

CONSTITUCIONALISMO, ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO: UMA LEITURA A PARTIR DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CONSTITUTIONALISM, ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIALIZATION: A READING FROM EFFECTIVE PERSONALITY RIGHTS

Dirceu Pereira Siqueira¹

Fernanda Corrêa Pavesi Lara²

RESUMO

Partindo da análise das transformações históricas do constitucionalismo no Estado Moderno, e com o objetivo de demonstrar no cenário do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela crescente judicialização das relações sociais, o papel do princípio constitucional do acesso à justiça na garantia dos direitos, o trabalho seguirá o método dedutivo de pesquisa, baseado no estudo doutrinário acerca do tema. No desenvolvimento da problemática, buscar-se-á evidenciar que a judicialização é um fato, que independe do Poder Judiciário, mas resulta da conjugação de diversos fenômenos político-sociais-jurídicos, neste contexto, urge indagar como situar a prestação jurisdicional neste cenário? Assim surge a importância da análise do princípio constitucional do acesso à justiça e seu papel na efetivação dos direitos sociais, bem como a relevância de ampliação da concepção de acesso à justiça concebendo-o como acesso à ordem jurídica justa.

¹ Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar – UniCesumar. Professora adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogada. E-mail: fernanda.pavesi@pucpr.br.

Palavras-chave: Matrizes do constitucionalismo; constitucionalismo contemporâneo; judicialização quantitativa; judicialização qualitativa.

ABSTRACT

Starting from the analysis of the historical transformations of constitutionalism in the Modern State, and with the objective of demonstrating the role of the constitutional principle of access to justice in the guarantee of rights in the context of contemporary constitutionalism, marked by the growing judicialization of social relations, work will follow the deductive method of research, based on the doctrinal study on the subject. In the development of the problem, it will be pointed out that the judicialization is a fact, independent of the Judiciary, but results from the combination of several political-social-legal phenomena, in this context, it is urgent to ask how to situate the jurisdictional provision in this scenario? Thus, the importance of analyzing the constitutional principle of access to justice and its role in the realization of social rights, as well as the importance of expanding the concept of access to justice as an access to the just legal order arises.

Key-words: Matrices of constitutionalism; contemporary constitutionalism; quantitative judicialization; qualitative judicialization.

1 Introdução

Partindo da análise das transformações históricas do constitucionalismo no Estado Moderno, e com o objetivo de demonstrar no cenário do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela crescente judicialização das relações sociais, o papel do princípio constitucional do acesso à justiça na garantia dos direitos, o trabalho seguirá o método dedutivo de pesquisa, baseado no estudo doutrinário acerca do tema.

No desenvolvimento da problemática, buscar-se-á evidenciar que a judicialização é um fato, que independe do Poder Judiciário, mas resulta da conjugação de diversos fenômenos político-sociais-jurídicos, neste contexto, urge indagar como situar a prestação jurisdicional neste cenário?

Para enfrentar a problemática, após a investigação das matrizes do constitucionalismo moderno e as principais conquistas de cada período o trabalho rumará para a análise do

constitucionalismo contemporâneo e o fenômeno da judicialização, buscando abordagem qualitativa e quantitativa do fenômeno.

Por fim, abordar-se-á o princípio constitucional do acesso à justiça no contexto da crescente judicialização das relações sociais e da política, investigando no primeiro momento a relação com a efetivação dos direitos sociais e a necessidade de se estabelecer uma visão alargada, por meio de uma concepção ampliada do acesso à justiça, considerando-o como acesso à ordem jurídica justa, capaz de promover os escopos sociais de pacificação.

2 MATRIZES DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

A ruptura com o modelo de estado feudal, tipicamente fragmentado fez emergir a primeira versão do Estado Moderno, marcado pelo absolutismo monárquico, assim, abordar as matrizes do constitucionalismo moderno perpassa pela cisão com o absolutismo e consequente fragmentação dos poderes do estado.

Neste sentido, se reconhece que as matrizes do constitucionalismo moderno remontam o século XVIII, com as primeiras constituições escritas marcadas por “solenes contratos estipulados entre os componentes da sociedade política ou entre o príncipe de um lado e o povo do outro”³.

