XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

EDINILSON DONISETE MACHADO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenador: Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-283-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito –, sob o tema "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" realizado em Curitiba-PR entre os dias 07 e 10 de dezembro, promoveu mais uma edição com uma série de inovações criadas por sua diretoria, entre as quais a divisão dos já tradicionais Anais do Evento em vários livros distintos, cada um para um Grupo de Trabalho.

Neste livro encontram-se 18 capítulos resultados de pesquisas desenvolvidas em mais de 10 Programas de Mestrados e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área, que resultou na presente obra.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, com a reflexão trazida, pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil, na abordagem dos direitos fundamentais e da democracia, com suas implicações na ordem jurídica brasileira.

Assim a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à sociedade nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no presente livro, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Por fim, nossos sinceros agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar e apresentarmos o presente livro, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Curitiba, 10 de dezembro de 2016

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM / UENP

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA: MEIOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS, HUMAN DIGNITY AND ACCESS TO JUSTICE: ALTERNATIVE CONFLICT SOLUTION AS MAXIMUM EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Vinícius Rodrigues Cavalcante
José César Nóbrega Cavalcante Júnior

Resumo

Este artigo visa analisar a garantia constitucional do acesso à justiça à luz do principio constitucional da dignidade da pessoa humana. Para isso, utiliza-se da hermenêutica constitucional como formar de viabilizar o verdadeiro acesso à Justiça através de mecanismos de solução de conflitos distantes do Poder Judiciário, a exemplo da conciliação, mediação, arbitragem e, na esfera do Direito Penal, a Justiça Restaurativa. A desjudicialização vai de encontro à cultura do litígio e da universalização da tutela jurisdicional disseminadas na sociedade brasileira, porém encontra guarida na hermenêutica constitucional vanguardista.

Palavras-chave: Princípio, Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais, Tutela jurisdicional, Hermenêutica constitucional, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the constitutional guarantee of access to justice in the light of the constitutional principle of human dignity. For this, it uses the constitutional hermeneutics as a form of enabling the true access to justice through conflict resolution tools without the interference of the Judiciary, such as conciliation, mediation, arbitration and, in the sphere of Criminal Law, Restorative Justice. The desjudicialization goes against the culture of the dispute and the universalization of judicial protection disseminated in Brazilian society, but finds shelter in the avant-garde constitutional hermeneutics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle, Human dignity, Fundamental rights, Judicial protection, Constitutional hermeneutics, Access to justice

1. INTRODUÇÃO

A sociedade habituou-se a solucionar os conflitos provocando o Poder Judiciário por acreditar ser a única alternativa para acessar a Justiça.

O que se vê, diante desse quadro, é um efeito contrário, com o Poder Judiciário abarrotado de processos e com decisões produzidas em escala industrial, demonstrando morosidade e ineficiência.

Este cenário faz com que reflitamos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental do acesso à justiça, através da implementação de outros mecanismos que desafoguem o Poder Judiciário e proporcionem ao cidadão uma efetiva tutela jurisdicional.

Para tanto, necessária uma hermenêutica constitucional à luz dos dispositivos citados para crer que a desjudicialização enquanto método alternativo de solução de conflitos é via menos traumática e mais célere para o efetivo acesso à Justiça.

O objetivo principal é demonstrar que a Justiça Penal convencional, com o monopólio do poder punitivo nas mãos do Estado-Juiz não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quanto à sua extensão no implemento da garantia constitucional do acesso à Justiça. Assim, faz-se necessária a aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de desjudicialização em matéria penal.

O objetivo específico é fazer um levantamento da evolução do Estado Democrático de Direito, dos Direitos fundamentais e a consequente promulgação da Carta Cidadã de 1988. Explorar os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima e da insignificância, bem como a garantia fundamental do acesso à Justiça.

A proposta é a de uma nova hermenêutica constitucional a fim de viabilizar a desjudicialização em matéria penal e apresentar instrumentos aptos a demonstrar resultados satisfatórios no verdadeiro alcance da Justiça.

A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo através de confronto de teorias, conceitos e ideias dos doutrinadores, bem como estudo comparativo sobre diferentes prismas. A pesquisa foi feita de forma documental e bibliográfica.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALICERCE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está encartado enquanto princípio fundamental na Constituição Federal Brasileira. Trata-se de norma-princípio, que irradia e imanta os sistemas de normas jurídicas, norteando o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma-princípio apresenta-se enquanto mola mestra do ordenamento jurídico, garantindo unidade e sentido às demais normas que integram o sistema. Nesse sentido, o Autor aduz que:

> Princípio – já averbamos alhures – é, por definição: mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...] (MELLO, 2003, p. 841-842).

