. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto. n° 23. jan/dez 2014. p. 207.

²⁹⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2ª Ed. 2005. p. 7.

²⁹⁹ PERELMAN. op. cit. p. 8-9.

³⁰⁰ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, n° 56, 2008. p. 264.

³⁰¹ *Ibden*. loc. cit.

No discurso das ciências empíricas, pressupomos as noções de causa e efeito, o que implica que todo ato humano é praticado por uma entidade determinada, em um mundo espacial e temporal. No entanto, não é assim que agimos, na moralidade da vida cotidiana, tratamos os outros como indivíduos que possuem a capacidade de fazer promessas e escolhas, considerado-os responsáveis por suas ações.³⁰²

Ao definimos o sentido de justiça formal como um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma forma, temos que, a aplicação da justiça pressupõe uma ordenação dos seres de acordo com a característica essencial que lhe serve de base. Assim, toda a aplicação da justiça exige, previamente, uma divisão do universo do discurso. O problema que se desenvolve a partir disso é que, na verdade o nosso senso de justiça pessoal leva em conta várias categorias ao mesmo tempo, ou seja, ao invés de separá-las, aplicam-se simultaneamente várias categorias essenciais independentes, que nem sempre concordam entre si.³⁰³

Nesses sentidos, o fato de Mersault se mostrar totalmente alheio às convenções sociais, o transforma em um estrangeiro dentro do próprio ordenamento, a sua estranheza perante os outros o faz ser excluído, o que resulta em um indivíduo barrado da sociedade, e em consequência, da própria lei.

4.4 A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DAS OBRAS O PROCESSO E O ESTRANGEIRO

Analisados os aspectos das obras que importam ao entendimento do objeto do presente trabalho, chegamos ao tópico final, onde poderemos verificar se foram respondidos os questionamentos levantados no início do capítulo.

Primeiramente, em relação à reflexão da efetividade do acesso à justiça através da análise das obras estudadas. Fica claro durante a trajetória do trabalho que, tanto “O processo”, quanto o “O estrangeiro” são capazes de demonstrar as consequências da negação do acesso à justiça.

³⁰² MORISON, Wayne. **Filosofia do direito: Dos gregos ao pós moderno**. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2012 p. 162.

³⁰³ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2ª Ed. 2005. p. 34.

Através dessas obras podemos inferir que o acesso à justiça ainda encontra diversas barreiras para a sua concretização.

Os diferentes elementos do singular processo do qual Josef K. é réu, são aspectos da justiça invertida que acompanha o desmoronamento do mundo comum instituído por símbolos partilhados. Muitos traços invocados em “O processo” podem ser identificados na nossa realidade – o papel às vezes ambíguo do advogado, a dificuldade de acesso ao pretório, a lentidão da ação judicial, a imprevisibilidade da decisão, a construção do acusado pelo dossiê – estas características retratam, não os disfuncionamentos da justiça, mas em verdade, o seu funcionamento ordinário.³⁰⁴

Mersault é fiel ao seu absurdo. Ele serve a justiça para não aumentar a injustiça de sua condição. Sua coragem está em aceitar as ações em todas as suas consequências. Ele é condenado por não ceder às artimanhas jurídicas e manter-se fiel à verdade. Suas qualidades se tornam suas esmagadoras acusações.³⁰⁵

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Essa empreitada requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Devemos pensar a ordem jurídica, nas próprias instituições, pela perspectiva do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, o problema do acesso à justiça traz a tona a necessidade de uma programa de reforma, de um novo método de pensamento.³⁰⁶

A justiça instituinte emite decisões que interrompem o curso das coisas, põem um tempo à disputa, bloqueando o ciclo infernal da violência e da degradação. Entretanto, a justiça com que Josef K. está às voltas é a de uma tramitação indefinidamente distendida, sem verdadeiro começo nem fim. Aleatória, e infinitamente distendida, a temporalidade de “O processo” é também invertida, a condenação precede o inquérito, e a execução precede a condenação. É como se o protagonista já estivesse desde sempre condenado, como se o processo tivesse por única função fazer chegar essa verdade a consciência do condenado.³⁰⁷

³⁰⁴ OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005. p. 452.