Ainda nas palavras de Santi Romano o constitucionalismo conecta-se com a forma de governo não absoluto fruto de um longo movimento político ou doutrinário que amadureceu com a Revolução Francesa, mas que há séculos vigorava na Inglaterra e transmigrou para outras partes do mundo⁴.

O modelo inglês, de caráter consuetudinário, discrepa do padrão de constitucionalismo dos demais países europeus pela pluralidade de textos escritos que se construíram a partir da Magna Carta Libertatum de 1215 e posteriormente no século XVII com a Petição de Direitos de 1628, Habeas Corpus 1679 e a Bill of Rights de 1689. Apesar das divergências estruturais, as conquistas político-jurídicas marcaram as demais constituições que se seguiram, no entanto, é no movimento revolucionário americano e francês que se aloca fortemente o modelo de Constituição escrita, como norma superior.

³ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 44.

⁴ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 47.

Portanto, Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau destacam que as transformações conceituais produzidas pelo constitucionalismo de inspiração europeia, podem ser sintetizadas em quatro grandes modelos de constitucionalismo:

“la progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII; la reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, que surgió con la reacción termidoriana em la Revolución Francesa y se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años de siglo XX; la temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas de siglo XX; la aparición del constitucionalismo social, después de la Segunda Guerra Mundial, que entiende que no puede consolidarse um modelo democrático de Estado sin um pacto de redistribución de la riqueza entre las classes dominantes y las dominadas”⁵.

Aos quatro momentos do constitucionalismo moderno de inspiração europeia, citados pelos autores, o presente estudo focará no primeiro, marcado pelas Revoluções Americana e Francesa no século XVIII, no segundo de caráter democrático e no último modelo, marcado pela aparição do constitucionalismo social na fase pós Segunda Guerra Mundial.

2.1 O primeiro momento: a progressiva construção do constitucionalismo liberal-revolucionário

Marcam o primeiro momento do constitucionalismo liberal-revolucionário burguês do século XVIII as Constituições Americana de 1787 e a Carta Constitucional Francesa de 1791, tais documentos refletem características constituintes que resultaram numa teoria do poder constituinte e sedimentaram uma concepção de constitucionalismo pautada, na limitação do poder por meio da separação de poderes do Estado e previsão de direitos individuais.

Apesar das proximidades entre o constitucionalismo americano e francês, urge destacar que as premissas de fundamentação dos dois modelos divergem, enquanto na

⁵ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In; **Corte constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 14-15.

América do Norte democracia e constitucionalismo assumem caráter religioso, na França as transformações são preparadas por um movimento filosófico com aspecto político.

Destacam-se no movimento político francês as aspirações e conceitos abordados por Emmanuel Sieyès que persistem como basilares do constitucionalismo moderno, materializados, por exemplo, nas noções de poder constituinte e poder constituído⁶.

Tal modelo denominado de constitucionalismo liberal clássico ultrapassou as barreiras territoriais estatais e dos séculos, logrando lições que persistem em muitos Estados influenciados pelo modelo constitucional europeu.

As contribuições do constitucionalismo americano e francês do século XIII, são elencadas por Santi Romano como: a) direitos individuais e separação dos poderes; b) soberania nacional (como atributo da nação); c) modificação da estrutura social, permitindo surgimento de novas instituições políticas sobre a base do princípio da igualdade⁷.

Somam-se ainda, a ideia de supremacia da Constituição e o conceito de Constituição rígida, a inauguração do regime político democrático no sentido moderno de democracia e as bases para jurisdição constitucional.

2.2 Segundo momento: o constitucionalismo democrático

Grandes marcas das revoluções americana e francesa desdobraram-se nos conceitos de liberdade e igualdade, decisivos para a ruptura com o absolutismo e por fazer emergir uma nova categoria de direitos políticos, como garantias dos direitos civis e das liberdades individuais do homem, que caracterizaram os direitos fundamentais de primeira geração.

O constitucionalismo democrático que tem sua marca nas primeiras décadas do século XX, fortemente marcado pelos valores liberdade e igualdade, já consagrados historicamente, tem como características a ascensão do poder legislativo como instância de fundamental de decisão política.

⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Trad.: Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 49.

⁷ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 53.

Luís Roberto Barroso destaca que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica”⁸. Dotada de força suprema e que, portanto, vinculante a toda produção legislativa.

Apesar dos destaques acima mencionados a respeito do constitucionalismo clássico e democrático, que se propagaram no ideário da Teoria da Constituição, não se pode olvidar as críticas apresentadas aos modelos que fizeram por emergir um novo constitucionalismo, denominado de constitucionalismo social.

2.3 Terceiro momento: o constitucionalismo social

Com as profundas crises e transformações das sociedades pós Segunda Guerra Mundial, ao movimento constitucional impôs-se mais do que o reconhecimento de direitos e limitação de poder à efetivação de direitos e o reconhecimento de uma liberdade e igualdade menos formal e mais conectada com a realidade social.

O denominado constitucionalismo social é marcado pela transmutação do modelo de Estado de Direito para o modelo de Estado social de Direito. Cabe observar que apesar da radicalização ideológica o Estado Social de Direito pode ser examinado em ao menos três versões, “os Estados fascistas com suas expressões ditatoriais e regimes de exceção, os Estados ditos socialistas e seu notório desprezo pelas “liberdades burguesas”, e o padrão afinal adotado pela cultura europeia ocidental do Estado de Bem-Estar Social ou Welfare State”⁹.

Mauro Cappelletti esclarece que a política compreendida no moderno "Estado Social", ou "Promocional", ou Welfare State e das "economias mistas" da qual se projeta “se traduziu, antes de tudo, em um aparato da legislação econômico-social correspondente às intervenções do Estado em setores sempre muito mais numerosos, antes deixados para a iniciativa privada e à autonomia dos particulares”, destacando-se o consumo, trabalho, educação, moradia, meio ambiente, etc. “É assim que as tarefas do Estado Social se fazem enormemente extensas”¹⁰.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

⁹ HORTA, José Luiz Borges. Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2012. p. 3.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2008. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. p. 2.

O reconhecimento e a previsão de direitos sociais e econômicos, somado a atuação do Estado em tais domínios, marcaram a positivação da segunda geração de direitos fundamentais.

O ápice do movimento constitucional, para Lênio Streck se dá no “segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito”, complementa o autor que o constitucionalismo “se tornou crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar marcos para a atividade estatal não só pela limitação de seus poderes, como também pela divisão de suas funções”¹¹.

Neste cenário, que demanda postura ativa do Estado na efetivação de direitos, ascende à importância do movimento político de expansão do Poder Judiciário, tal fenômeno marcado pela ascensão de juízes e tribunais como participantes dos rumos constitucionais do Estado, “vincula-se diretamente com outro movimento: o novo constitucionalismo”¹² que será abordado na sequência.

3 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Há muitas concepções de Constituição e de constitucionalismo, no entanto, conforme Luigi Ferrajoli, elas se uniformizam na ideia de submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores, positivadas em um texto solene com a previsão de direitos fundamentais¹³.

Diante de tantas vertentes do constitucionalismo¹⁴, o termo que se empregará no presente trabalho, conecta o constitucionalismo contemporâneo ao fenômeno da judicialização das relações sociais e da política, fenômeno este que coloca em evidência o Poder Judiciário.

As fases do movimento constitucional e a preponderância oscilante entre os Poderes do Estado foram sintetizadas por Antoine Garapon, “se o direito liberal do século XIX foi o do poder legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. ROSA, Alexandre Morais da (et. al.). Organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 13.

¹⁴ “Tantos constitucionalismos! Ainda bem para os cidadãos brasileiros”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 51.

direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz”¹⁵. Na medida em que o juiz é chamado a “socorrer” a democracia, diante do enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo, “focados em processos eleitorais”.

Ao abordar o novo constitucionalismo Ran Hirschl, aponta para o problema da judicialização da política e destaca o papel que os tribunais vem enfrentando para resolver “dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”, tais como “da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental”¹⁶.

No Brasil, o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais é enfrentado por Luís Roberto Barroso, que indica que questões relevantes sob os pontos social, moral ou político estão sendo resolvidos em caráter final pelo Judiciário, apontando para a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”, demonstrando como é tênue a linha que divide criação e interpretação jurídica”¹⁷.

