

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À TUTELA EFETIVA DESDE A PERSPECTIVA DISCURSIVA*

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVE JUDICIAL PROCESS: A DISCURSIVE PERSPECTIVE

Priscila Machado Martins**

Resumo: O presente artigo pretende apresentar a possibilidade de uma nova leitura acerca do direito de acesso à justiça e do direito à tutela efetiva desde a perspectiva da teoria do discurso de Jürgen Habermas e Klaus Günther. No Estado Democrático de Direito, o processo civil deve ser concebido desde uma perspectiva discursiva garantindo o igualitário acesso à todos aqueles que sofrerão as consequências das decisões judiciais, e sua ampla participação no discurso, que levará a adequação da situação controvertida a satisfação da pretensão.

Palavras-chave: Processo Civil. Acesso à justiça. Tutela efetiva. Teoria procedimental do direito.

Abstract: This article intends to present the possibility of a new interpretation about the right to access to Justice and the right to an effective tutelage according the theory of Jürgen Habermas and Klaus Günther. In the democratic Rule of Law, the civil procedure must be conceived in a discursive perspective guaranteeing the equitable access to all those who suffer the consequences of judicial decisions, and its ample participation in the discourse, which adequate the controvert pleadings to the satisfaction of the litigation.

Key-words: Civil Procedure. Access to Justice. Effective tutelage. Procedural theory of Law.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é a demonstração de uma nova leitura do direito de acesso à justiça e direito à tutela efetiva por meio da perspectiva discursiva. A teoria desenvolvida por Jürgen Habermas propõe um novo aspecto para a compreensão do Estado Democrático de Direito. O direito processual civil não pode estar alheio a esta concepção, uma vez que apenas pela prática intersubjetiva de produção do direito podemos garantir a legitimidade das decisões.

* Artigo convidado.

** Advogada, doutoranda em Direito pela Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (PUC-Valpo), professora na Universidad de Atacama, Chile, e Universidad del Mar, Copiapó, Chile. Email: priscila100@hotmail.com.

Neste sentido, o direito de acesso à justiça e tutela efetiva ganham protagonismo, na medida em que almeja garantir a participação no discurso de todos aqueles que sofrerão as consequências previstas na decisão judicial, bem como o direito à efetivação da tutela que deve estar relacionado a possibilidade da adequação da norma à situação controvertida.

1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito de acesso à justiça revela sua proeminência na medida de sua importância para a tutela de todos os demais direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12). É direito imprescindível para a organização de um Estado justo e democrático, modo em que não há democracia em um Estado incapaz de garantir o acesso à justiça (MARINONI, 2006, p. 463).

É exatamente por isso que o direito de acesso à justiça está direcionado especificadamente ao legislador. Cabe ao legislador a obrigação de determinar os procedimentos diferenciados e os contornos normativos que objetivem permitir o efetivo acesso ao Judiciário pelas camadas menos favorecidas da população.

Entretanto, embora seja o legislador seu destinatário principal, o direito de acesso à justiça atinge a todos indistintamente, pois tanto o legislador, como os demais cidadãos, estão proibidos de impedir que um jurisdicionado vá a juízo deduzir sua pretensão (NERY JÚNIOR, 2004, p. 130). É de se ressaltar, que o Estado ainda tem o dever de possibilitar a participação por meio do procedimento.

No paradigma democrático, portanto, o processo de toma de decisões justas é por meio do procedimento discursivo, onde é garantida a constituição de uma decisão participativa. Neste sentido, a instrumentalidade técnica do processo está em que este constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença, que dele resulte, seja formada com a garantia da participação ampla, igual, paritária e simétrica de aqueles que receberão seus efeitos.

Para Habermas, a legalidade é a que determina a legitimidade, por meio da razão comunicativa e tendo como pano de fundo a democracia. A validade social das normas depende de seu processo de formação e somente será legítima a norma jurídica e a decisão jurídica que atender ao princípio discursivo do direito. Tal elaboração, aplicação e controle normativo devem ser necessariamente realizados por meio do discurso para alcançar a legitimidade (HABERMAS, 1988, p. 21-45).