³⁰⁵ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008. loc. cit.

³⁰⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça na sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

³⁰⁷ OST. op. cit. p. 454.

A curta história de “ O estrangeiro” apresenta-se como um exemplo ímpar de conectividade entre Direito e Literatura. Frente as profundas reflexões provocadas pela narrativa de Camus, autor que cria estreitas ligações entre o Direito, a Filosofia e a Literatura, no sentido de realizar críticas que se mostram tão contemporâneas, devido a essencialidade e a complexidade dos temas nela abordados.³⁰⁸

Assim, o estudo da literatura e do direito pode ser traduzido nesse novo método de pensamento, a partir do momento que a interpretação dessas obras nos sensibiliza, e demonstra na prática as consequências da falta de efetividade do princípio do acesso à justiça.

³⁰⁸ FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan – Jun 2015. p. 154.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista o quanto exposto no presente trabalho, resta clara a patente importância do princípio do acesso à justiça dentro do ordenamento de qualquer Estado Democrático de Direito. O referido princípio, sofreu diversas metamorfoses desde o seu surgimento em meio as Revoluções Burguesas do séc. XVIII, e de lá pra cá seu alcance tem aumentando, buscando expandir o acesso à lei, principalmente para aqueles que se encontram nas margens da sociedade. Entretanto, em que pese a sua essencialidade para qualquer sistema jurídico, é possível verificar, que, ainda hoje, a concretização desse princípio fundamental encontra barreiras que impedem sua materialização plena.

No que tange a essas barreiras mencionadas, podemos depreender que, tal como Cappelletti e Garth já prenunciavam em meados da década de 80, a hipossuficiência é um dos fatores que mais contribuem para esse afastamento entre o indivíduo e o Direito. Aliada a essa questão, não podemos deixar de mencionar como a falta de conhecimento técnico também contribui para a exclusão do sistema. Em verdade, devemos analisar essa duas barreiras de forma conjunta, isso porque se relacionam de forma íntima.

Ora, a hipossuficiência e o desconhecimento da lei são duas faces de uma mesma moeda. De fato, ao levarmos em conta a situação social e financeira da maioria dos brasileiros, nos deparamos com uma realidade em que o desconhecimento de seus direitos é parte do cotidiano. Esse cenário leva a uma flagrante violação de todos os tipos de garantias, que embora positivadas pela nossa Carta Maior, muitas vezes não passam de meros desejos que nunca são realizados. É claro que não se pretende afirmar que o acesso à justiça é somente uma utopia, de forma contrária, ao longo de sua formação é possível notar claramente a evolução que sofreu, destaque aqui para o instituto da assistência judiciária gratuita, que se mostra um instrumento de suma importância para a superação da barreira financeira e técnica.

Conclui-se que a grande dificuldade de materializar o acesso à justiça na prática se dá diante de sua classificação como um princípio de alta complexidade. Explica-se, a longo do trabalho, optamos por classificar o acesso à justiça como um princípio, em decorrência da complexidade que ele emana, e do emaranhado de outras garantias que ele abarca. E, se por um lado esse caráter universal do acesso à justiça é um dos seus pontos fortes - permite a criação de uma relação orgânica entre diversos outros direitos - por outro dificulta a sua plena realização, na

medida em que o acesso à justiça só será pleno quando alcançadas todas essas garantias, tais como a publicidade, o contraditório, a ampla defesa, dentre outras.

Ainda nesse sentido, podemos enxergar que o princípio em epígrafe tem uma eficácia contida, tendo em vista a sua necessidade de uma posição mais ativa do Estado para a sua concretização. Enxergamos aí uma questão que merece atenção, em se tratando de princípios fundamentais, como é o caso do presente, esses devem sempre ter uma aplicação imediata, dada a sua importância na proteção dos indivíduos frente ao Estado, esse deveria ser o caso também da garantia do acesso à justiça. Contudo, como explanado acima, devido a sua complexidade e dependência de outros direitos, bem como a necessidade de uma posição ativa do Estado, o acesso à justiça pode ter aplicabilidade possivelmente não integral. Trata-se do maior obstáculo a concretização do acesso à justiça.

