

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JUVÊNIO BORGES SILVA

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

EDINILSON DONISETTE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Juvêncio Borges Silva, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-075-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

ACESSO À JUSTIÇA I

O acesso à justiça, para além do acesso ao judiciário, demanda a invocação de diversificadas frentes de atuação, tanto judiciais quanto extrajudiciais.

A legislação brasileira vem sendo atualizada e revisada com o propósito de acompanhamento do dinamismo e complexidades das relações sociais e dos novos modelos de configuração dos conflitos postos.

A cultura do litígio tem sido, e precisa mesmo ser, substituída pela cultura da conformação dos interesses. Conformação compreendida não no sentido de resignação, mas sim de conformidade e harmonização. Essa experiência da conformação poderá ser implementada por meio de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, tais como: mediação, arbitragem, negociação, etc. Todas elas refletem soluções baseadas na racionalidade, levando à emancipação dos sujeitos de direito que se empoderam de sua capacidade de construir e cumprir acordos pensados em conjunto, evitando o excesso de judicialização dos conflitos, e consequentemente, do endêmico emperramento do Poder Judiciário.

Aprender a lidar com a cultura da conformação e negociação dos conflitos é tarefa que deve iniciar-se cedo na vida das pessoas. Os professores, de um modo geral, têm um fértil campo de atuação neste sentido. Desde a escola infantil até os bancos das universidades, esse ensinamento poderá ser passado e treinado, só assim poderemos cultivar a paz nas relações sociais. De outra forma os conflitos sociais se tornarão cada vez mais complexos e demorada sua solução.

Tanto a morosidade do Judiciário na solução dos conflitos a ele denunciadas, quanto a falta de políticas públicas adequadas ao atendimento das necessidades sociais, bem como a cultura do litígio encrustada no inconsciente da sociedade, constituem sérios entraves à realização do acesso à justiça social.

Lado outro não se pode negar a estreita ligação, via de regra falida, entre a concessão satisfatória dos direitos judicialmente reconhecidos e a real possibilidade de sua realização e

asseguramento aos jurisdicionados. Assim é que se vê se fazerem claros os entraves políticos e econômicos à solução dos conflitos sociais, tornando, em diversas circunstâncias, as decisões judiciais inócuas e/ ou inexecutáveis.

Áreas que compõem os direitos sociais constitucionais, tais como a saúde, o meio ambiente, o direito previdenciário, criança e adolescente, etc, necessitam de investimento e planejamento prévios de todos os Poderes do Estado para serem garantidos com um mínimo de segurança. Desta forma o acesso à ordem jurídica justa poderá ser alcançada e mantida, diminuindo-se, finalmente, a perniciosa tensão entre a Política e o Judiciário, garantindo-se, desta forma, o cumprimento do prometido Estado Democrático de Direito anunciado e prometido na Constituição da República de 1988.

Neste sentido, os capítulos a seguir, com seus correspondentes autores, emprestam significativa contribuição ao debate sobre o acesso à justiça, sendo possível observar as seguintes temáticas:

1ª - Acesso à justiça e teoria discursiva do direito, acesso à justiça e justiça restaurativa, e acesso à justiça e Estado Democrático de Direito. Discute-se neste eixo temático o acesso à justiça sob a ótica da teoria da ação comunicativa de Habermas, focando o direito como busca do consenso, procurando superar os tecnicismos e burocracias da razão instrumental e o resgate da razão pela via da comunicação, com o fito de construir um direito pautado pela efetiva participação social. Em perspectiva semelhante trata o capítulo que aborda a Justiça Restaurativa, a partir de análise do Projeto de Lei 7006/2006 que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. O objetivo é proporcionar às partes envolvidas autonomia e efetiva participação, contando com a participação ampla da rede social para o alcance do seu desiderato, como forma de contribuir para o acesso à justiça. Num terceiro momento abordar-se a relação entre acesso à justiça e Estado Democrático de Direito, considerando posicionamentos do Poder Judiciário, partindo-se de um caso concreto envolvendo a coleta de lixo no município de Cambuquira-MG e a decisão do Tribunal determinando sua realização três vezes por semana, e destacando a participação social neste processo envolvendo a comunidade e o meio-ambiente.

2ª - Acesso à justiça e morosidade judicial, acesso à justiça e razoável duração do processo. Discute-se neste eixo temático os problemas da morosidade judicial na Justiça Brasileira, o congestionamento de processos, o não cumprimento do princípio da razoável duração do processo e os graves prejuízos que tal ocasiona à prestação da justiça.

3ª - Acesso à justiça e judicialização dos direitos sociais, judicialização das políticas públicas e ativismo judicial. Discute-se neste eixo o fenômeno da judicialização das políticas públicas, a relação entre o político e o jurídico na efetivação de direitos sociais fundamentais, a atuação dos tribunais e sua legitimidade em face de decisões que tem repercussão no poder político, mormente na Administração Pública, tendo em vista que o administrador público tem um orçamento previamente votado e aprovado. Aborda-se o conflito entre o princípio da "reserva do possível" e do "mínimo existencial", destacando as decisões dos tribunais nesta matéria.

4ª - Acesso à justiça e métodos alternativos de resolução de conflitos. Discute-se neste eixo temático os meios alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, a inserção destes institutos no Novo Código de Processo Civil, e a contribuição dos meios alternativos de resolução de conflitos para a ampliação do acesso à justiça, rompendo com o paradigma do contencioso, e buscando mostrar que é possível acessar e realizar justiça sem que seja necessariamente pela vida dos tribunais.

