

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA

## CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND BASIC RIGHTS: CHALLENGES OF ACCESS TO LEGAL SYSTEM

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho<sup>1</sup>  
Clarindo Ferreira Araújo Filho<sup>2</sup>

**Resumo:** A problemática do acesso à justiça via discussão de temas como Jurisdição, Constituição, autonomia privada, dignidade da pessoa humana, solidariedade, cidadania, é atual, mas permeada por contradições relacionadas com a atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito, especialmente diante dos desafios de aproximá-lo do povo. Em pleno século XXI, os direitos fundamentais, em grande medida, ainda são ignorados pelo Leviatã, pois linguagem, discurso e poder não têm se transformado em efetivação do direito para a imensa maioria. A partir de um método histórico e filosófico discute-se a pouca efetividade do acesso à justiça no contexto social da atualidade. Em certa medida isso representa a crise do próprio Estado como instituição direcionada ao bem comum, embora seja este um discurso mimético de celeridade, de eficiência e de democratização de direitos fundamentais. Identifica-se pela abordagem dialética um contínuo e persistente desejo de materializar a cultura sedimentadora da oposição de classes que mantém desigualdades.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Acesso à Justiça; Constituição.

**Abstract:** Problems of accessing the legal system by debating themes such as Jurisdiction, Constitution, private autonomy, human dignity, solidarity, citizenship, are real, yet permeated by contradictions relating to the functioning of the Judiciary in a Democratic State governed by law, especially when challenged to approach the people. Even in the 21<sup>st</sup> century, basic rights are mostly ignored by Leviathan, as language, discourse and power have not become accessible to the masses of people. Using a historical and philosophical methodology, the ineffectiveness of access to the legal system in the current social context is discussed. This partially represents a crisis for the State itself as an institution aiming for the common good, although this is a prompt, imitative discourse of the effectiveness and democratization of basic rights. By using the dialectic approach, a continual and persistent desire to bring about a class struggle culture which maintains inequalities, was identified.

**Keywords:** Basic Rights; Access to Legal System; Constitution.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A Jurisdição Constitucional em face ao Estado Democrático de Direito; 3. Desafios à efetivação dos direitos fundamentais no acesso à Justiça; 4. Conclusão; 5. Referências.

### 1. Introdução

O debate de cunho histórico e filosófico em torno dos temas “jurisdição constitucional” e “direitos fundamentais” é uma constante no universo do Direito. Mesmo assim, por vezes, a discussão é posta em segundo plano, muito embora novas percepções nos sejam apresentadas por cientistas sociais e por doutrinadores em geral, ao referirem

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Advogado.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

paradigmas jurisprudenciais dos tribunais constitucionais, após detida análise sistematizada dessas imbricadas inter-relações.

De algum modo pouco se avança em razão do apreço aos modelos e à conservação de paradigmas. Cabe, aqui, por conseguinte, lembrar a teoria do “mecanismo mimético”<sup>3</sup> de René Girard, que procura explicar o culto ao “mimetismo” e à “imitação”, considerando o ser individualizado ou sociedades humanas organizadas (política e juridicamente) desde o nascedouro das civilizações

Uso os dois termos de forma distinta. Há menos consciência no mimetismo, e mais na imitação. Não quero reduzir a mimesis ao desejo mimético em todas as suas formas. Essa atitude epistemológica é típica do século XX. O behaviorismo, por exemplo, é uma recusa total da imitação [...] Acho que uma das razões para essa recusa generalizada é que o conceito de imitação, desprovido de seu elemento de conflito, é “simples” demais, decepcionando o apetite atual (e muito mimético) pela complexidade [...]. (GIRARD, 2011, p. 83).

A busca de satisfação das necessidades em termos econômico-sociais é fato entre todas as classes sociais. É comum, nos parlamentos e nos tribunais, serem pronunciados discursos e ações serem propostas com a intenção de viabilizar melhores oportunidades na educação, na saúde, na empregabilidade, na proteção social, etc., muito embora haja pouca efetividade tanto dos discursos quanto das ações na vida social da população brasileira.

Em razão desses descompassos, julgamos importante propor uma reflexão acerca do discurso do Estado na tarefa Jurisdicional e a pouca efetividade do próprio Direito, reconhecendo que essa problemática é um reflexo do mimetismo, como o descreve Girard (2011), que é uma forma útil de manter desigualdades. O problema inicial, aqui discutido, é o distanciamento entre o que está previsto como Direito Fundamental, o papel da Jurisdição Constitucional e a realidade social que se conserva em razão da ideologia de classes que estabelece a distinção entre quem diz o direito e o povo. Nossa hipótese é que as ideologias se sobrepõem à própria atividade judicante. Utilizamos como marco teórico a teoria do “mecanismo mimético” de René Girard para justificar a forma como nossos julgadores refletem um pensamento dominante em detrimento do próprio Direito fundamental em suas interpretações, o que mantém o pensamento distanciado da realidade social. Assim, para compreensão do tema proposto dividimos o artigo em três partes: na introdução, apresentamos