Essa assertiva é corroborada através do estudo das obras “ O processo” e “ O estrangeiro”, uma vez que estas são capazes de elaborar, por meio da literatura, uma reflexão sobre como os problemas relacionados a dificuldade de participação do indivíduo são resultado de um sistema que perpetua a inércia por parte do jurisdicionado. A literatura é um instrumento precioso para que possamos fazer reflexões sobre a nossa realidade, a máxima de que a vida imita a arte, e vice versa é sempre verdadeira, analisando as obras estudadas podemos entender que muitas vezes a máquina jurídica e suas complexidades são responsáveis por afastar homem comum da lei, e assim sendo devemos procurar maneiras de sanar essa questão.

Os sistemas jurídicos das obras, a primeira vista nos parecem absurdos e irrealistas, contudo, é nesse ponto que a reflexão se torna fundamental. Em verdade, o objetivo do presente trabalho é demonstrar como, absurdos como os narrados nas obras acontecem todos os dias, em como, numa base diária, o acesso à justiça é negado de forma brutal àqueles que mais precisam. O judiciário, de fato é inacessível para o camponês, seja ele o personagem de Kafka, seja um trabalhador qualquer vivendo na cidade.

Tal como Mersault, estrangeiro dentro do sistema, há aqueles que, ainda hoje, na realidade concreta, são deslocados do judiciário, são marginalizados. É através do exagero que essas obras são capazes de demonstrar as consequências finais de um Estado opressor, do desrespeito a qualquer tipo de garantia e direito fundamental.

Conclui-se, assim, que a literatura é uma ferramenta que possibilita a melhor compreensão do fenômeno do acesso à justiça. Estabelecida essa premissa, o estudo dessas obras nos leva a duas interpretações. Em primeiro lugar, que a violação de outros direitos e garantias, que compõe a complexidade do acesso à justiça, é responsável pela maior barreira à efetividade do princípio em epígrafe. Em segundo lugar, que o próprio sistema é responsável por gerar no indivíduo um estado de inércia, e uma ideia de inalcançabilidade do judiciário.

Ademais, ao se debruçar sobre esses romances é possível se espelhar a própria realidade em que vivemos. Em que pese a Constituição Brasileira assegure ao indivíduo a garantia do acesso à justiça, muitas vezes esse direito não é materialmente concretizado, na medida em que é falho o entendimento desse indivíduo sobre o sistema jurídico, e as próprias instituições não se prestam ao papel de fomentar a participação da sociedade no direito.

Ressalte-se que através da interpretação das situações que ocorrem nos romances, o leitor passa a ter uma noção maior de seu papel na sociedade, de seu direito perante a lei. Dessa forma, há uma inegável repercussão que essa nova percepção causa dentro do Estado Democrático de Direito. A esfera subjetiva do jurisdicionado deve ser levada em consideração quando tentamos atacar as barreiras que impedem o acesso à justiça, a mudança de pensamento gera como consequência a mudança da sociedade.

Diante disso, constata-se que a literatura e o direito não são estranhos, pelo contrário, é possível observar que esse estudo interdisciplinar contribui de forma a melhorar a interpretação dos institutos jurídicos. O Direito pode ser uma instituição utilizada para controlar a sociedade, sendo um instrumento de manutenção do *status quo*, e por esse motivo, a busca de outros meios de interpretação das leis serve de alicerce para um direito mais humano, mais acessível, e isso se dá através da literatura.