Esperamos que todas as discussões aqui tratadas possam contribuir para ampliar a compreensão do acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO
ACCESS TO JUSTICE FROM HABERMAS'S DISCOURSE THEORY OF LAW

André Luiz de Aguiar Paulino Leite
Rafael Gomiero Pitta

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o problema do acesso à justiça, compreendido não apenas como a mera possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional, mas em sentido mais amplo, entendida como o acesso à informação, possibilidade de exposição de pontos de vista e construção do jurídico. A abordagem inicial se dá com a apresentação de aspectos controversos do acesso à justiça e qualidade da jurisdição para, posteriormente e a partir do encontro com a teoria discursiva, encontrar a ligação entre os temas e benefícios de sua aplicação. Neste sentido, utilizando o método hipotético-dedutivo, a pesquisa utilizará como referencial teórico o filósofo alemão Jürgen Habermas, servindo-se de sua teoria discursiva do direito e do Estado a fim de reconstruir a compreensão do tema do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Cidadania, Jurisdição, Teoria discursiva

Abstract/Resumen/Résumé

This search intends to analyze the problem of access to justice, understood not only as the mere possibility of obtaining judicial protection, but in a broader sense, understood as access to information, possibility of views exhibition and construction of law. The initial approach takes place with the presentation of controversial aspects of access to justice and quality of jurisdiction for, later and from the encounter with the discursive theory, find the link between the issues and benefits of their application. In this sense, using the hypothetical - deductive method, the research will use as a theoretical German philosopher Jürgen Habermas, using his discursive theory of law and the state to rebuild an understanding of access to justice theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Citizenship, Jurisdiction, Habermas's discourse theory

INTRODUÇÃO

Existem inúmeras pesquisas que se prestam a analisar a questão do acesso à justiça sob os mais diversos aspectos, tais como a qualidade de jurisdição, vias alternativas de resolução de conflitos, análise e formulação de políticas públicas que visam efetivação do acesso ao judiciário, investimentos dos órgãos da justiça para alcançar o equilíbrio entre o acesso e o descesso, entre muitos outros.

A presente pesquisa busca apresentar duas visões distintas e complementares a respeito do acesso à justiça, utilizando a teoria discursiva do direito habermasiana para compreender seus desdobramentos e utilização prática no auxílio ao problema do acesso à justiça.

Há um caminho muito particular a se percorrer para que estas linhas de pensamento se encontrem no plano teórico e posteriormente possam alcançar o plano material. Para tanto, é necessário uma compreensão -mesmo que superficial- do conceito de justiça, para depois adentrar na teoria discursiva, concluindo na possível aplicação do que se concluiu para uma melhora na qualidade da jurisdição.

A primeira construção a se realizar é determinar o elo entre o acesso à justiça e a teoria discursiva, começando por explanar sobre o sistema processual vigente e a construção lógica que embasou o atual formato de prestação jurisdicional, as alterações cronológicas de posicionamento do processo e do procedimento, inicialmente contemplando o sincretismo, posteriormente a autonomia e finalmente ocupando a posição instrumental.

Pacificada a função do processo, é possível realizar o raciocínio que permite discutir o acesso à justiça utilizando a teoria discursiva. Em outras palavras, estando determinadas as regras do jogo de forma clara e paritária, as decisões oriundas do sistema possuem mais chances de se tornarem aptas a de fato resolver conflitos de forma eficiente.

Antes de se adentrar a teoria discursiva, é importante compreender o plano em que se desenvolveu e em que cenário encontra suas bases. O período de racionalização pelo qual passou a sociedade com reflexos no direito, deu margem a uma espécie de supervalorização da técnica em homenagem a um cumprimento cego de princípios.

Esta racionalização ocorreu em diversos campos, e aqui já se encontra a primeira conversão entre as duas linhas. No momento em que a racionalidade iluminista confundiu-se com técnica, houve um grande prejuízo, pois o

desenvolvimento técnico e econômico passaram a ser considerados essenciais por si só, independente de um fim maior.

A Teoria Crítica sustenta o pensamento de que a racionalização instrumental do mundo terminou por desvirtuar o racional, apropriou-se da ciência e da filosofia para atingir fins em descompasso com os aqui estudados como, por exemplo, o acesso à justiça.

A trajetória do direito processual foi semelhante e encerrou semelhantes problemas. No ápice deste racionalismo que a teoria crítica atacou, a obediência cega aos princípios -então considerados essenciais e dos quais não se poderia abrir mão em hipótese alguma- acabou por dar azo à institucionalização da injustiça em alguns casos.

Para evitar o retrocesso social e jurisdicional que esta concepção racionalista causou, foi preciso que uma nova teoria crítica se instaurasse em diversas áreas do direito, e nesse contexto surge a razão comunicativa habermasiana.

Este conceito propõe que os indivíduos possam interagir entre si e construir consensos utilizando-se da linguagem e orientado ao entendimento, reconstruindo, desta forma, o direito.

Por fim, o encontro definitivo que este artigo promove entre as teorias de acesso à justiça com a teoria discursiva de Habermas se dá no que o filósofo chama de possibilidade de postulação judicial. Observe-se que esta possibilidade não surge aleatoriamente, mas sim da lógica do entendimento tão bem esmiuçada por Habermas em seus estudos.

A possibilidade da postulação judicial surge em momento posterior ao entendimento ocorrido horizontalmente entre os cidadãos de forma verdadeiramente democrática, porém, anteriormente à noção de Estado. Ou seja, é resultado de uma autolegislação dos cidadãos.