Mauro Cappelletti pondera que todas as tensões que envolvem o Estado de Bem Estar Social é caracterizada “pela expansão sem precedentes da competência e, assim, dos poderes do Estado legislador e administrador. Por consequência também a exigência do controle judiciário da atividade do Estado tornou-se sempre mais aguda e urgente”¹⁸.

Firmado o marco da concepção de constitucionalismo contemporâneo a ser abordado nas frentes da pesquisa, passar-se-á a análise do fenômeno da judicialização e suas concausas.

3.1 A judicialização e suas concausas

Analisando o problema da judicialização, típico da contemporaneidade, Mauro Cappelletti adverte para quatro pontos que merecem ser abordados. Primeiramente, o autor invoca as transformações das lides contemporâneas, que ultrapassaram o âmbito privatista para envolver “lides comprometedoras dos poderes políticos do estado”. Em segundo plano, aponta para a “expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação”, em

¹⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48; 228.

¹⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. p. 140.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 44-45.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 21.

terceiro a característica dois direitos sociais, na condição de “promocionais e projetados para o futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado”. Por fim, o autor indica a expressiva “massificação” das sociedades industriais avançadas¹⁹.

O fenômeno da judicialização das relações sociais e da política também é investigado por Ran Hirschl, o autor indica três características preponderantes: i. o domínio das regras e procedimentos jurídicos se espraiando por toda sociedade, o que antes era regido de modo informal, foi capturado pelo direito; ii. a busca de uma justiça processual e de efetividade de direitos, em especial de direitos sociais, somado a expansão de poderes dos juízes na efetivação de políticas públicas; iii. judicialização do que o autor chama de “megapolítica” que compreende questões políticas centrais que interessam ou impactam a comunidade inteira²⁰.

Urge ponderar que as concepções trazidas por Ran Hirschl apontam a centralidade da política como opção por parte dos atores do poder em delegar ao Judiciário a decisão de questões estratégicas para Estado. O que projeta, sob seu ponto de vista, o Direito Constitucional como política, indicando que quando questões, desde as mais caseiras, quanto as mais centrais para o Estado, são delegadas mesmo que tacitamente ao Judiciário, isso ocorre por intensão política.

Nas lições de Luís Roberto Barroso as causas para o fenômeno podem ser descritas em três pontos: i. a crença no Poder Judiciário forte, capaz de assumir papel delegado pelos outros poderes do Estado; ii. a desilusão com a política majoritária; iii. uma certa “comodidade” por parte dos demais poderes do Estado em deixar a cargo do Poder Judiciário o enfrentamento de questões polêmicas²¹.

Inclui-se ainda no cenário nacional como contributos para a judicialização, o modelo de constitucionalização abrangente, pautado na Constituição analítica e as características do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988. Neste

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 22-23.

²⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. p. 142-146.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 45.

contexto, para Luís Roberto Barroso a judicialização é um “fato” que decorre do modelo institucional vigente e não uma constitui opção política do Judiciário²².

3.2 A judicialização quantitativa e qualitativa

A expressão judicialização pode ser empregada tanto no aspecto quantitativo, conectado ao número assombroso de processos tramitando na justiça, quanto qualitativo, caracterizado pelo fato das decisões relativas às grandes questões políticas transmigrarem do corpo político de poderes democraticamente eleito - Poderes Legislativo e Executivo - para o Poder Judiciário.

Sob o aspecto quantitativo, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2017, tramitavam no Poder Judiciário 80,1 milhões de processos aguardando alguma solução. Denota-se, segundo o relatório Justiça em números que “o crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%”. Neste cenário, e trabalhando nas condições atuais, caso nenhum outro processo fosse ajuizado, o Poder Judiciário levaria dois anos e sete meses aproximadamente para zerar o histórico²³.