Ante o exposto, neste trabalho, buscou-se expor argumentos que militam a favor da utilização da literatura como instrumento que expande o pensamento, de forma auxiliar novas interpretações dos velhos institutos. E, sobretudo, o presente estudo tem como escopo fomentar o debate sobre como os romances “O processo” e “O estrangeiro” são representações artísticas das consequências da negação do acesso à justiça, sendo este um dos caminhos para estimular o desenvolvimento subjetivo do indivíduo, de forma a desconstruir a ideia de que a lei, de a justiça, não são alcançáveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista de processo: RePro**. Rio de Janeiro, jun 2010. p. 753 - 784.

_____. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese. (Doutorado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira.

ALCÂNTARA, Fernanda Pontes. O princípio constitucional da individualização da pena e sua efetividade na execução penal por meio das comissões técnicas de classificação. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p. 287-309.

ARANTES, Evandro Borges. A essência democrática do novo código de processo civil e as reflexas inovações para o exercício da advocacia e para a efetividade da acesso à justiça. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p. 39-57.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Editora Malheiros. 10ª Ed. 2009.

BARBOSA, Lauriano Resende. A educação como política pública garantidora do acesso á justiça. **Revista Processo Civil Democrático**. São Paulo, 2017. p. 261 – 284.

BARROS, Fernanda Otoni de. Atravessar as fronteiras, sem todo o processo. **Revista Direito e psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 179-187.

BELTRAME, Priscila Akemi. **A eficácia do acesso à justiça e a reconstrução institucional em regiões pós-conflito: contribuição ao marco teórico da reconstrução de sistemas de justiça**. 2011. Tese. (Mestrado em direitos humanos) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho.

BENJAMIN, Walter. **Illuminations essays and reflections**. Nova Iorque. Schocken Books. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008. p. 25- 61.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de janeiro. Editora Elsevier. 7ª Ed. 2004.

BOMFIN, Thiago Rodrigues de Pontes. Acesso à justiça como requisito indispensável à delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do mestrado em direito**. Alagoas. V. 1, n. 1. 2005. p. 435 – 460.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 451-483.

BRAGA, Luiz Carlos Montans. Translúcido, claro e distinto ou Kafka diante da lei: verdade, metáfora, direito. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro. Vol. 6, nº 11, 2015. p. 173-193.

BRITO, Altina Fabiane de Oliveira. **O princípio da efetividade: implicações históricas e atuais**. 2006. Tese (Especialização em direito processual civil) – Faculdade Jorge Amado – Unijorge, Salvador.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro. Editora Record. 12ª Ed. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

CARDOSO, Alenilton da Silva. A função social do processo civil na perspectiva constitucional do acesso à justiça. **Revista Forense**. São Paulo, v. 426, p. 31 -45.

CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Urgências de tutela processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito**. Curitiba. Editora Juruá, 2008, p. 79-98.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo; A ação – Um Breve Ensaio sobre a sua História, sua natureza Jurídica e a Aplicação da sua Teoria no Estudo do Acesso à Justiça e das Condições da Ação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo nº 59, 2008.

CARTAXO, Azevedo Hamilton; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. A efetividade da prestação da tutela jurisdicional e a possibilidade de dispensa do relatório da sentença, em face do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. **Revista Jurídica**. Porto Alegre. Ano 56, nº 366, abril/2008. P. 29-40.

CHUEIRI, Vera Karam de; Kafka, Kavka, K.: do nebuloso ao que se revela como surpresa. In. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e literatura: ensaios críticos**. São Paulo. Editora Livraria do Advogado, 2008.

COLAÇO, Thais Luiza; MATTOS, Fernando da Silva. Cinema e literatura como instrumentos de contenção da crise operacional do ensino jurídico. **Revista de direito, arte e literatura**. Curitiba. Vol. 2, nº 2, jul/dez 2016. p. 54-69. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/1332>. Acesso em: 26/04/2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018**. Acesso em 10/09/2019.

Constituição Federal 1988

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

CORREIA, Victor. Direito e literatura: O processo de Kafka. **Revista da ordem dos advogados portugueses**. Lisboa. Ano 69. jan-jun 2009.