Neste sentido, a justificação da decisão acontece dentro do conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, de maneira tal que o juiz

possa dar motivos racionais que indiquem a legitimidade das opções tomadas, pelo resultado obrigatório da análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, por meio do contraditório, acerca das questões de fato e de direito sobre as quais se estabelece a discussão. Desta forma, a fundamentação da decisão jurisdicional deve ser o resultado lógico da atividade procedimental realizada por meio dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes que suportarão seus efeitos.¹

A legitimidade da decisão é preservada na medida em que for garantida a oportunidade de manifestação das partes, ou seja, contraditório, de modo que os participantes do processo possam reconhecer-se como co-autores deste provimento jurisdicional. Portanto, o conflito estabelecido entre os litigantes, a vista da teoria do discurso, aparece um pouco diferente, pois para esta, um conflito jurídico emerge como uma disputa particular entre dois ou mais sujeitos de direito que questionam o significado das razões jurídicas que podem ser aceitas pelos participantes de um discurso público (PEDRON, 2008).

Destarte, nas democracias, a legitimidade do exercício do poder se realiza através da participação. Da mesma maneira que a legitimidade do processo legislativo depende de que a legislação tenha sido produzida por um parlamento eleito pelos cidadãos, ao processo judicial para que tenha dimensão democrática necessita da abertura a participação das partes (MARINONI, 2006, p. 405).

Um efetivo acesso à justiça se dá quando o sistema jurídico proporciona condições necessárias para que o maior número possível de pessoas interponham demandas e se defendam adequadamente. Isto obviamente inclui a superação das diferenças e dificuldades econômicas que impossibilite aos cidadãos de litigarem ou que dificultem o oferecimento de uma defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 34; MONICA, 2008; SOLUM, 2004).

Habermas dá fundamentação ao direito de acesso à justiça sobre a base de que somente este será efetivo se as condições necessárias para o ingresso ao sistema jurídico alcançarem o maior número de participantes. Desta maneira, os cidadãos somente poderão usufruir de instrumentos processuais se puderem contar com direitos políticos que garantam este desfrute (MONICA, 2008).

Assim, o direito de acesso à justiça deve ser compreendido em um sentido amplo, qual seja, aquele que garante o direito não só o acesso do jurisdicionado

¹ Neste sentido, interessante seria revisar a obra de Elio Fazzalari que identifica a concepção de processo com o contraditório, entendendo que há processo sempre que o procedimento realizar-se por meio do contraditório entre as partes, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, daqueles que como seus destinatários sofrerão os efeitos da decisão final (FAZZALARI, 2006, p. 118-119; LEAL, 2007, p. 243; NEVES, 2006).

ao órgão jurisdicional, senão também sua efetiva participação. Cada cidadão tem direito de participar do poder e da vida social e, sobretudo, ao direito de participar pugnando pela concretização de seus direitos fundamentais². A jurisdição deve ser, desta forma, o conduto capaz de permitir tal participação (MARINONI, 2006, p. 465-6).

2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA EFETIVA

A direito de ação tem a sua essência no direito que o jurisdicionado tem de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional efetiva (NERY JÚNIOR, 2004, p. 133).

Robert Alexy assevera que os direitos aos procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma tutela efetiva e que uma condição para a tutela efetiva é o resultado de procedimentos que garantam os direitos materiais do respectivo titular dos direitos processuais (ALEXY, 2008, p. 433).

Para o referido jurista, a concepção de que de por meio das normas procedimentais não se pode proporcionar tudo, quer dizer, efetivar direitos fundamentais materiais, não significa que estas possam ser subestimadas. Entende que as normas processuais podem otimizar a proteção dos direitos fundamentais, sendo que neste caso o aspecto procedimental e material devem se unir em um modelo dual que garanta a primazia do aspecto material dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 434-5).

Frente à tese de Robert Alexy, que muito embora tenha sido acolhida pela maioria dos juristas brasileiros, apresentaremos uma proposta um tanto diferente. Preferimos partir sobre outra base.