Analisando o aspecto quantitativo da judicialização no Brasil, Luís Roberto Barroso destaca como pontos positivos, o fortalecimento do exercício da cidadania e certo grau de confiança e credibilidade nas instituições que compõe a estrutura do Poder Judiciário no Brasil. Como pontos negativos, o autor elenca o elevado grau de litigiosidade e o grande leque dos chamados “clientes preferenciais”, composto por grandes empresas de telefonia e pelo próprio Estado²⁴.

No tocante a judicialização qualitativa, destacam-se as grandes questões nacionais enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Urge neste ponto destacar que judicialização, como prerrogativa de ingressar em juízo para debater qualquer conflito não pode ser tratada como ativismo judicial. O ativismo judicial “designa um modo proativo e expansivo de atuação judicial”. Assim, o termo está relacionado a uma participação alargada e mais intensa do Judiciário na “concretização de

²² BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2018 – ano base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 de junho 2019.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 22-23.

valores e fins constitucionais” com maior grau de interferência na atuação dos outros dois poderes²⁵.

O oposto ao ativismo judicial é a autocontenção, caracterizada pela maior abertura à atuação dos Poderes.

Os riscos de se apostar ao Judiciário tarefa tão cara para a democracia são advertidos por Antoine Garapon, “a justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso”²⁶.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO

No contexto da judicialização das relações sociais e da política, abordar-se-á o princípio constitucional do acesso à justiça como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, materializado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Em obra clássica sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, expõem que a expressão ‘acesso à justiça’

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos²⁷.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49.

²⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

Neste contexto, os autores acentuam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como 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”²⁸.

No entanto, a promoção do acesso à justiça resvala, segundo Mauro Cappelletti, em dois grandes aspectos, o da “efetividade dos direitos sociais”, que devem ultrapassar o plano da retórica para “influir na situação econômico-social dos membros da sociedade” e, também, na “busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais”²⁹.

Sob esse duplo enfoque, tanto da problemática contemporânea de efetivação dos direitos sociais, quanto da necessidade de desenvolvimento de estratégias para assegurar o acesso à ordem jurídica justa, passar-se-á a análise do princípio constitucional do acesso à justiça.

4.1 O acesso à justiça e os direitos sociais

A questão que se revela sedimenta-se no problema marcado pela atuação do Judiciário influenciando na construção de efetividade dos direitos sociais, ponto de grande embate doutrinário entre positivistas e pós-positivistas na discussão acerca da separação, ou não, do Direito da Política.

Reposicionando o tema com vistas a não enfrentamento da dualidade acima mencionada, por não ser objeto do trabalho, e partindo da premissa já destacada de que a judicialização é um fato, que independe do Poder Judiciário, mas resulta da conjugação de diversos fenômenos político-sociais-jurídicos, como situar a prestação jurisdicional neste cenário?

O caminho que se mostra perpassa pelo desenvolvimento de uma “cultura de respeito à Constituição”, na medida em que “só há verdadeiro Estado Democrático de Direito se existir também uma correlata cultura de respeito à Constituição e, em especial, de respeito aos direitos e garantias fundamentais”³⁰.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 385.

³⁰ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 62.

A resposta, por mais que clarividente que se anuncia indica que a crise dos poderes do Estado não poderá ser suplantada por apenas um dos poderes, mas e tão somente pela conjugação de esforços no desenvolvimento da democracia e fortalecimento da Constituição.

Neste sentido, vale trazer a baila as lições de Canotilho,

A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis . Uma democracia não se constrói com fome , miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão . A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais . A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem , assim, uma base jusfundamental incontornável , que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais³¹.

Para o autor conciliar a efetividade da prestação dos direitos sociais perpassa pelo fato de que tais direito “alicerçam expectativas normativas” que o Estado não tem mais condições de garantir, devido as seguintes causas, primeiramente, o mercado global e a concorrência , a redução das despesas públicas e o comércio eletrônico e as transações telemáticas . A conjugação de tais fatores aponta para um cenário pessimista , no entanto , abre “caminhos hermenêuticos capazes de auxiliarem a extrinsecação do direito constitucional”³².

4.2 O acesso à justiça e sua concepção ampliada

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, destacaram a importância de um novo aspecto do acesso ao direito e à justiça, muito mais amplo, focado “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas”³³.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direção – o Núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. In: **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 21-22.

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 68.