COSTA, Luís Inácio Oliveira. Kafka diante da lei: a parábola e o anti-romance. **Revista direito e psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 219-228.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: Ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Porto Alegre. V 25, nº 2, jul-dez 2009. p. 131-215.

DERRIDA, Jaques. *Acts of literature*. Inglaterra. Editora Routledge, Chapman and Hall, Inc. 1992.

_____. **Before the law: The complete text of *Préjugés***. Minnesota. University of Minnesota Press. 2018.

_____. **Força de Lei**. Rio de Janeiro Editora Martins Fontes, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão teoria do garantismo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 346-359.

FERNANDES, Iata Anderson; **A Humanização do Direito: uma leitura de três contos de Kafka**. 2016. Tese. (Mestrado em Ciências Sociais e Humanas) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte. Orientador: Prof. Dr. Ailton Siqueira de Sousa Fonseca.

FREITAS; Lorena Martoni de. Direito e literatura: o absurdo no direito em *O Estrangeiro*, de Albert Camus. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Vol. 1 n. 1. Jan/Jun 2015.

GESKE, Samara Fernanda Almeida Oliveira de Lócio e Silva. **O avesso e o direito da escritura camusiana: De *L'Étranger* aos *Écrits de Jeunesse***. 2011. Tese. (Mestrado em Letras) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cláudia Amigo Pino.

GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam. **Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar a direito**. Editora Livraria do Advogado, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre factilidade e validade**. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. Vol. 1. 2ª Ed, 2003.

HARTMANN, Helen. À guisa de introduções ao “Direito e Psicanálise: interseção a partir de O processo, de Franz Kafka”. **Revista Direito e psicanálise**. São Paulo, 2008.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A proteção aos direitos do cidadão e o acesso á justiça. **Revista de direito constitucional e internacional**. Abr/Jun 1993.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **Albert Camus e o Direito: Itinerário libertário para uma filosofia jurídica**. 2014 Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Mara Regina de Oliveira.

KAFKA, Franz. **Uma mensagem imperial**. In: Um médico rural. São Paulo. Editora Record. 7ª Ed. 2017.

KOSOP, Roberto José Covaia; LIMA, José Edmilson de Souza. As intensidades kafkianas : Reflexões acerca do desencanto jurídico. **Revista de direito, arte e literatura**. Brasília. Vol. 3, n. 1. Jan/Jun 2017.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. LCC Publicações eletrônicas. 2006.

LAGRASTA, Caetano. A Justiça, o pobre e a desburocratização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, jun 82. p.735-738.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos e acesso à justiça. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, mar 05, p. 740-751.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André Jean (Org.). Niklas Luhmann: **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 33-107.

_____. **Sociologia jurídica I**. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. 1983.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais : (in)efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica**. Santa Catarina, v. 1, p. 47-56, 2011.

MALUCELLI, Dayse Stoklos; O Absurdo e Inefável Processo... de uma Análise. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 249-254.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas SA, 5ª Ed. 2014.

MARQUES, Agostinho Ramalho. O processo kafkiano. **Revista de direito e psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 101-131.

MARTINHO, José; “Como se esta Vergonha Devesse Sobreviver-lhe” . **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 235 -248.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador. Editora Jus Podiun. 2008.

MORISON, Wayne. **Filosofia do direito: Dos gregos ao pós moderno**. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2012.

NETO, Bruno Andrade Sampaio. **Ideologia e Absurdo na Obra de Kafka**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador.

NASCIMENTO, Ismar Barbosa. O extermínio da juventude negra no Brasil: Indagações à luz de “O Estrangeiro”. **Revista de direito, arte e literatura**. Salvador. V. 4 n ° 1, jan-jun 2018. p. 57-73. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/4321/pdf>. Acesso em: 26/04/2019.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008. p. 417-450.

NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética: la imaginacion literaria y la vida publica**. Barcelona. Editorial Andres Bello. 1997.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MAEOKA, Erika. A corte interamericana de direitos humanos e a promoção do acesso à justiça. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 13, 2009, p. 229- 253.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; O Direito e o Absurdo: uma análise de “O Estrangeiro”, de Albert Camus. **Revista Sequências**, nº 56, 2008.