Para que se garanta a efetividade da tutela, é necessário conceber o processo como discurso. A sentença é o elemento final do discurso jurídico realizado para que o Estado possa exercer sua função de tutelar direitos. Todo discurso necessita de regras para poder se desenvolver de maneira adequada. Desta forma, o processo, para permitir a formação do convencimento do juiz e o desenvolvimento do discurso judicial, exige regras relativas ao tempo, a forma e ao conteúdo da participação das partes e do juiz (MARINONI, 2008, p. 61; WATANABE, 2005, p. 21 passim). Segundo Habermas (2008, p. 307),

²“D'altra parte, nell'analisi della ripercussione dell'esercizio del contraddittorio nell'atto decisorio, occorre svolgere dei brevi commenti riguardo alla motivazione delle decisioni, spazio in cui l'organo giudicante esprime le ragioni che hanno contribuito alla formazione della sua convinzione e dà pubblicità all'influenza esercitata” (CABRAL, 2005).

Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación normativo-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo el marco institucional para decursos de comunicación que así quedan libres, es decir, que así se pueden producirse, los cuales sólo obedecen a la lógica interna de los discursos de aplicación.

Neste sentido, urge estabelecer a diferenciação entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação. O primeiro tem por objetivo justificar a validade de uma norma, justificação que vem a ser dado pelo princípio da universalidade. Entretanto, mesmo que uma norma esteja justificada e seja válida não significa que esta norma vá ser aplicada automaticamente a situação concreta (GUNTHER, 2004, p. 317 passim; OJEDA, 2008; MARINONI; RAGONE; OJEDA, 2010).

O discurso de aplicação ou de adequação seria aquele que busca estabelecer se a norma *prima facie* aplicável é adequada a situação jurídica determinada, uma vez que implica levar em conta todos os dados e informações que caracterizam a circunstância fática, ou seja, a situação de aplicação³. Assim, o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação são formas discursivas que se complementam, o primeiro é tarefa do Poder Legislativo e o segundo é tarefa do Poder Judiciário (OJEDA, 2008; GUNTHER, 1995, p. 274; MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 241-254).

No caso do discurso de aplicação devemos considerar que a decisão judicial está duplamente limitada. Por um lado, ela deve obedecer e respeitar o princípio da legalidade, que determina que o juiz deve tomar a decisão aplicando as normas pertencentes ao ordenamento jurídico. Esta observância ao princípio da legalidade exige que a decisão judicial seja uma decisão legal (MARINONI; RAGONE; OJEDA, 2010; GÜNTHER, 1995, p. 274).

Entretanto, como o ordenamento jurídico não determina com anterioridade a solução dos casos concretos individuais, existe um segundo limite que vem a ser dado pela correta justificação da decisão judicial, justificação que se encontra vinculada às razões levantadas a favor de cada uma das opções que se apresentam ao juiz no processo de aplicação (HABERMAS, 2008, p. 308; GUNTHER, 2004, p. 317; OJEDA, 2008). Neste sentido explica Juan Carlos Velasco Arroyo (apud GUNTHER, 1995, p. 274):

³ “Durante o processo é que nos envolvemos com essas interpretações, comprando entre si interesses que concorrem e colidem com expectativas normativas, a fim de formar aquela norma em vista das circunstancias especiais do caso isolado, da qual podemos reivindicar como a adequada” (GÜNTHER, 2004, p. 71).

esta exigencia se traduce en el principio procesal según el cual no se puede establecer que una norma pueda aplicarse legítimamente en una situación sin que se tomen antes en consideración todas las características de la situación que son relevantes para garantizar una interpretación coherente de todas las normas aplicables.

Desta forma, o direito à tutela efetiva deve ser visto não somente como o resultado de procedimentos que garantam os direitos materiais do respectivo titular dos direitos processuais, senão também como o resultado da correta justificação, nos moldes propostos por Klaus Günther.