Será utilizado neste estudo o método hipotético-dedutivo, que se assemelham ao dedutivo na medida em que se reportam ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental. Este modelo e metodologia é atribuído a Popper (2007).

1. ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente o trabalho buscará analisar a evolução histórica da concepção do processo pela ciência jurídica. Para tal fim se procederá a exposição da evolução

cronológica do processo abordando a fase imanentista ou sincrética, passando à concepção moderna e, finalmente, analisando a noção instrumental contemporânea, desenvolvida pela ciência processual.

Em um segundo momento deste primeiro capítulo será realizado estudo acerca da questão da qualidade da jurisdição como pragmática aplicada à sociedade, abordando os principais problemas a serem enfrentados.

1.1 Prestação jurisdicional e a ação como peça central da tutela jurídica

Para compreender as fases atravessadas pelo direito processual até chegar à instrumentalidade contemporânea, é preciso realizar um breve esboço histórico dos últimos séculos, da noção de processo como mero apêndice do direito material, determinada imanentista ou sincrética¹, passando pela fase científica², em que o direito processual se lançou como uma ciência autônoma caracterizada por fortes dogmas, até chegar ao viés teleológico contemporâneo.

Resumidamente, num primeiro momento o direito processual era entendido como um acessório do direito material, um aspecto formal do direito, necessário e útil para a análise do que realmente importava: o direito substancial. Tal visão do direito se faz presente desde os tempos mais remotos, nas sociedades antigas grega e romana, passando por toda a idade média na Europa.

O sincretismo jurídico, que colocava no mesmo plano o direito material e processual, entrou em decadência ainda no século XIX. No dizer de Cândido Dinamarco, a partir de então restou claro que “a ação não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional” (2009, p. 18).

Na esteira dos estudos de Bulow, o direito processual alcançou status jamais imaginado, traçando institutos até hoje reconhecidos como referências indispensáveis para o estudo do processo civil.

¹ A fase imanentista é caracterizada pela visão do processo como mero acessório, um conjunto de formalidades delimitadoras da prática do direito material (substantivo). Cfr, Alexandre F. CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, v. I, 15ª ed., p. 08-09.

² Com a publicação da obra “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” de Bulow, inicia-se a fase científica do direito processual. Considerada pela doutrina o marco teórico desta fase, a obra de Bulow elevou o processo ao *status* de ciência autônoma e passou a ser considerado como ramo do direito público. A fase científica introduz a visão do processo como relação destacada da relação jurídica material, dando ênfase para a relação processual havida entre partes e juiz apartada da relação litigiosa que discute o direito material. Esta fase foi importante na transição para o que hoje se concebe como a instrumentalidade do processo.

Bulow³, segundo Cambi, desenvolveu a ideia -já anteriormente proposta por Búlgaro- de uma distinção entre a relação jurídica de direito processual e a relação jurídica de direito material. Para ele, a autonomia do direito processual em relação ao direito material considerava a relação entre os sujeitos processuais (juiz, autor e réu), o objeto (prestação jurisdicional) e os pressupostos da relação processual (pressupostos processuais) (2001, p.23).

O desenvolvimento das pesquisas em direito processual teve como consequência o surgimento de novos conceitos processuais, um grande avanço científico na metodologia e na fundamentação teórica dos institutos processuais. Porém, esses avanços foram acompanhados por um grande apego aos dogmas que ali surgiram, causando certo desequilíbrio na relação dos dogmas e princípios processuais com o que até então era seu fim, o direito material.

Apesar da incomensurável importância desta fase para o aprimoramento do direito processual hodierno, pode-se apontar como grave malefício desse período o afastamento havido entre a realidade (sociedade) e as normas processuais, bem como entre estas e o próprio direito material. A fase em comento gerou um apego quase que irracional às formas processuais, tornando a ciência processual um intrincado e complexo emaranhado de normas distanciadas da realidade vivida. Infelizmente, esse fenômeno, surgido no século XIX e cultivado por grande parte do século XX, gera impulsos até os nossos dias, refletindo principalmente na ineficácia de inúmeros instrumentos processuais. É o malfadado culto irrefletido à norma, cuja consequência é uma visão unilateral do processo em si. (BREGA FILHO; GONÇALVES, 2010, p. 64)

Não era preocupação do Estado, no sistema *laissezfaire*, afastar os cidadãos da “pobreza no sentido legal”, que significa, em última instância, garantir-lhes o acesso material à justiça. As instituições da justiça eram garantidas apenas formalmente aos cidadãos em geral, mas esta igualdade de condições formais não se realizava na prática (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.4).

Em resposta a este modelo de Estado liberal, que demonstrava já sinais de insuficiência na consecução de seus fins de socialização, surgem movimentos que fortalecem a posição do Estado como interventor a favor da construção de justiça.

A sujeição das partes ao processo –que, grosso modo, significa que o processo passou a ser imposto às partes independente de sua vontade- demonstra a força vinculante e autônoma do direito processual civil, direcionando a ação ao Estado e não

³OskarBulow, Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, publicado em 1868.

apenas contra a parte demandada, pois cabe ao Estado a prestação jurisdicional.(CAMBI, 2001, p. 92)

O conceito de ação como instituto processual privado dá lugar a uma concepção de ação cujo objeto imediato é a resposta do Estado, o procedimento em que o autor busca prestação jurisdicional perante o Estado e este, na nova perspectiva, não atua favor de uma das partes, mas decide razoavelmente de acordo com o resultado que o procedimento do devido processo legal possibilitou. (CAMBI, 2001, p. 92)

Para Dinamarco, concentrar a tutela jurisdicional no instituto da ação é desconsiderar a evolução de um sistema jurídico-político que se afastou do individualismo e cada vez mais é marcado pelo publicismo.(2009, p. 90)

Raciocínio ainda mais avançado realiza o autor quando afirma que, ao resolver questões de natureza pública ou privada propostas pelas partes, o Estado realiza seus próprios objetivos.