O artigo 1º da Carta Magna traz uma lista dos princípios fundamentais balizadores do ordenamento jurídico pátrio, o que faz crer, em se tratando de uma vanguardista hermenêutica constitucional, que tais princípios devem servir como reflexo para todo o Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, vê-se que os princípios têm a função de não apenas influenciar a tomada de decisões jurídicas, mas também a função de integrar a aplicação das normas, eliminando aquelas que não se alinham ao sistema, bem como o conflito entre elas, de modo a permitir uma aplicação sistêmica dessas normas. Colaciono a visão de Ingo Sarlet nesse sentido, senão vejamos:

> Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nosso Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que

> toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação (SARLET, 2011, p. 80).

Em razão da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, a sua hermenêutica deve ser a mais abrangente possível, impondo obrigações ao Estado brasileiro de efetivá-lo e instrumentalizá-lo através de mecanismos direitos, interpretativos e negativos tanto de ordem individual, como de ordem coletiva.

Todavia, a definição semântica do que vem a ser dignidade da pessoa humana não é de ordem prática, visto que leva em consideração valores religiosos, filosóficos, políticos e jurídicos. No aspecto religioso, retira da bíblia a sua definição, qual seja, o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Sob o aspecto filosófico, designa um valor ligado à ideia de bom, virtuoso e justo. No plano político, passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, tornando-se fundamento dos Estados democráticos. No plano jurídico, aproximando-se do Direito, a dignidade da pessoa humana assume um conceito deontológico – expressão de um dever-ser normativo. Assim, passa a ser não somente um valor, mas, sobretudo, um princípio norteador do ordenamento jurídico (BARROSO, 2010, p. 09).

Consoante a atual definição jurídica de dignidade da pessoa humana, influenciada, acima de tudo, por uma cultura jurídica pós-positivista, a solução de demandas às quais não existam respostas fáceis exige ao operador do Direito recorrer a elementos extrajurídicos, a exemplo da filosofia moral e política, que, já de longe, definiam o conteúdo axiológico da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, Barroso chega a seguinte conclusão:

> A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Não é o caso de se aprofundar o debate acerca da distinção qualitativa entre princípios e regras. Adota-se aqui a elaboração teórica que se tornou dominante em diferentes países, inclusive no Brasil. Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos (BARROSO, 2010, p. 15).

Assim, à luz de uma matriz kantiana, a dignidade da pessoa humana compreende-se a partir da seguinte ideia: todo homem é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como

um mero objeto para qualquer fim. As pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, visto que possuem um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade (BARROSO, 2010, p. 16).

Nesse mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana passa a ter conteúdo essencialmente inclusivo, manifestando-se no reconhecimento e proteção às diferenças entre os indivíduos, bem como respeito à diversidade de pensamento, orientação sexual, credo e demais formas de expressão do ser humano (CANOTILHO, 2009, p. 225-226).

Conclui-se, portanto, que não se pode definir de forma estanque o conceito de dignidade da pessoa humana, em razão da plasticidade de ambiguidade de definição. Entretanto, é possível definir conteúdos mínimos atinentes ao conceito, tais quais o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário.

O valor intrínseco define que toda pessoa é um fim em si mesma e não meio para a realização de metas coletivas. Trata-se do valor deontológico da dignidade. As pessoas possuem características singulares, a exemplo da inteligência, da sensibilidade e da capacidade de comunicação, o que as tornam únicas.

A autonomia de vontade refere-se ao elemento ético da dignidade humana, uma vez que trata da capacidade das pessoas tomarem decisões, fazerem escolhas. Possui uma dimensão privada, a tratar dos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, que se refere ao processo eleitoral e ao debate público.

O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, pois se refere à relação entre o ser humano enquanto indivíduo e a coletividade. Nesse sentido, a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Trata dos atos que podem ser praticados pelo indivíduo que possam afetá-lo, bem como proteção de valores sociais.

Tais vetores tem o condão de definir um conteúdo mínimo do que seja dignidade da pessoa humana, a fim de unificar a expressão no âmbito interno e no plano internacional. Ademais, servem para fundamentar a solução de casos difíceis, dando maior transparência ao processo decisório.

Diante do exposto, vê-se que todo o ordenamento jurídico deve irradiar tal princípio. Coube, dessa forma, ao legislador constituinte brasileiro instrumentalizar em outras normas os valores decorrentes da dignidade humana, o que fez através dos direitos fundamentais.