3 TUTELA EFETIVA E RESPOSTA CORRETA

Da concepção de tutela efetiva nos moldes do discurso de aplicação, implica no reconhecimento da existência de uma resposta correta. Dworkin lança o problema: Haveria sempre uma resposta correta para os conflitos entre direito e política ou vivemos em pleno desacordo? (DWORKIN, 1989, p. 455). A defesa da existência de uma resposta correta para Ronald Dworkin está relacionada a seu conceito de integridade que pode ser identificada em duas fases, uma em *Taking Rights Seriously*, em que centra seus esforços em propor uma crítica ao positivismo e, uma segunda fase em *Law's Empire*, onde já propõe sua teoria do direito como integridade e uma concepção do direito como interpretação.

Entende Ronald Dworkin a integridade como um ideal ou virtude política que exige dos poderes públicos uma atuação coerente e não arbitrária (PEREZ, 2003, p. 353). A concepção do direito como integridade sugere ao juiz que trabalhe como se o direito de uma comunidade fosse obra de um legislador racional de modo que para cada caso houvesse uma resposta correta (PEREZ, 2003, p. 355), e para tanto, deve ser considerado dois pressupostos: coerência e consistência. A coerência fica estabelecida entre os enunciados por meio de argumentos substanciais, ou seja, por meio de razões que oferecem a propriedade pragmática de produzir entre os participantes da argumentação um acordo racionalmente motivado (HABERMAS, 2008, p. 281; REPA, 2010). A consistência, por sua vez, trata de uma condição formal ou simplesmente lógica de compatibilidade por não-contradição.

Entretanto, a coerência do sistema não pode ser vista exatamente como pretendia Dworkin, pois o sistema de conflitos entre regras jurídicas entendido nos termos de “tudo ou nada” remete a uma incoerência. Se existem normas válidas contraditórias e, se somente no caso concreto, podemos avaliar tal incongruência, então estamos frente a um sistema anfíbológico.

Assim, para entender a coerência do sistema devemos partir de que todas as

normas são somente aplicáveis *prima facie*, de maneira que em um discurso de aplicação ou adequação será necessário examinar, se podem ter uma aplicação a uma situação que ainda não foi prevista no discurso de fundamentação, ou se, sem prejuízo da sua validade, devem passar para um segundo plano relativo àquela norma adequada ao caso concreto. Somente quando uma norma válida resulta ser também a única norma adequada ao a situação, é que fundamenta esta norma um juízo singular que pretende ser correto. Esta aplicação imparcial das normas pretende preencher os vazios do discurso de fundamentação, normalmente causado pela imprevisibilidade de situações futuras (HABERMAS, 2008; GUNTHER, 2004).

Em este sentido, o discurso de aplicação não coloca em debate a validade da norma, senão a adequada referência da norma ou a adequada relação desta com a situação concreta. Assim, a motivação da sentença deve ser entendida como um entrelaçamento da descrição da situação e a concretização da norma geral. Neste sentido Günther (2004, p. 93) entende que:

A ética do discurso faz da força justificadora de características situacionais o seu tema expresso de argumentação moral em duas direções: primeiramente, de forma imediata, ao lhe atribuir o status de uma razão justificadora apenas quando pertencerem à esfera de aplicação de uma norma que, em tal circunstância, seja a adequada em relação a todos os demais dados. Por isso, adequação não é um atributo da descrição da circunstancia, mas da norma em uma situação, em relação a todos os sinais característicos.

Ademais, desde esta concepção procedimentalista do direito, e ciente da possibilidade de alcançar um único resultado adequado ao caso em questão, o juiz nos moldes de Hércules, com privilégios cognitivos, não seria o suficiente para uma autolegitimação fática, mas sim a comunicação pública dos cidadãos levaria um maior acesso à justiça e uma conseqüente maior legitimidade das decisões (GUNTHER, 1995; MONICA, 2008).

Nesta mesma perspectiva, Habermas (2008, p. 297) assevera que as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem superar a dimensão lógico-semântica da construção dos argumentos e da ligação lógica das proposições, e sugerir uma concepção também pragmática do processo de fundamentação (MONICA, 2008).