---

<sup>3</sup> “A expressão mecanismo mimético abrange uma sequência fenomenológica que é bem ampla. Descreve todo o processo, começando pelo desejo mimético, que depois se torna rivalidade mimética, com possível escalada até o estágio de uma crise mimética, e, por fim, terminando com a solução do bode expiatório [...]” (GIRARD, 2011, p. 79).

o conceito de “mecanismo mimético” associando-o ao modo de ser e pensar de quem faz o Direito, a fim de relacioná-lo com o problema da produção de justiça. A seguir, no item dois, discutimos a jurisdição constitucional em face do Estado Democrático de Direito para justificar que as desigualdades sociais se mantêm, historicamente, por ser esta uma construção histórica e cultural criada e mantida pela própria civilização como mecanismo mimético suficiente para manter as classes dominantes no Poder. Utilizamos como referencial teórico Girard (2011) e sua teoria mimética; Milesi (2003), Nascimento e Maia (2008), como contraponto entre as boas intenções dos Direitos Humanos e as contradições entre o desejo democrático e a crueldade do desemprego e da violência estatal cotidiana. Embora pelo mimetismo se mantenha a ordem, mediante a ideia de que por vivermos numa democracia todos têm acesso as mesmas oportunidades, sendo, portanto, delas beneficiários se fizerem a sua parte (obedecer). Nesse contexto, propomos com Schmitt (2007) e Almeida (2014) a reflexão sobre o papel do juiz e sua interpretação constitucional como mantenedor da ordem estabelecida ainda que sob o manto de julgador em sintonia com as novas demandas sociais (como a união homoafetiva e as questões de igualdade e liberdade), em geral. Acerca dos novos desafios do intérprete constitucional, trazemos ao diálogo autores como Streck (2002); Cabral (2009); Rosenkranz (2010) e Sampaio (2002); Fachin e Vince (2008), entre outros. O item três aponta para o discurso do acesso à justiça diante do descrédito institucional e do próprio judiciário, na atualidade. À guisa de conclusão, retomamos as principais ideias discutidas e lançamos possíveis reflexões para a questão da justiça, a sua tendência mimética e os percalços na busca, de fato, por uma Jurisdição constitucional mais próxima de uma ordem jurídica justa.

## **2. A Jurisdição Constitucional em face ao Estado Democrático de Direito**

A história vem demonstrando que, em todos os seus períodos, a estratificação socioeconômica e a divisão sempre estiveram presentes. Considere-se, por exemplo, a situação escravocrata na Grécia antiga e, atualmente, as castas, na Índia. Em escala mundial, pode-se pensar a injusta diferença entre pobres e ricos em todos os continentes. Essas realidades são reflexos dos meios de acesso a determinados bens ou direitos, sempre limitados e controlados pela classe dominante. Conforme afirma René Girard:

Quanto mais cruel e selvagem for uma sociedade, mais violência ocorrerá nela, em nome da satisfação de tudo o que é pura necessidade. Não se deve excluir a possibilidade de uma violência inteiramente desvinculada de qualquer desejo mimético, mas simplesmente relacionada à escassez. No

entanto, mesmo no nível das necessidades básicas, quando a necessidade começa e está relacionada a um objeto, qualquer tipo de objeto, não há dúvida de que logo estará impregnada pela *mimesis*. Nesses casos, sempre há alguma mediação social em jogo (GIRARD, 2011, p. 100).

Em pleno século XXI ainda é realidade haver situações conflituosas semelhantemente às experimentadas durante a Segunda Guerra Mundial. Cite-se, dentre tantas, a questão dos refugiados e desassistidos de toda sorte. Migrantes que abandonam seus países de origem não só por problemas relacionados a conflitos armados, senão também por adversidades econômicas e por perseguições políticas, religiosas, étnicas, etc. Como se observa, ainda vigora a reiterada luta social pela efetivação de direitos e de vida digna, vale dizer, ainda se busca tornar realidade a implementação dos direitos humanos fundamentais<sup>4</sup>:

1º. A paz exige fundamentar-se na verdade, na justiça, no amor e na liberdade; 2º. O tema da paz é de natureza essencialmente moral. Assim o é porque requer o reconhecimento e proteção dos direitos humanos fundamentais, expressão imediata da dignidade da pessoa humana. 3º. Os refugiados (e todos os que são obrigados a migrar) representam uma grave desordem na comunidade internacional e são prova da violação destes direitos humanos fundamentais; 4º. O bem comum da sociedade internacional requer que os direitos humanos sejam devidamente reconhecidos e protegidos e que se compreenda que sua violação provoca uma responsabilidade (individual ou do Estado), devendo ser adequadamente sancionada. (MILESI, 2003, p. 48).