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pensa na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objeto jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos de ordem processual)- sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram (DINAMARCO, 2009, p. 90).

A preponderância da ação como meio de exigir do Estado o exercício da jurisdição justifica-se no princípio da inércia do Judiciário e seus órgãos, posto que no Estado de Direito jamais seria possível ao Estado resolver conflitos sem ser acionado.

Poder-se-ia dizer, portanto, utilizando-se de uma leitura processualista moderna, que o Estado é o veículo principal e essencial que conduz ao pleno acesso à justiça, e assim o faz através da jurisdição.

Embora a relação jurídica entre as partes seja pré-existente ao processo, a ação é o instituto que permite levar um conflito para conhecimento e resolução do poder Judiciário, tornando assim a relação jurídica processual. O direito subjetivo provém de uma relação jurídica, assim, para efetivar este direito subjetivo se faz necessária a articulação da noção de relação jurídica com a noção de processo (CAMBI, 2001, p. 23).

A visão do direito processual como mero instrumento de alcance do direito substancial, portanto, faz parte da superada visão da ação como direito à tutela jurídica

(Rechtsschutzanspruch) e instituto central do processo. A já proclamada autonomia do direito processual, embora não aceita ou não assimilada por inteiro, segue em direção oposta ao privatismo e ao sincretismo, igualmente já superados, para se estabelecer como ferramenta de concretização de direitos de forma universalizada.

1.2 Qualidade da jurisdição: uma visão pragmática

Qualidade de jurisdição pode ser entendido como a soma de fatores que contribuem na formação de um resultado satisfatório para os cidadãos que buscam a resolução de seu conflito perante o poder judiciário.

Temas como celeridade processual, paridade de armas, parcialidade do magistrado, compreensão real das partes sobre o processo, transparência do procedimento, lealdade processual e busca da verdade real estão entre os mais destacados.

A esse respeito, os principais aliados da jurisdição de qualidade são os advogados e os julgadores, sem deixar de considerar as soluções alternativas de conflitos, que frequentemente passam por personagens diversos.

A sofisticação de um conceito jurídico, no processo civil ou em outra área passa, para além da mera alteração legislativa, pela mudança de paradigmas. Exemplo disso é a transformação da mera igualdade formal das partes em juízo em igualdade real, o que exige bem mais do que os meros requisitos formais.

Embora seja fato inconteste que a jurisdição raramente estará à disposição de todos os cidadãos sem distinção de qualquer espécie, é tarefa do operador encontrar meios de torná-la o mais acessível diante do cenário jurídico vivido.

É necessário buscar além da concretização de um modelo processual que coloca as partes em posição de igualdade formal, a utilização de técnicas processuais que gerem impacto no processamento dos litígios e na excelência do resultado do ponto de vista social.

O enfoque sobre o acesso- o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos- também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das varias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em varias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria

ser colocado no vácuo. Os juízes precisam agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um importante efeito sobre a forma como opera a lei substantiva- com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia, da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. (CAPELLETTI, GARTH, 2002, p. 5).

A utilização de técnicas processuais visa atingir diferentes objetivos, desde uma situação de vantagem diante da parte contrária quando realizada por um advogado perspicaz, até o atingimento de um fim social quando o juiz garante a paridade de armas entre partes que notoriamente ocupam posições desiguais dentro da dinâmica processual.

Para Cambi, o processo é também um instrumento funcional extremamente válido para a consecução dos direitos fundamentais, não devendo ser encarado como um solucionador de conflitos individuais.

[...]o processo não é mera técnica, pois está inserido no plano da política do direito e da cultura social. A ideologia determina as ideologias a serem desempenhadas pelo processo. O processo civil deixou de ser uma mera manifestação da autonomia e da liberdade das partes privadas. A sua publicização e a constitucionalização das garantias fundamentais fez com que se tornasse um instrumento funcional para a realização dos direitos fundamentais (CAMBI, Artigo na Argumenta, n 16 p. 83-97, 2012. Protagonismo judiciário responsável).

Porém, quando se busca o acesso efetivo à jurisdição de qualidade -e não meramente o reconhecimento formal desse acesso como instrumento de realização dos direitos fundamentais-, esbarra-se em problemas graves como a morosidade, que compromete severamente a qualidade almejada.

Segundo Dinamarco, o problema da morosidade foi causado principalmente pelo apego dos processualistas aos dogmas, que tiveram sua importância elevada em patamares excessivos, impedindo a consecução do objetivo final. Para ele, a morosidade é resultado de um século de imersão dos processualistas em um mar de princípios, garantias e dogmas que deveriam servir de fator de consistência metodológica da ciência jurídica, mas terminaram por submeter o processo a uma servidão formalística em nome de princípios como *due process of law* e contraditório (2003, p. 11-12).

Tais dogmas, aparentemente irremovíveis, não serviram para iluminar o sistema, mas sim contribuir para uma justiça morosa e insensível às angústias das partes envolvidas em um litígio.