OST, François; **Contar a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2005.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Rio de Janeiro. Editora Martins Fontes. 2005.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 83 - 97.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. Os dois processos. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 95-99.

PEREIRA, Osny Duarte. A crescente perda de direito de acesso à justiça. **Revista dos Tribunais**. Rio de janeiro, 1981. p. 1057 - 1065.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2ª Ed. 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernadina (Org.). **Temas contemporâneos de direito processual**. São Paulo, 2004. p. 8-15.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo. Editora Saraiva. 15ª Ed. 2015.

PORTO, Simone Peixoto Ferreira. A justiça sobre a perspectiva das obras clássicas da literatura mundial: Antígona, O Mercador de Veneza e O Processo. **Revista de direito, arte e literatura**. Brasília. Vol 2, nº 1, jan/jun 2016. p. 235-252. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/648>. Acesso em: 26/04/2019.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Exceção e processo. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008. p. 189-194.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2007.

RAMOS, Hebe Pires. **Acesso à justiça e princípio da efetividade por meio do modelo da justiça restaurativa: Em busca da restauração do tecido social na aplicação de medidas socioeducativas**. 2017. Tese (Mestrado em direitos humanos) – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Pelizzoli.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de processo : Repro**. Vol 258, agosto de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.02.PDF. Acesso em: 17.08.19.

RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. **Revista da Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em : 22.05.19

RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul – dez. 2008. p. 465-491.

ROSA, Alexandre Moraes da. Narrar histórias No e Pelo processo penal, com Jorge Luís Borges. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto. nº 23. jan/dez 2014. p. 203-216.

_____. Kafka: O gozo dos assistentes. **Revista Direito e Psicanálise**. São Paulo, 2008, p. 155-177.

SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. 2014, 55-66. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66> . Acesso em: 22. 05.19

SANTANA, Alexandre Avalo. Acesso à **justiça como um direito fundamental substantivo**. 2017. Tese. (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMGS, Mato Grosso do Sul. Orientador: Prof. Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. Porto. Edições Afrontamento. 7ª Ed. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 12ª Ed. 2015.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em direito**. Alagoas. V. 1, n. 1. 2005. p. 17-90.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins; A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a efetividade da norma Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. 2007.

SEATON, James. Law and Literature: Works, Criticism, and Theory. Yale Journal of Law The Humanities. 1999. Disponível em : <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol11/iss2/8/>. Acesso em: 12.10.19.

SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e a sua contribuição para a literatura. **Revista Enciclopédia**. Pelotas. Vol 5. 2016. p. 101-122.

SILVA. Antonio Rafael da. **A democratização do acesso à justiça: um estudo sobre a defensoria pública do estado do maranhão**. 2004. Tese. (Mestrado em ciência política) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, São Paulo. Orientador: Prof. Dra. Cátia Ainda Pereira da Silva. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/281773>. Acesso em: 31/05/2019

SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Editora Malheiros. 3ª Ed. 1998.

SILVEIRA; Rodrigo Mansour Magalhães da. **A publicidade e suas limitações – A tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. 2010. Tese. (Mestrado em direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador. Editora Dois de Julho. 2013.

_____. Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões judiciais. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.) **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Editora Nubria Fabris, 2008. p. 175-193.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2ª Ed. 2004.

TRINDADE, André Karam. Kafka e os paradoxos do direito: Da ficção à realidade. **Revista diálogos do direito**. Rio Grande do sul.

VIEIRA, Márcia Mesquita. A efetividade da prestação jurisdicional como escopo central no novo código de processo civil. In: VIVEIROS, Estefânia Ferreira de Souza de (Org.). **Efetividade da tutela jurisdicional e técnicas processuais**. São Paulo. Editora Câmara brasileira do livro 2016. p.127-141.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça na sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Participação e processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

_____. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1980.