Por outro lado, uma parcela dos Estados contemporâneos enfrenta problemas graves com o aumento da criminalidade e do desemprego, num momento em que é crucial a redução de gastos e o aumento da produtividade dos setores privado e público:

O problema é que o Estado, enquanto possuidor do monopólio jurisdicional, torna-se a única estância em que o cidadão pode exigir e reclamar por melhores condições. Neste ponto surge a necessária conveniência de manter um sistema aparentemente democrático, porém com práticas distorcidas [...] A desarticulação do elemento humano e a impossibilidade de uma frente política forte, em meio a heterogeneidade dos grupos e da diversidade fragmentária da representação, mostram a caótica situação política pós-moderna. (NASCIMENTO E MAIA, 2008, p. 2).

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, cabem as observações de Mendes (2011, p. 11): “Garantias constitucionais do extraditando: EXT. 1.008. Extradicação – Possibilidade de exame do pedido ante a concessão de refúgio – Competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a natureza política, ou não, do delito imputado ao extraditando – Art. 33 da Lei n. 9.474/97 – Interpretação conforme a Constituição Federal (art.. 5º, inciso LII, e 102, inciso I, letra g) [...] Vencido o Relator, Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal, por maioria, entendeu pelo não conhecimento da extradição, julgando extinto o processo e determinando a expedição de alvará de soltura. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (DJ de 17.8.2007)”.

O que se vê, portanto, é a *mimesis*<sup>5</sup> a conduzir repetidos modos de interpretar a realidade, quando, por exemplo, pelo direito comparado, se lançam lentes sobre as revisões de normas do direito de família, especialmente, no caso das uniões de pessoas do mesmo gênero.

Em relação aos direitos humanos, cabe citar que, em 2010, a Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se no sentido de que o direito à vida familiar não pode ser alvo de arbitrariedades, nem mesmo por autoridades estatais, em razão das escolhas de orientação sexual dos indivíduos.

Em 2011, a partir do julgamento da ADI nº 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, o Brasil passou a reconhecer as relações entre duas pessoas do mesmo gênero. Mesmo sem uma legislação expressa, passou-se a admitir, por meio de decisões judiciais e pela regulamentação administrativa dos cartórios, o casamento para os casais do mesmo gênero (ALMEIDA, 2014).

Segundo a visão de Schmitt (2007), por exemplo, a igualdade, um princípio vital para qualquer Constituição, e não simplesmente a liberdade – outro não menos importante preceito –, é que deveria ser o fundamento norteador de uma Constituição democrática.<sup>6</sup> E, por conseguinte, daí surgiria um novo direcionamento às ações dos operadores da lei ao interpretá-la e, em outras circunstâncias, ao contextualizá-la em direção a novas interpretações constitucionais.

<b>País/Política Vigente (2012)</b>
<b>África do Sul</b> Todos os direitos são assegurados. Há casamento igualitário, adoção; pode-se servir às forças armadas, há garantias de livre expressão. Existem leis que proíbem discriminação antigays.
<b>Arábia Saudita</b> Pena de Morte
<b>Austrália</b> Reconhece a união civil e os direitos de livre expressão, tem leis contra discriminação, mas o casamento igualitário ainda não é um direito.
<b>Bélgica</b> Todos os direitos garantidos

<sup>5</sup> “[...] enquanto a máquina mimética dessa imitação recíproca de rivais, desse ‘duplo vínculo’, está em operação, ela reserva a energia conflitual e, claro, tende a se espalhar em todas as direções porque, uma vez que continue, o mecanismo somente se torna mais mimeticamente atrativo aos expectadores – se duas pessoas estão lutando pelo mesmo objeto, então esse objeto parecerá mais valioso para os observadores. Portanto, tende a atrair mais e mais pessoas, e, assim que o faz, sua atração continua crescendo. Enquanto isso acontece, há, também, uma tendência ao desaparecimento do objeto, que é destruído no conflito. Como disse, para a *mimesis* se tornar puramente antagonística, o objeto tem de desaparecer. Quando isso acontece, ocorre a proliferação de duplos, e com ela a crise mimética fica às portas. Uma vez que o antagonismo e a violência irrompem, também se espalham de modo mimético, por meio da vingança e do ressentimento acumulado, produzindo o estado de crise radical hobbesiana de todos contra todos” (GIRARD, 2011, p. 88).

<sup>6</sup> “[...] o princípio político que guiava a Constituição de Weimar era o princípio da democracia. A democracia de Schmitt, contudo, não se assemelha em nada à democracia kelseniana, que via na maioria um instrumento útil para a realização da ideia básica da democracia: a liberdade. Para Schmitt, só há uma ideia verdadeiramente democrática: a igualdade, que é fundamento de todas as outras igualdades [...]” (SCHMITT, 2007, p. 11-12).