A obediência cega aos dogmas processuais costuma atuar negativamente em duas frentes, a primeira ao desincentivar o ingresso com ações perante o poder judiciário, causando a litigiosidade contida e sem resolução que induz outros problemas sociais; a segunda ao desacreditar os litigantes numa resolução célere e justa, uma vez que permite uma infinidade de prorrogações e recursos protelatórios.

A discussão de um projeto de racionalidade comunicativa, que será apresentada e explorada no próximo tópico, visa compreender a finalidade do acesso à justiça em um contexto de divergência em torno do próprio conceito de justiça, aprofundando o debate para além da instrumentalidade procedimental.

2. TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

O pensador alemão Jürgen Habermas, em *Direito e democracia: entrefacticidade e validade*, reconstrói o que chama de “autocompreensão” das ordens jurídicas modernas. É objetivo do autor a realização de uma análise crítica da sociedade, notadamente, como evidencia o título, a tensão existente entre o direito, compreendido em seus efeitos concretos na sociedade e a validade do direito (relação realidade x legitimidade).

2.1 Reconstrução pela razão comunicativa

Em uma breve análise histórica, pode-se afirmar que durante o renascimento, quando eram elaboradas as bases teóricas e desenhado o projeto da modernidade, desenvolve-se a ideia da racionalidade como algo positivo e capaz de construir o bem.

Desta forma, o fim último dos homens deveria ser alcançado pela razão, e era algo semelhante à liberdade, valor que toma o topo das ordens jurídicas fundadas pelas revoluções burguesas e que, portanto, baliza o Estado de direito burguês.

Ocorre que os resultados da aplicação prática das teorias iluministas são questionáveis. A racionalidade confunde-se com a técnica, a emancipação do homem, antes equiparada a sua secularização, torna-se a conversão a uma outra crença irracional, a de que o desenvolvimento econômico é sempre benéfico, de que o acúmulo

de capital é necessário, de que o desenvolvimento técnico é um fim necessário. Os conflitos armados do século XX são argumentos contra tal concepção de racionalidade. Sua motivação econômica pode servir como fundamento para críticas ao modelo racionalista desenvolvimentista, que coloca o dinheiro acima das pessoas, das culturas diversas, dos valores distintos.

É neste sentido que posicionam-se os pensadores da Teoria Crítica. Há a formação de uma crítica à racionalização instrumental do mundo, ao mesmo tempo elaboram a defesa da racionalidade "verdadeira", afirmando que o que se afirma como racional não o é. A razão instrumentalizada é apontada como uma espécie de desvirtuamento do racional, a apropriação da ciência e da filosofia para a consecução de fins egoístas (BOTELHO, 2010, p. 92).

As críticas de Adorno à indústria cultural ocorrem nesta esteira, quando, em tom de denúncia, aponta a apropriação realizada pelo mercado das formas naturais de arte, sem viés comercial. O filósofo prevê ainda no início do século XX a expansão da televisão e o potencial de dominação dos meios de comunicação de massa em favor dos interesses das grandes corporações, um movimento do capitalismo de consequências nefastas.

Neste sentido é que Habermas propõe uma nova forma de compreensão da racionalidade, por ele denominada comunicativa. Conforme analisa Alessandro Pinzani, Habermas enceta um caminho que seus precursores consideravam intransitável, qual seja, o da revisão fundamentada a fim de apontar novos caminhos dentro do Estado e do direito.

Em vez de aderir ao pessimismo, que enxerga o mundo como inevitavelmente corrompido pelo modo de produção capitalista e a cultura que o mesmo impõe à sociedade, Habermas vislumbra um potencial emancipatório no uso racional da linguagem.

O interesse emancipatório é visto por Habermas como estando presente nas ciências sociais críticas, na crítica da ideologia e na psicanálise - e isso o leva a estabelecer uma analogia entre o processo terapêutico individual e a atividade das ciências críticas do espírito (PINZANI, 2009, p. 61)

A razão comunicativa se apresenta no ato comunicacional dos indivíduos que interagem e constroem consensos através do uso da linguagem orientado ao

entendimento. Esta concepção é totalmente inovadora, conforme observa Marcelo Neves, *literis*:

A reconstrução habermasiana da modernidade confronta-se com as mais relevantes interpretações da sociedade moderna. Em primeiro lugar, com dois grandes paradigmas clássicos da filosofia e da sociologia alemã: o materialismo histórico marxista e o racionalismo weberiano. Em segundo lugar, com o próprio modelo crítico formulado pelos seus predecessores da Escola de Frankfurt (Horkheimer, Adorno e Marcuse). Por fim, com o modelo sistêmico e o pós-moderno. (NEVES, 2012,p 45).

A “reconstrução” do direito, desta forma, consiste na explicação do significado que Habermas realiza ao explicitar os pressupostos em que se apoiam indivíduos de uma comunidade jurídica com pretensão de legitimidade racional (HABERMAS, 2010, p. 169).

Através, desta forma, da livre comunicação entre atores que pretendem se organizar de forma pacífica e estabelecer um Estado mediado pelo direito, é possível que se construa uma ordem jurídica legítima, à medida que a discussão acerca das instituições e das regras a serem impostas a todos não se fecha em nenhum tipo de núcleo axiológico.

A esfera pública é importante conceito neste contexto, uma vez que se configura como espaço de discussões públicas, onde é possível estabelecer consensos. Conforme conceitua Alves, a esfera pública "seria uma complexa rede comunicacional, na qual posições são discutidas a partir da linguagem comum" (2013, p. 61).

A seguir analisaremos em específico a atenção dada por Habermas ao tema dos direitos fundamentais na gênese do Estado e do direito, a fim de que se possa refletir sobre a aplicação de sua teoria ao atual paradigma constitucional brasileiro.