Assim, o direito material somente pode ser concretizado na medida em que exista uma correta justificação de aplicação da norma a situação ventilada. Conforme defende Raúl Nuñez Ojeda (2008):

Por lo tanto, lo decisivo en la aplicación judicial del derecho no es sólo la aplicación de enunciados jurídicos (de fuentes del derecho) como fundamentos o razones para la decisión, sino también las razones dadas a favor de la aplicación

de dichos enunciados frente a otros potencialmente aplicables, la determinación de un preciso significado de los mismos frente a otras interpretaciones, la consideración de determinados hechos como probados (alternativamente a las razones a favor de los mismos como no probados) y como encuadrables en una categoría jurídica (y no en otra), así como la elección de una correcta consecuencia jurídica dentro de las alternativas legales.

Destaca-se, portanto, a ideia de fundamentação e motivação das sentenças, que não é somente uma obrigação de exigência legal, senão é derivada da própria concepção de jurisdição e do seu exercício nos Estados Democráticos, sendo inerente à aplicação do Direito. Desta motivação que justifica e fundamenta a aplicação da norma à situação controvertida, resultará a resposta correta.

Esta resposta correta tem relação direta com o direito à tutela efetiva, pois somente a adequada e justificada aplicação da norma ao fato em análise resultará na prestação de uma tutela efetiva por parte do órgão jurisdicional.

Como vemos, a perspectiva discursiva da aplicação da norma segundo a proposta de Klaus Günther nos leva ao reconhecimento de uma resposta correta, posição esta contrária a Robert Alexy, que mantém uma posição cética acerca da possibilidade de alcançar uma resposta correta.

O direito à tutela efetiva percebido como a busca do melhor procedimento a proteção ou garantia do direito material, deve ser entendido de maneira que, diante de muitas normas processuais válidas *prima facie*, o juiz deve avaliar tanto a situação controvertida, como o direito material discutido para justificar a aplicação de determinada norma. Esta correta justificação consubstancia o direito à tutela efetiva.

CONCLUSÃO

O direito de acesso à justiça deve ser concebido ademais do princípio da universalidade do acesso, também na realização da participação dos cidadãos nas decisões que suportarão. O direito de acesso à justiça não pode ser visto, nem analisado independentemente do direito de participação e do contraditório.

Somente por esta participação podemos chegar a uma tutela efetiva. Como vimos anteriormente, a tutela efetiva deve ser vista e estar relacionada com a resposta correta resultado do processo de adequação da norma ao caso concreto. Somente com a certeza de uma única resposta, podemos garantir que a prestação jurisdicional resultou de uma correta justificação da aplicação da norma, e somente neste sentido teremos a efetivação da tutela.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

CABRAL, Antonio, Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere didibattito. *Rivista di diritto processuale*, v. 2, 2005. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 10 out. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARTINS, Argemiro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publicaçõe/RDGV_03_p241_254.pdf>. Acesso em: 25 set. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

HABERMAS, Jurgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía legalidad?. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5., p. 21-45, 1988.

_____. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Communitas, 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

_____; RAGONE, Álvaro; OJEDA, Raúl. *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MONICA, Eder Fernandes. O acesso à justiça e a proposta habermasiana para um processo civil discursivo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 12, p. 23-41, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

OJEDA, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo. *Ius et Praxis*, Talca, v. 14, n. 1, p. 199-223, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art08.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre jurisdição e legislação no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.

LEAL, R. (Org.). *Coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REPA, Luiz, A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema dos direitos fundamentais em Habermas. *Dois pontos*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 141-156, out. 2010.

PEREZ, Maria Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, p. 347- 385, 2003.

SOLUM, Lawrence B. *Procedural Justice (February 23, 2004)*. U San Diego Law & Econ Research Paper No. 04-02; U San Diego Public Law Research Paper No. 04-02. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=508282>>.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no proceso civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

Artigo recebido em 07/11/11 e
aprovado para publicação em 08/11/11

Como citar: MARTINS, Priscila Machado. Breves considerações acerca do direito de acesso à justiça e direito à tutela efetiva desde a perspectiva discursiva. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 185-194, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p185