<b>Canadá</b>
Todos os direitos reconhecidos e assegurados, inclusive mudança de sexo.
<b>China</b>
Não há leis de proteção nem contra a discriminação ou de identidade de gênero e expressão. Casamentos e relacionamentos não são reconhecidos. Atos homossexuais são legais desde 1997.
<b>Coreia do Norte</b>
Prisão em campos de concentração. Nenhum direito assegurado, muito pelo contrário.
<b>Costa Rica</b>
Não reconhece o casamento nem os relacionamentos, mas aceita atos homossexuais e tem leis contra a discriminação.
<b>Emirados Árabes</b>
Pena de morte ou deportação (exílio).
<b>Espanha</b>
Todos os direitos garantidos.
<b>EUA</b>
Direitos variam conforme os estados
<b>França</b>
União civil, sim, casamento, não. Adoção só para gays solteiros. Condena discriminações.
<b>Irã</b>
Homossexuais são punidos com pena de morte: apedrejamento, forca, corte por espada ou sendo jogados de um penhasco. Há, todavia, a opção/obrigação de se fazer a cirurgia de mudança de sexo para “corrigir” o problema...

**Quadro 1** – Política Vigente (2012). **Fonte:** PEREIRA (2012).

Como demonstrado no Quadro 1, a situação político-legal vigente em vários países é uma dimensão da disparidade legislativa no tocante aos princípios da igualdade, da liberdade e do direito de família.<sup>7</sup>

Para Reale (2002), os juízes têm por dever aplicar o Direito aos denominados casos concretos, casos em que ocorrem disputas entre indivíduos ou entre grupos e, até mesmo, entre Estados. Ora, há de se firmar atenção a uma análise das normas jurídicas que nem sempre comporta uma única possibilidade de interpretação, isso sem deixar de verificar o grau de experiência humana naquele determinado período e lugar, diferentemente das leis da Matemática – ciência exata – pois que, em regra, sua estrutura não possibilita interpretações.

O juiz é constantemente desafiado e instado a superar paradigmas – no mais das vezes inconciliáveis – com vistas à aplicação das normas vigentes e conformando-as aos anseios sociais naquele espaço e tempo (REALE, 2002). Esse desafio é bem diferente daquele de interpretar e aplicar as leis matemáticas ou das ciências exatas – com todo seu rigor e estruturas – que, normalmente, não possibilitam interpretações dúbias ou conflituosas. No

<sup>7</sup> “O século XXI começa com diferentes configurações de núcleos familiares, todos formatos previstos pelo direito das famílias, que tenta regulamentar essas uniões: a família tradicional (formada com base no sacramento do matrimônio); a união civil estável; a união de casais homoafetivos sem filhos; a família de duas mães ou dois pais, com filhos adotados; a família que tem origem nos estados intersexuais, onde o homem ou a mulher trocaram de sexo e contraíram matrimônio mediante o novo sexo; a formada pelos novos casamentos dos pais, onde entram “os meus, os seus e os nossos” filhos; a família de uma pessoa só, pois já se considera que uma pessoa, legalmente, também pode ser uma família; a formada por duas irmãs ou irmãos solteiros que vivem juntos” (CÉSAR, 2013, p. 135).

caso das leis jurídicas, as novas interpretações vão se moldando e se adequam às novas experiências e necessidades humanas que vão surgindo.

Acrescenta Streck (2002) que, embora a Constituição possa ser entendida como a norma máxima na hierarquia das leis e, portanto, a epítome da atividade político-estatal, a jurisdição constitucional assume, contudo, a categoria de possibilidade de realização do ideal do Estado de Direito Democrático — o que cria, também, uma situação paradoxal e que precisa ser interpretada e aplicada a cada momento histórico, num constante equilíbrio entre o jogo das forças democráticas<sup>8</sup>:

Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no inter-relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos” (STRECK, 2002, p. 27).

A gênese e a evolução destes conceitos – constituição e jurisdição constitucional<sup>9</sup> – envolvem variáveis e relações jurídicas<sup>10</sup> que ultrapassam seus contornos expressos na Lei, estabelecendo novos parâmetros dos direitos fundamentais<sup>11</sup> e em constante evolução.

---

<sup>8</sup> “Nesse novo contexto de ‘efetiva’ participação democrática, muito se discute sobre a necessária complementação entre democracia formal e democracia substancial, considerando que a principal diferença entre elas reside no fato de que a primeira define quem decide e como se decide e a segunda, defina os temas sobre os quais não se pode e, principalmente, os que se deva decidir. Essa nova sistemática amplia de forma significativa não só o número de participantes, dando um novo significado ao termo cidadão, como também os espaços em que as discussões deverão ocorrer: não apenas os espaços políticos, tendo como principal transformação o fato de que a discussão, superando o *quem* e o *como*, passa a abranger também o que não pode e, principalmente, o que deve ser decidido” (CADEMARTORI E MARCIÓ, 2014, p. 231).