Contudo, não se deve confundir a dignidade humana com os direitos fundamentais. Aquele serve como referência para a implementação destes. Assim sendo, seria possível restringir direitos fundamentais em nome do alcance da dignidade da pessoa humana. Em

outras palavras: a implementação dos direitos fundamentais, seja ampliando-os ou restringindo-os, tem como norte o alcance da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2011, p.118-119).

A doutrina reconhece duas eficácias aos direitos fundamentais, quais sejam, horizontal e vertical. A primeira trata da proteção e aplicação dos direitos fundamentais diante das relações que envolvem particulares, no convívio em sociedade. Dessa forma, concretiza-se com o dever das pessoas respeitarem os direitos fundamentais dos seus pares, bem como os seus próprios. Já a segunda eficácia diz respeito à relação que envolve o Estado e os particulares, que impõe ao Estado uma dupla obrigação: de não interferir na esfera da autonomia privada das pessoas, bem como de garantir aos tutelados a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, são as lições de Ingo Sarlet:

> [...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma nova ordem jurídica, que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. (SARLET, 2011, p.110-111).

Pelo dito, vislumbra-se a necessidade do Estado implementar a proteção da dignidade da pessoa humana mediante condutas positivas, a exemplo do direito fundamental de garantir o acesso à justiça.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

À luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na perspectiva do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça instituiu-se na

categoria de direito fundamental, mormente quanto à garantia de uma proteção eficaz e temporariamente adequada dos direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, o texto constitucional conectou o acesso à Justiça com a necessidade de intervenção do Estado-juiz, a fim de garantir a aplicação judicial do direito, consoante a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual, "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, (BRASIL, 1988).

A garantia à tutela jurisdicional Estatal significa a proteção de um direito do cidadão mediante a necessária e obrigatória intervenção do Estado-juiz. Nesse sentido, a Constituição prevê de forma acertada a faculdade de qualquer pessoa "bater as portas" do Poder Judiciário, ainda que o pedido seja juridicamente impossível de ser atingido. É o direito de demandar em juízo através de meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial.

Para se garantir acesso à tutela jurisdicional, cabe ao Estado instrumentalizar o Poder Judiciário, através de condições materiais de trabalho, remuneração digna aos serventuários e Magistrados, bem como assegurar autonomia aos órgãos e agentes, nos termos da Constituição, a fim de se buscar uma atuação célere, ética, eficaz e proba. Ademais, o acesso à tutela jurisdicional anda lado a lado com da necessidade de se assegurar o acesso ao Poder Judiciário às populações carentes, através da assistência judiciária gratuita, além da atuação do Ministério Público nas demandas que envolvem direitos difusos e coletivos.

Contudo, a garantia constitucional do acesso à Justiça não anda, necessariamente, próxima à necessidade de um provimento jurisdicional estatal, notadamente quando o Poder Judiciário se mostra distante de soluções justas e tempestivas para os conflitos. Nesse mesmo sentido, são as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, senão vejamos:

> A rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do acesso à justiça (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessitado - não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o carente organizacional - beneficia de "assistência jurídica integral e gratuita": CF/1988, art. 5º, LXXIV), e, sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito disponibilizado, ou, se se quiser: o acesso à ordem jurídica justa (MANCUSO, 2011, p. 197).

Mais do que a necessidade de intervenção estatal, o acesso à Justiça visa assegurar a plena concretização dos direitos individuais e sociais das pessoas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 26) definem:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na

> ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. 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. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Assim, ao analisar o fenômeno do acesso à justiça, Cappelletti e Garth definiram as "ondas renovatórias" do acesso à justiça, como forma de mapear as transformações axiológicas da expressão, bem como visualizar propostas para o cenário atual.

A primeira onda do movimento trata da assistência judiciária aos pobres, pela qual quanto mais arrojado um ordenamento jurídico, maior a necessidade da presença de um advogado para servir de instrumento ao acesso ao Judiciário. Dessa forma, os métodos de se assegurar a assistência judiciária aos mais carentes são indispensáveis para se efetivar o acesso à Justiça.

Entretanto, é a pobreza o primeiro obstáculo a eliminar o acesso à Justiça aos mais carentes. Entenda-se pobreza nas mais variadas formas, quais sejam, econômica, linguística e cultural, posto que representam verdadeiros entraves desestimuladores de busca pelo Poder Judiciário. Neste cenário, a Defensoria Pública, a assistência jurídica gratuita e a nomeação de advogado dativo corroboram para a proteção do hipossuficiente.