2.2 Direitos fundamentais

O ponto inicial adotado por Habermas para a reconstrução da compreensão do Estado e do direito a partir do princípio do discurso são os direitos subjetivos. Segundo o filósofo alemão, estes devem ser atribuídos uns aos outros pelos cidadãos como condição legitimadora da convivência mediada pelo direito em um ponto inicial da organização juridicamente mediada.

Para Habermas “o conceito do direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do direito”, pois equivale à ideia de liberdade de ação

subjetiva. Dito de outro modo, os direitos subjetivos determinam os limites do campo de ação dos sujeitos (HABERMAS, 2010, p. 113).

O conceito de direitos subjetivos possui função fundamental para a moderna ideia de direito, segundo o filósofo. Isto porque criam os limites, a circunscrição dentro da qual os indivíduos podem, justificadamente, empregar sua vontade. Ocorre, assim, uma transformação deontológica que consiste na transferência de imperatividade das normas morais para os mandamentos jurídicos.

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo (HABERMAS, 2010, p. 114-115).

É destacada também pelo pensador a ideia de direitos iguais, pois as liberdades dos sujeitos detentores de direitos são liberdades iguais de ação. Analisando o princípio geral do direito de Kant e o primeiro princípio de justiça de John Rawls, Habermas conclui que liberdade e igualdade são “determinações conceituais” que

esclarecem por que o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem de decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o direito não pode apenas satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa. [...] O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo (HABERMAS, 2010, p. 114).

Assim, Habermas pretende explicar o paradoxo surgimento da legitimidade a partir da legalidade com o auxílio dos direitos que devem obrigatoriamente ser reconhecidos mutuamente e que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política. A conciliação entre as liberdades individuais e a autonomia do cidadão, que podem ser compreendidas como um agir individual e o agir coletivo, e esta integração pode ser realizada através do entendimento de cidadãos.

Neste sentido afirma o pensador: “Para conservar sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 2010, p. 115).

Faz-se necessário aqui situar Habermas diante da crítica ao direito realizada pelo marxianismo. Pode-se afirmar que na contemporaneidade, o direito e a democracia

liberal tem se configurado como conveniente enquanto forma de integração social. O direito moderno atua conferindo forma a relações intersubjetivas. Em outras palavras, a legalidade fornece às transações comerciais legitimidade ao estabelecer a igualdade e liberdade jurídicas. Tal ideia se aproxima da defendida por Milton Santos (2015, p. 126), quando assinala a forma homogeneizadora de atuação da racionalidade global.

Diante deste problema, é lícito afirmar que Habermas compreende a democracia como meio capaz de superar as instrumentalizações promovidas pelo sistema mercado, depositando confiança no princípio do discurso como via de emancipação social.

Aponta o pensador alemão para um insistente problema existente na relação entre direitos subjetivos individuais e autonomia do cidadão, o qual analisa em dois contextos distintos. A autonomia privada e pública, em geral, devem possuir, para o filósofo tedesco, uma mediação sistemática, de conteúdo axiológico neutro. Interesses públicos e particulares devem ser, assim, debatidos e ponderados de forma democrática.

Dentre os fundamentos da Constituição do Estado brasileiro, que já em seu preâmbulo declara sua pretensão democrática, encontram-se a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ainda no artigo 1º, em seu parágrafo único, fixa a visão de que o poder emana do povo.

Ora, desta forma, preliminarmente, conclui-se que a visão de Habermas acerca dos direitos fundamentais é adequada e compatível com o paradigma brasileiro, visto que os direitos fundamentais são compreendidos como pressuposto, ou seja, bases para a construção do ordenamento jurídico e do Estado com forma democrática, isto, autônoma.

2.3 Direito a postulação judicial

Habermas introduz o princípio do discurso, que é axiologicamente neutro e, basicamente, corresponde à liberdade de discussão orientada ao entendimento entre indivíduos livres tendente a formação de consensos. A ideia de autolegislação dos cidadãos é deduzida deste princípio, que assume através do direito a forma de um princípio da democracia.

A ideia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir - pela via da institucionalização jurídica - a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização (HABERMAS, 2010, p. 158).

A forma jurídica, destarte, toca o princípio do discurso, que é uma categoria viabilizadora da própria construção social, à medida que viabiliza a própria comunicação e estabelecimento da base consensual mínima para que se erijam as mais remotas construções sociais, e o "transforma" no que Habermas denomina princípio da democracia.

A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo cooriginário* (HABERMAS, 2010, p. 158).

A construção de um sistema de direitos, neste sentido, pode ser compreendida como um processo com uma etapa inicial chave, onde são reciprocamente reconhecidos por indivíduos certos direitos. A partir daí é que se desencadeia uma gênese lógica dos direitos, para o autor alemão.

Sob a perspectiva do sistema dos direitos, pode-se visualizar uma recepção de fora para dentro do que se tornarão direitos positivos.

Desta forma, Habermas elenca um rol de categorias de direitos que geram o código jurídico determinando a condição das pessoas de direito.

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (HABERMAS, 2010, p. 159 - grifo do autor).

A origem lógica dos direitos desenvolvida por Habermas comporta, portanto, o direito de ação na terceira categoria de direitos inicial no surgimento do ordenamento jurídico. Dito de outra forma, a "possibilidade de postulação judicial" gera como resultado direitos fundamentais que são correlatos necessários das liberdades subjetivas de ação.