<sup>9</sup> Na visão de Sampaio (2002, p. 24): “O exame da origem e evolução da jurisdição constitucional passará pela arqueologia dos antecedentes históricos do controle de constitucionalidade e do princípio da supremacia da Constituição [...], pelo surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos [...], pelo desenvolvimento do controle político na França [...], pela difusão inicial dos dois modelos pelo mundo [...], pelo aparecimento da segunda geração da jurisdição constitucional com os chamados tribunais constitucionais [...] e, enfim, pela tendência mitigadora dos modelos [...]”.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Zavascki (2000) cita as ideias do constitucionalista Jorge Miranda, para quem as relações entre a Constituição e os comportamentos – constitucionalidade *versus* inconstitucionalidade – são componentes indissociáveis do jogo democrático.

<sup>11</sup> “A primeira geração ou dimensão engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos das chamadas prestações negativas, direitos que o Estado deve proteger na esfera de autonomia do indivíduo. A segunda dimensão é a dos direitos sociais, como direito à educação, saúde, habitação, previdência social, trabalhista etc. [...] Os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, direito à paz, solidariedade, desenvolvimento, direito ao meio ambiente equilibrado etc. (CABRAL, 2009, p. 175).

Esse amadurecimento envolto ao embate político-jurídico impulsiona o círculo interpretativo, impulsiona a revisão, impulsiona a mutação e a consolidação dos direitos constitucionais e da cultura política das modernas sociedades (CABRAL, 2009; ROSENKRANZ, 2010; SAMPAIO, 2002).

Na visão de Bobbio (2001), as sociedades humanas se diferenciam pelas normas que regem os comportamentos humanos num determinado período histórico. Dessa forma, esse processo se estabelece num contexto de normas que se sucedem e se insere numa sistemática de justaposição e integração:

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. É incontestável a importância disso, ao se examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2008, p. 49).

Analisar uma sociedade e sua cultura amplia o leque das possibilidades, do costume e de seus comandos e posicionamentos essenciais que regem e que passarão a reger a vida de cada indivíduo e do grupo nesse contexto social numa espiral evolutiva:

[...] diante do afastamento do Estado das relações civis e o subsequente aumento do poder social, verifica-se que as ofensas aos direitos fundamentais estão cada vez mais partindo de setores privados da sociedade. Esses ataques às normas individuais estão sendo levados à apreciação do poder judiciário, porém inexistente, na doutrina e na jurisprudência, consenso em relação a como, e em que medida, a vinculação deve ocorrer. (FACHIN; VINCE, 2008, p. 3).

E, também, é a partir dos multifacetados temas que compõem a Constituição que se definem as estruturas da revisão constitucional que, por sua vez, refletem o campo de ação e os limites dos direitos constitucionais (ROSENKRANZ, 2010). Dentre esses, os direitos fundamentais, sempre em evidência nas cortes das democracias contemporâneas<sup>12</sup>:

[...] 1) direito de informação (*RechtaufInformation*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*RechtaufAusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos

---

<sup>12</sup> Mendes (2014) dedicou um capítulo de sua obra “Jurisdição Constitucional” para descrever as estruturas do *Bundesverfassungsgericht* e o Supremo Tribunal Federal. Nesse capítulo é possível apreender as semelhanças e as diferenças entre o sistema alemão e o brasileiro no tocante ao controle constitucional.



constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*RechtaufBerücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...]. (MENDES, 2011, p. 259).

O próprio conceito de direito fundamental não é de fácil apreensão e essa dificuldade ocorre porque, como com outros valores, encontra-se em constante evolução e normalmente idealizada como reflexo dos princípios e das ideologias presentes nos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, os direitos fundamentais instituem, também, no plano do direito positivo, os benefícios, os deveres e as instituições capazes de realizar um conjunto de garantias para uma vida digna, com liberdade e igualdade para todos (FACHIN; VINCE, 2008).

Mesmo assim, no entanto, segundo Fachin e Vince (2008), os direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, que comumente se encontram positivados nos textos constitucionais, sofrem mais ameaças à sua realização, seja por medidas tomadas ou por não implementação pelos próprios Estados, seja por ação de particulares:

[...] coube ao Direito se manifestar, o que efetivamente ocorreu com o surgimento de várias correntes doutrinárias que tinham como missão, orientar, calibrar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como indicar a forma como essa sujeição aconteceria [...] dentre estas: teoria da ineficácia ou negação, da *state action*, da eficácia indireta ou mediata ou de efeitos indiretos, da eficácia direta ou imediata ou aplicabilidade imediata e a dos deveres de proteção e da convergência estatista, (FACHIN; VINCE, 2008, p. 5).