A segunda onda do movimento de acesso à Justiça refere-se à proteção dos interesses transindividuais, visando à consolidação dos direitos sociais e difusos. Neste caminho, a conservadora visão individualista de acesso à Justiça tem quebrada a sua hegemonia, vez que a onda de demandas por defesa dos direitos difusos e coletivos transcende a luta entre duas partes que se volta à solução de um conflito relativo à interesses individuais. Neste sentido, Cappelletti e Garth assim dispõem:

> O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

A terceira onda de acesso à Justiça traz um novo enfoque do que vem a ser, verdadeiramente, o acesso à Justiça. Nesse sentido, as reformas nas áreas de assistência

judiciária ao hipossuficiente e representação de interesses metaindividuais foram insuficientes para se alcançar o desiderato, posto que impõem a provocação do Estado-juiz para o exercício da tutela jurisdicional.

Essa realidade se mostra atual quando, por exemplo, diante das ilegalidades praticadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário é instado para neutralizar tais vícios.

Somado a isso, a redemocratização possibilitou aos cidadãos uma gama de mecanismos de informação e de amplo acesso à estrutura do Poder Judiciário, tornando-os mais conscientes dos seus direitos. De mais a mais, ampliou a estrutura do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que também faz desaguar numa constante provocação do Judiciário como o "salvador da nação", bem como deu ao Judiciário inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade. Vejamos a lição de Barroso, nesse sentido:

> A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2009, p. 02).

Diante desse panorama, após a Constituição de 1988, "o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes" (BARROSO, 2009, p. 2).

Entretanto, a definição de acesso à Justiça deve ter uma hermenêutica extensiva, através da qual novos mecanismos e instituições surjam com o objetivo de solucionar litígios.

Se, num primeiro momento, era a pobreza o grande entrave de acesso à Justiça, nesse segundo momento é o próprio processo judicial o ponto de incompatibilidade para a efetivação desse direito fundamental. Nesse sentido, Cappelletti entende que, diante de certas espécies de litígio, o processo judicial passa a não ser a melhor ferramenta para a solução.

Propõe alternativas aos procedimentos judiciais, como forma de desafogar o Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55).

O Poder Judiciário passa a ser a última opção para fins de solução de conflitos, ou seja, apenas os resíduos de conflitos que não encontrem desfecho em vias alternativas, menos burocráticas e mais céleres é que passariam pelo crivo do Poder Judiciário. Mitiga-se a universalização da tutela jurisdicional, em que o processo judicial é a única ferramenta capaz de tutelar a jurisdição a quem tem direito (DINAMARCO, 1996, p. 21).

Nesse contexto, ressurgem as formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição, em detrimento da intervenção do Estado-juiz, em que os indivíduos abrem mão do seu direito de ação e passam a tolerar outras fontes decisórias, impulsionando a celeridade no deslinde das demandas. São os institutos da arbitragem, da conciliação e da mediação, que assumem uma nova feição ante a essa terceira onda proposta por Cappelletti.

Para o autor, tais mecanismos visam tratar de conflitos mais simples, através de uma justiça coexistencial, que envolvam partes que mantenham um contato próximo, em que se estimule a compreensão e a tolerância, alcançando-se um processo mais ético e participativo.

Os instrumentos em comento não foram banidos do ordenamento jurídico ou mantém contraste com o sistema de acesso ao Poder Judiciário, porém busca-se uma mitigação do acesso à Justiça através do Poder judiciário, este último reconhecendo a autoexecutoriedade e a definitividade das decisões extraprocessuais, desde que respeitadas as demais garantias processuais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório. Vejamos a lição de Mancuso:

> Por conta disso tudo é hoje de se almejar o reconhecimento de uma jurisdição compartilhada (superando a fase da jurisdição monopolizada pelo Estado), na esteira da democracia participativa e da sociedade pluralista almejada pela Constituição Federal, por modo que o processo judicial possa ir se libertando do sentido agressivo-adversarial que o estigmatizou durante tanto tempo e assim vá se convertendo num locus de debate entre os sujeitos parciais (e mesmo eventual interveniente, tal o amicus curiae) e o sujeito imparcial, o juiz, encarregado de decidir a demanda, num ambiente de mútua colaboração, informado pela unidade de fim: a outorga, efetiva e tempestiva, do valor, do bem da vida, a quem de direito (MANCUSO, 2011, p. 371).