A proposição acima é abordada pelo autores na terceira onda, de enfoque ao acesso à justiça e evidencia-se, pois, o encontro das duas anteriores, objetivando os seguintes fins:

Dentre estes fins surgem: a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que, em outro lugar, definimos como “coexistencial” quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, onde seja importante “manter” situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de tranché uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos de “razão” e “sem razão” essencialmente dirigidos ao passado; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e “participatórias”, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia³⁴.

Outrossim, infere-se que o sentido renovado do acesso à justiça implica no reconhecimento de que, os Tribunais e não indicam a única porta de acesso à solução de conflitos a ser considerada, imperioso o reconhecimento de procedimentos adequados a cada tipo de controvérsia, ampliando o leque de alternativas disponíveis para construção de solução e ou prevenção de conflitos.

Por conseguinte, depreende-se que do princípio constitucional que garante o acesso à justiça, cabe uma visão ampliada e interdisciplinar, que possa contemplar uma pluralidade de instrumentos aptos a contribuir para o escopo máximo da função jurisdicional do Estado, que corresponde à pacificação do cenário social por meio da aplicação do Direito.

Conquanto, o acesso à justiça remeta o estudioso ao enfoque precipuamente jurídico da questão, cabe não olvidar do aspecto social e político, consagrados na Constituição Federal. Destarte, denota-se oportuno repisar a ressalva tecida por Mauro Cappelletti aos juristas contemporâneos, pois,

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.389-390.

A análise do jurista torna-se, desta forma extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica em outras palavras, em uma análise do ‘tempo’, necessário para obter o resultado desejado, dos ‘custos’ a afrontar, das ‘dificuldades’ também psicológicas a superar, dos ‘benefícios’ obtidos, etc³⁵.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, pela realização da justiça em cada caso, a “função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”. E complementa, “legislação e jurisdição englobam-se, assim, em uma unidade teleológica – ambas engajadas em uma tarefa só, de cunho social, que estaria a meio caminho se fosse confiada só à legislação e não teria significado algum se se cogitasse da jurisdição sem existirem normas de direito substancial”³⁶.

Nestes termos, denota-se que o sentido renovado e ampliado do acesso à justiça, deve conduzir o interprete à busca de alternativas capazes de conjugar a função jurisdicional à pacificação social com vistas ao fortalecimento democrático e cumprimento dos preceitos constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Após a incursão pelas transformações históricas do constitucionalismo, depreende-se que o constitucionalismo contemporâneo é marcado por conquistas de direitos que compõe o texto constitucional de 1988, no entanto, o investimento em políticas públicas compatíveis com o pacto constitucional estabelecido pouco avançou.

Neste cenário, delegar a carência e inefetividade do Estado em toda sua magnitude ao Poder Judiciário representa um risco democrático pouco calculado, haja vista que, por mais otimista que se possa parecer, ao se delegar ao Judiciário a realização de políticas públicas não desenvolvidas por outros poderes, torna-se imperioso reconhecer que o acesso à justiça não cumpre seu escopo maior, qual seja, o da pacificação social.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. n. 61. p. 144-160. São Paulo, 1991. p. 146.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190.

A simples análise quantitativa da jurisdição demonstra que a prestação jurisdicional é falha. Mas, urge concordar com Canotilho, quando este impõe ao jurista contemporâneo à necessidade de, “sem deixar de ser um pessimista metodológico” , dar positividade e abrir “caminhos hermenêuticos capazes de auxiliarem a extrinsecação do direito constitucional . Ora, a nosso ver, a “floresta tem caminhos” . É necessário descobrir os caminhos da floresta”³⁷.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2018 – ano base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 de junho 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2008. Tradução de Hermes Zaneti Júnior.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. n. 61. p. 144-160. São Paulo, 1991.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direção – o Núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. In: Direitos Fundamentais Sociais. Coord. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad.: SOBRINHO, Elício de Cresci. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direção – o Núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. In: **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. ROSA, Alexandre Morais da (et. al.). Organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 13-56.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

HORTA, José Luiz Borges. Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2012.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **Corte constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Trad.: Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Recebido em 20.10.2019

Aceito em 27.01.2020