Cabe realçar a teoria da ineficácia ou negação surgida na Alemanha e, segundo suas prescrições, não seria possível conceber aplicação dos direitos fundamentais de uma maneira exógena ao Estado. Fundamentava-se nas premissas de que os direitos fundamentais teriam utilidade apenas como uma forma de defesa dos cidadãos contra possíveis ataques por parte do Estado; ou de que a ingerência dos direitos fundamentais na área das relações particulares acabaria por suprimir o direito privado; e, por último, de que o poder discricionário dos juízes na aplicação externa dos direitos básicos causaria uma forte insegurança jurídica e antidemocrática. Essa teoria perdeu sua força argumentativa em razão da posição extremista de suas premissas, e foi abandonada a partir dos anos 1950 (FACHIN; VINCE, 2008).

Também, na mesma linha de raciocínio desenvolvido, a teoria da *state action*, que considerava não admitir o uso das regras constitucionais no ambiente das relações civis e se apoiava em premissas semelhantes à teoria da ineficácia ou negação, de modo que a cortes federais não poderiam intervir. Tal teoria foi sendo substituída pela tese da *public fuction theory*, ainda na década de 40 do século passado, em que a Suprema Corte dos EUA passou a

considerar que os entes privados quando exercessem atividades típicas do estado, estariam sim sujeitos aos comandos dos direitos fundamentais (FACHIN; VINCE, 2008).

Saliente-se, também, a teoria da eficácia indireta ou mediata ou de efeitos indiretos, e que prevalece até hoje na Alemanha, onde teve sua gênese. Parte do princípio de que deve haver um certo grau de liberdade negocial, no que vai de encontro à aplicabilidade pura e simples dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

“Todavia, admite a interferência dos valores constitucionais no campo particular de forma indireta, através de “certas pontes” que seriam representadas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esses mecanismos funcionariam como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado, conformando-o com a ordem axiológica constitucional. Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, por meio das cláusulas acima, se “infiltram” no direito privado e por aí produzem seus efeitos, pois eles não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas constituem também um sistema ou uma ordem objetiva de valores que se irradiam para todas as áreas do direito. (FACHIN E VINCE, 2008, p. 6-7).

Vale ressaltar que a teoria da eficácia direta ou imediata, ou aplicabilidade imediata, cujos princípios e normas constitucionais controlam direta e imediatamente também as relações entre os particulares. As regras constitucionais, independentemente de a transgressão aos direitos fundamentais ter origem em entes públicos ou privados, devem ser aplicadas e respeitadas por todos. Seus defensores lembram sua utilidade para a minimização dos efeitos nocivos das desigualdades sociais quando se apresentam disparidades de condições no universo dos negócios privados, admitindo o equilíbrio da disputa por imposição dos princípios constitucionais e evitando a intromissão desmedida no exercício da vida privada (FACHIN; VINCE, 2008).

A doutrina vinculada à teoria dos deveres de proteção defende que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados com o Estado e que as relações privadas devem ser regidas não pelos comandos constitucionais, mas por um código legal específico. E, por fim, estabelece a teoria da convergência estatista, surgida nos anos 1970 na Alemanha, a premissa de se responsabilizar o Estado pelos danos independentemente de terem sido causados pelo setor privado ou público, sabendo-se que os críticos dessa última teoria consideram desproporcional responsabilizar apenas o Estado (FACHIN; VINCE, 2008).

Ainda de acordo com Fachin e Vince (2008), a jurisprudência constitucional brasileira parece utilizar as premissas da eficácia direta dos direitos individuais, o que coloca o ente privado não somente sob a égide do legislador ordinário:

Para justificar a inclinação a favor da aplicação imediata, os teóricos locais utilizam os mesmos argumentos utilizados pela doutrina internacional, a saber: ataques aos direitos fundamentais não vêm apenas do poder público, a esfera privada não pode ficar imune aos valores e preceitos constitucionais e a vinculação diminuiria o desequilíbrio de forças permitido pela liberdade negocial [...] outros fatores que diferenciam a realidade nacional da estrangeira, e consolidam ainda mais plausibilidade da incidência: a enorme desigualdade social existente no Brasil, o caráter social da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. (FACHIN; VINCE, 2008, p. 10).

Na visão de Fachin e Vince (2008), a Constituição de 1988 valoriza os direitos sociais e não apenas a proteção do indivíduo contra os abusos do poder estatal. Ao promover a igualdade material, a Constituição Federal se projeta para a aplicação imediata, pois utiliza do princípio da dignidade humana como norte para a ação dos operadores da lei na adoção dos preceitos da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