É necessário observar que estes direitos surgem num estágio pré-Estatal, quando o que Habermas chama de "uma socialização horizontal geral" passa a ser juridicamente formalizada.

Eles ainda não podem ser interpretados no sentido de direito liberais de defesa, uma vez que regulam apenas as relações entre os civis livremente associados, *antes* de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado, contra o qual os civis precisam proteger-se. E esses direitos fundamentais garante a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-lo valer reciprocamente. Somente no próximo passo os sujeitos de direito assumem também o papel de *autores* de sua ordem jurídica, através de: (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercem sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo (HABERMAS, 2010, p. 159 - grifo do autor).

Pode-se afirmar, neste sentido, que os direitos dos quais fala o filósofo tedesco, são possíveis antes do Estado e, mais que isto, necessários para que sua gênese discursiva ocorra. As categorias elencadas por Jürgen Habermas de (1) a (4) são de forma reflexiva aplicadas na interpretação de direitos positivados em uma constituição (HABERMAS, 2010, p. 159).

Isto significará que, é necessário para que todos estes direitos já explicitados sejam efetivamente concretizados, o reconhecimento de "(5) Direitos fundamentas a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, 2010, p. 160).

3. RECONSTRUÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Diante da exposição acerca do problema do acesso à justiça, bem como da apresentação de pontos importantes da teoria do Estado e do direito de Jürgen Habermas, analisar-se-á agora, sem a pretensão de esgotamento do assunto que se apresenta demasiado amplo e complexo, mas com vistas em apontar possíveis reflexões a serem realizadas em futuros trabalhos, uma reconstrução do problema do acesso à justiça à luz da teoria de Habermas, o que pode significar uma reconstrução (NOBRE, 2012, p. 9).

Afirmam Lonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos que, após as guerras mundiais do século XX, bem como o conflito ideológico-político da guerra fria, embora a questão acerca da deseabilidade da democracia como forma de governo tenha se pacificado na posição afirmativa em relação ao modelo político democrático, quanto à forma de sua aplicação prática as regras que se difundiram ocasionaram um panorama excludente (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 40).

Conforme exposto acima, a ciência processual civil tem se preocupado em desenvolver mecanismos que possam resultar na ampliação da qualidade da jurisdição, o que pode ser também entendido como uma forma de democratização do judiciário.

Inserindo atores excluídos, tidos como irracionais, pois portadores de uma racionalidade na verdade diversa (SANTOS, 2015, p. 120), será possível a contraposição de um poder verdadeiramente legítimo em face da força hegemônica persistente através do processo em sua acepção tradicional.

A prestação jurisdicional como simples instrumento de obtenção da tutela passa a ser compreendida, na contemporaneidade, como um direito fundamental, o que implica na obrigatoriedade para o Estado de implementação de políticas públicas capazes de concretizar este ideal constitucional.

Em termos habermasianos, a ordem jurídica justa somente é possível em um ambiente que respeita o princípio do discurso. Isto significa a concepção da possibilidade de fala em sentido amplo, isto é, a viabilização do discurso para todos os cidadãos, sem discriminação de qualquer natureza (ALVES, 2013, p. 106).

A efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, pode ser compreendido a partir de Jürgen Habermas como efetividade de um dos direitos fundamentais que antecedem a criação do próprio Estado pois, conforme exposto alhures, afirma o autor alemão, em *Direito e democracia*, antes de instituir a ordem jurídico política criando instituições, é necessário que os indivíduos que pretendem se organizar reconheçam reciprocamente certas categorias de direitos fundamentais.

Assim, entende-se que o direito de acesso à justiça pode ser compreendido, a partir de Habermas, como aqueles "Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;" (HABERMAS, 2010, p. 159).

A ordem jurídica baseada no Estado de direito de concepção liberal não suficientemente responde às demandas sociais das atuais sociedades complexas plurais. O direito é altamente excludente quando aplicado de maneira burocrática e formalista. As minorias passam, assim, a enxergar o Estado e o direito como opressores, destituídos de seu potencial emancipatório.

Uma preocupação comum aos estudos sobre acesso à justiça é justamente a possibilidade do acesso se dar meramente às vias judiciais sem que isso necessariamente se reflita em justiça. As soluções estruturais apresentadas pelo Poder Judiciário, por outro lado, não têm sido aptas a solucionar nem sequer amenizar o problema da exclusão e falta de qualidade da jurisdição.

Historicamente, o acesso à justiça surgiu com o Estado Liberal burguês do século XVIII e XIX e se resumia então a um acesso meramente formal, que contava com uma atitude estatal passiva que garantia o acesso efetivo apenas àqueles que pudessem arcar com as despesas processuais.

O sistema jurídico, no entender de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, possui duas finalidades básicas, primeiramente, ele é o "sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, e ou resolver seus litígios sob os auspícios do estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos". Em segundo lugar, o acesso à justiça se presta a atingir resultados benéficos ao cidadão enquanto indivíduo, e os resultados que ele pode atingir podem ser socialmente justos. (2002, p.3)

O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.5)

Observando sob um ângulo minimamente crítico e com a profundidade que o tema merece, a própria linguagem excessivamente técnica dá à forma jurídica clássica o aspecto sisudo, estranho à maioria dos indivíduos que deveriam, de acordo com a concepção discursiva do direito, sentir-se amparados pelo direito que eles próprios construíram.

O paradigma da solução judicial está de tal forma impregnado no subconsciente da sociedade -e mesmo no meio jurídico-, que as fórmulas alternativas são rechaçadas de plano por grande parte da comunidade jurídica, que enxerga fora dos muros do poder judiciário uma zona de extremo perigo e insegurança jurídica.