### **3. Desafios à efetivação dos direitos fundamentais no acesso à Justiça**

É preciso ir além do mimetismo constitucional, fazendo o direito voltar-se para o cidadão, para a dignidade da pessoa humana, como caminho de superação de desigualdades. Nesse sentido, o acesso à Justiça no Brasil é tema controvertido e cede pelo distanciamento entre o discurso normativo e a prática na realidade social. O discurso majoritário<sup>13</sup>, propala, entre os direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º e seus incisos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, CRFB/1988), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a um direito; que a lei garantirá assistência a ser prestada pelo Estado aos desamparados; e que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Da teoria à prática, não há correlação direta com a realidade social, pois do mundo jurídico e dos tribunais até a sociedade há significativo distanciamento. Até mesmo a questão da linguagem jurídica promove distância em razão de sua especificidade, responsável por restringi-la a profissionais e a instituições que dominam a técnica apurada de separar o dever ser do ser propriamente em situações em que o mais importante é assegurar direitos e proteção aos cidadãos. Não por acaso, o abuso de poder se traduz em práticas cotidianas que alcançam a cultura do encarceramento como regra, ou seja, prisões preventivas que se transformam em definitivas ou delações que viram a regra ao invés da exceção. Disso resulta que,

---

<sup>13</sup> Se compararmos o *panóptico* de Jeremy Bentham, na obra “Vigiar e Punir” (1987), de Michel Foucault, com o sistema judiciário, há que se atentar para a visão do intérprete em sua teia de relações com o sistema judiciário como fomentador de uma ordem jurídica ao qual ele está inserido e seu olhar para o caso concreto no plano da normalização.

simbolicamente e materialmente, a condição de vulnerabilidade do sujeito preso por práticas delitivas acaba nas mãos de autoridades que usam do seu aparato legal para conduzir a denúncia e a condenação sem que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Tal sistema resulta em ilegalidades e arbitrariedades que fatalmente levam ao encarceramento e a cadeias superlotadas e, finalmente, ao cumprimento de penas até mesmo além da condenação imposta pelo Estado.

Acerca do tema do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988) explicam que, nos Estados liberais, burgueses, situados nos séculos XVIII e XIX, a solução de litígios civis remetia à concepção individualista dos direitos. A incapacidade dos pobres de utilizar “plenamente a Justiça” não era preocupação do Estado. Prevalencia o *laissez-faire*. Trata-se, portanto, da igualdade formal, acessível a poucos. Com o processo de horizontalização social, as “declarações de direitos” ultrapassaram a percepção apenas do indivíduo, passando a reconhecer direitos e deveres sociais. Destacam-se, nessa fase, os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Não custa lembrar que a revolução industrial trouxe à baila das discussões as condições desumanas a que eram submetidos homens, mulheres e crianças mediante jornadas excessivas de trabalho e precariedade de renda e de vida. E ainda atualmente, em pleno século XXI, com todos os direitos fundamentais expressos na Constituição, luta-se para a efetivação desses direitos.

A concepção individualista e de conflito, em geral, foi reconhecida como majoritária desde o Direito greco-romano e acompanhou o ocidente, passando pelo renascimento europeu e ultrapassando as revoluções burguesas. Tal concepção chega, aos nossos dias, mantendo a desigualdade material de acesso à justiça. Especialmente o caso brasileiro tem contornos diretos com o processo de colonização lusitana calcada no patrimonialismo, no personalismo, no clientelismo e na manutenção do *status quo* por classes abastadas (HOLANDA, 1997). A desigualdade social calcada no distanciamento entre aqueles que têm muito e uma maioria que tem pouco ou quase nada sempre foi obstáculo a ser superado desde a escravidão no Brasil. Trata-se de obstáculo caracterizado, de um lado, pela pouca instrução do povo e, de outro, pelo grande poder acumulado pelos poucos mandatários que se configuraram, desde os primórdios, em cada localidade do norte ao sul do território nacional (COSTA, 1999). As instituições foram forjadas a partir dessa hierarquia social entre clãs e a esmagadora maioria da população desprovida de direitos materialmente realizados. Foram essas instituições moldadas especialmente pela negação da cidadania a essas populações, embora tenha havido avanços e retrocessos nas Constituições quanto às regras de participação representativa. O conceito de povo foi sendo adaptado e defendido em favor dos interesses da classe dominante

e garantido pelo uso das urnas como expressão da vontade popular e da maioria. Assim, portanto, a própria elite sempre teve o cuidado de dizer pela lei o que é bom ao povo a partir de seus interesses casuísticos e de mando, em vez de o próprio povo dizê-lo. (CARVALHO, 2001; CERQUIER-MANZINI, 2010; COSTA, 1999).

Acerca dos obstáculos que dificultam o acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) expõem os de ordem econômica associados às custas processuais e à contratação do serviço de profissional técnico-organizacional, quanto à dificuldade de defesa dos direitos coletivos nas sociedades de massa, bem como os obstáculos culturais que dificultam a procura de ajuda junto ao poder judiciário, além do próprio desconhecimento dos direitos básicos pelo homem médio. Apontam ainda, Cappelletti e Garth (1988), três ondas por que passam os países do mundo ocidental quanto a essas dificuldades de acesso à justiça: (i) a assistência judiciária para os pobres com o sistema *Judicare*, (ii) o advogado remunerado pelos cofres públicos e (iii) os modelos combinados, bem como as possibilidades e limitações da assistência judiciária. A segunda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses difusos*, em particular quanto à proteção ambiental e do consumidor pela ação governamental, a técnica do procurador-geral privado e do advogado particular do interesse público. E a terceira onda é a do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça pelo novo enfoque de acesso à justiça com vistas à efetividade. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

#### **4. Conclusão**

A *mimesis* encontra-se presente não somente nos fenômenos da vida social, pois ela se espalha pela cultura, pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, pelas múltiplas formas de interpretação das leis e da jurisdição constitucional.

Há, assim, um distanciamento entre o que está previsto como Direito Fundamental, o papel da Jurisdição Constitucional e a realidade social que se conserva em razão da ideologia de classes que estabelece a distinção entre quem diz o direito e o povo; mantendo-se desigualdades.

Ora, aos intérpretes da lei resta adotar posturas hermenêuticas voltadas para a defesa dos direitos fundamentais, mediante uma interpretação dialógica com as partes envolvidas. Respeitadas as conquistas de evolução de direitos e no caso concreto o momento histórico. Permitindo o equilíbrio nas relações de forças no jogo democrático em nome de uma ordem jurídica justa. Portanto, mais que direitos fundamentais expressos na Constituição falta-lhes

efetivação. Nesse diapasão o tema do acesso à Justiça precisa ser transformado em realidade palpável a todo cidadão. Se essa transformação não ocorrer em nossa realidade nacional, então continuará a ser apenas um mito, tal como historicamente tem sido como discurso mimético a Jurisdição Constitucional.

## 5. Referências

- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. O Direito Internacional Privado acerca dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Mercosul. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión – RSTPR**. Año 2, n. 3, mar. 2014, p. 237-273. Asunción – Capital Jurídica del MERCOSUR, Paraguay. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/89/62>>. Acesso em: 11 jul. 2015, 5:52.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.
- CABRAL, Francisco. **Controle de constitucionalidade**. Salto: Schoba, 2009.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; MARCIÓ, Cesar. O itinerário da democracia liberal à democracia social e constitucional. In: **Teoria do Estado e da Constituição** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/ficha/143.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015, 22:04.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CERQUIER-MANZINI, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. Coleção Primeiros Passos. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.
- CÉSAR, Marília de Camargo. **Entre a cruz e o arco-íris: a complexa relação dos cristãos com a homoafetividade**. Belo Horizonte: Gutenberg, 2013.
- COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 7. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 1999.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Xp7PAPE1z3cC&oi=fnd&pg=PA3&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=Hf\\_xdAIO5X&sig=Dbgi7W7TKl0FWdV1egK1OMGW3E#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Xp7PAPE1z3cC&oi=fnd&pg=PA3&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=Hf_xdAIO5X&sig=Dbgi7W7TKl0FWdV1egK1OMGW3E#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=false)>. Acesso em: 7 jun. 2015, 1:55.
- FACHIN, Zulmar; VINCE, Fernando Navarro. A necessidade de ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. **Portal Publica Direito**. 2008. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=741adf496ee8c2d3>>. Acesso em: 14 jul. 2015, 23:24.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Lúcia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GIRARD, René. **Evolução e conversão**. São Paulo: É Realizações, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILESI, Rosita (Org.). **Refugiados: realidade e perspectivas**. Brasília, DF: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas de; MAIA, Alberto Jonathas. Falência do Estado e Privatização da Justiça: novos parâmetros e desafios da arbitragem no século XXI. **Portal Publica Direito**. 2008. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bcbe273f4a8b8801>>. Acesso em: 14 jul. 2015, 2:16.

PEREIRA, Wiliam Fernandes. **As chaves do armário: dicas úteis para curiosos, amigos e simpatizantes**. Brasília, DF: CAEL, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito: ajustadas ao Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENKRANZ, Nicholas Quinn. The Subject of the Constitution. **Stanford Law Review**, 2010. Vol. 62, Issue 5. p. 1209. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=334104065093093117020105074126102123039036077022086085028001091070094030120090110026035041039045052104054115125116072008119110102013037042081115064114116030066108034002005090098064079085095087005121121012094092126084085005107005024066024024108099&EXT=pdf&TYPE=2>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=CVPNyM4iurwC&oi=fnd&pg=PA9&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=\\_\\_PIZt8R2\\_&sig=2zYRmI29oNL6Id5tY1jceazTWYQ#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=true](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=CVPNyM4iurwC&oi=fnd&pg=PA9&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=__PIZt8R2_&sig=2zYRmI29oNL6Id5tY1jceazTWYQ#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=true). Acesso em: 7 jun. 2015, 1:41.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinop**. 15.01.2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/72-141-1-SM.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015, 1:32.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Porto Alegre, 2010. 187 f. Dissertação de Mestrado – Pós-Graduação em Direito - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível <http://hdl.handle.net/10183/2521>. Acesso em: 7 jun. 2015.