A teoria discursiva, no entanto, propõe uma reformaracionalista não instrumental, que considera as necessidades dos próprios envolvidos de maneira que, democraticamente, encontrem mecanismos empiricamente eficientes na solução dos litígios.

O fato da teoria discursiva ser estabelecida em momento pré-Estatal, vai de encontro ao paradigma de Estado-juiz cultivado por diversas tradições jurídicas, e à esta falta de perspectiva de solução de conflitos fora do Estado-juiz se deve justamente o problema da falta de qualidade da jurisdição.

É fato notório o receio dos cidadãos em procurar o judiciário para ingressar em juízo na tentativa de resolver um conflito. Na Inglaterra, onde a consciência social e cidadania são relativamente bem desenvolvidas, a população prefere não se arriscar em litígios.

Um estudo⁴ descobriu que 11% dos ingleses jamais procuraria um advogado, e para Cappelletti e Garth tal resultado se deve a uma desconfiança nos advogados especialmente pelas classes menos favorecidas, que enxergam nos advogados e nos juizes a imagem de figuras opressoras (2002, p. 9).

A partir da concepção discursiva do Estado e do direito, é possível, pensamos, mudar esta perspectiva, à medida que se esclarecerá a organicidade e espontaneidade contidos na ordem jurídica. O sentimento de pertencimento é possibilitado quando se amplia a participação popular, não somente na criação, mas na aplicação do direito.

É neste sentido que deve se privilegiar novos mecanismos de participação da comunidade no processo.

Considerações Finais

⁴ Trata-se de estudo empírico chamado “os problemas jurídicos e o cidadão”, realizado por ABELSMITH, B., ZANDER, M. e CASS, R., (*legal problems and the citizen*, Londres, Heinemann, 1973) utilizado juntamente com diversos outros como referência por CAPPELLETTI e GARTH.

Na esteira do pensamento de Habermas, as possibilidades da democracia encontram abrigo num ambiente extremamente receptivo ao debate. Suas proposições reconstróem alicerces jurídicos e permitem um diálogo sem tantos vícios.

A democracia habermasiana surge dos próprios cidadãos, empoderados por parcelas idênticas de força e que dialogam o caminho para alcance de um bem da vida em comum assim como os próprios. Nisso consiste a conversão do princípio do discurso em um princípio da democracia, regra desencadeadora do surgimento do Estado e do direito.

Não será possível desenvolver em poucas linhas um estudo que faça sequer introdução da teoria discursiva em toda sua complexidade, aplicada a uma questão problemática como o acesso à justiça. É tarefa do pesquisador, no entanto, formular hipóteses e experimentar, e é esta a proposta deste artigo. Neste sentido, o trabalho pretende contribuir para a abertura da reflexão e do debate acerca da reformulação dos pressupostos deste Estado e do direito.

Assim, diante da clareza de que o princípio do discurso, a liberdade comunicativa e a democracia não são somente direitos, mas pressupostos do Estado e do direito, torna-se indispensável o abandono do formalismo cientificista desenvolvido pela razão instrumentalizada pela modernidade para a adoção de um ponto de vista racional capaz de emancipar os homens de dogmas ideológicos.

As possibilidades são imensas e factíveis, basta compreender o que diz Cappelletti respeito do modelo paradigmático efreqüentemente –nas palavras do autor– irreal de duas partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos de seus advogados. (CAPELLETTI, GARTH, 2002, p. 5)

A aproximação entre a noção de justiça e sua concretização se impõe a medida em que a sociedade freqüentemente se vê engolida por valores duvidosos e absorve com facilidade discursos que sequer são colocados em debate, fato este que jamais deveriam permear um ambiente democrático sadio.

A racionalização instrumental, voltada a fins egoístas, excessiva e equivocada criticada por Habermas –e mesmo por juristas representantes de áreas extremamente técnicas do direito, como os processualistas– acaba por persuadir os cidadãos a chancelar discursos prontos que justificam os males da sociedade tratando-os como inevitáveis.

Por isto defende-se a noção discursiva do direito e do Estado, a favor de um ambiente que respeite as diferenças e não se feche ao debate. Tal opção epistemológica

é capaz, entende-se, de permitir avanços no tema do acesso à justiça, uma vez que pode significar a abertura do sistema judiciário à perspectiva argumentativa menos formal e mais voltada ao entendimento mútuo.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. 1. ed. Ed. Juruá. Curitiba, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Beth, 10.^a edição. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1997.
- BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.
- BREGA FILHO, Vladimir; GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. *Descenso à justiça como fator de inclusão social*, XIX Conpedi, p. 64, 2010.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001
- CAMBI, Eduardo. *Protagonismo judiciário responsável*, in *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*, - UENP. n. 16 (janeiro/julho) – Jacarezinho, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CÂMARA, Alexandre F. *Lições de direito processual civil*, v. I, 15^a ed., 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Capítulo 9 - Três modelos normativos de democracia*. (p. 277-292). Editora Loyola. São Paulo, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 1. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Trad. do autor. 3. ed. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2012.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). *HABERMAS E A RECONSTRUÇÃO*. Papyrus editora. Campinas, 2012.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Editora Artmed. Porto Alegre, 2009.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.

SANTOS; Boaventura; AVRITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2.^a ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Editora Record. 24.^a ed. Rio de Janeiro, 2015.

TEMER, Michel. *Democracia e cidadania*. São Paulo: Malheiros, 2006.