É através desses mecanismos que se estimula a humildade do Poder Judiciário em reconhecer que o acesso à verdadeira Justiça não passa, tão somente, pelas decisões que dele emanam. Já são outros os tempos e a garantia do acesso à Justiça deve ser interpretada à luz da dignidade da pessoa humana, possibilitando deslindes mais justos e céleres aos cidadãos, ainda que fora do Poder Judiciário.

Na seara penal, a posição do acusado não é voluntária, em razão dos interesses tutelados, submetido ao Poder Judiciário independente de sua vontade. Ainda assim, não se pode deixar de aplicar a garantia do acesso à Justiça nesta esfera, interpretada sob à luz da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas demandas criminais é, antes de tudo, uma procura forçada pelo que se estabeleceu de Justiça no contexto social atual. Nesses termos, novos mecanismos de acesso à verdadeira Justiça também devem ser estimulados nas demandas penais, visando à proteção dos direitos fundamentais da sociedade e do acusado, bem como participação igualitária e eficiente na construção de uma solução. Essa solução pode ser construída através de agencias de controle informal, tais como a comunidade, a igreja, a escola, dentre outras.

4. A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA

O Direito surge para delimitar a vida em sociedade. Na definição kantiana, trata-se da "delimitação harmônica das liberdades" (KANT, 2002, p. 31). É através do Direito que se impõe aos cidadãos o cumprimento de obrigações independentemente de sua vontade, em razão da coercibilidade. Além disso, as normas jurídicas se destacam por outra característica, qual seja, o escalonamento hierárquico que mantém entre si, de tal maneira que a norma de posição superior impõe condição de validade à norma hierarquicamente inferior. Esse, portanto, deve ser o ponto de partida da hermenêutica das normas jurídicas. No caso aqui tratado, para se interpretar o alcance ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental do acesso à justiça deve-se, *prima facie,* encontrar a posição hierárquica ocupada por eles.

Tratam-se de dispositivos constitucionais, sob os quais deve recair uma interpretação construtiva, com a tarefa de encontrar sentido para além das expressões gramaticais, colhendo-se conclusões no espírito da norma. (BARROSO, 2003, p. 70).

Nesse sentido, para interpretar a norma constitucional deve-se levar em consideração a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo próprio e o caráter político de suas disposições.

Por superioridade hierárquica, confere-se à Constituição uma supremacia, cujo caráter subordinante rege todo o ordenamento jurídico. Em relação à natureza da linguagem, as normas constitucionais apresentam elevado grau de abstração, exigindo esforço maior do

intérprete para a definição. Sobre o conteúdo, destacam-se as normas constitucionais de conduta, de organização ou de estrutura do Estado, que diferente do conteúdo das normas infraconstitucionais. Já o caráter político é fruto de um poder de fato, ilimitado, incondicionado e autônomo sob o qual as normas constitucionais passaram, através do poder constituinte originário. A Constituição busca, portanto, converter o poder político em poder jurídico, levando sempre em consideração os limites e possibilidades do ordenamento jurídico dentro de critérios racionais. (BARROSO, 2003, p.107)

Quanto à tipologia das normas constitucionais, a vanguardista dogmática aponta a distinção entre regras e princípios. As regras possuem uma incidência mais restrita, enquanto os princípios, verdadeiros mandamentos de otimização, possuem carga valorativa que admite ponderação. A regra do "tudo ou nada" se aplica às regras, enquanto os princípios podem ser relativizados em razão do seu alto grau de abstração. Essas são as lições de Dworkin, senão vejamos:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p.39).

Sobre as características dos princípios constitucionais, assim pondera Robert Alexy:

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras oposta (ALEXY, 2008, p.86).

É nesse contexto que desponta no texto constitucional o principio da dignidade da pessoa humana, o qual exige um mínimo de condições para uma vida digna. Sem tais condições, pode até haver sobrevivência, mas de forma indigna. Nessa linha, sustenta Ingo Sarlet:

> Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se

> reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade (SARLET, 2011).

Dessa forma, ter acesso ao Poder Judiciário muitas vezes passa distante do significado de Justiça e em nada concretiza o direito fundamental do acesso à Justiça. Vejamos as lições de Beneti:

> [...] dizer o direito não exaure o dizer a justiça. A solução justa da controvérsia tanto pode provir da jurisdição legal, monopólio do Estado, como pode realizar-se por outros instrumentos de composição de conflitos, embora todos busquem a realização da justiça. Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da justiça no caso concreto. (BENETI, 2002, p. 104).

Em que pese a Constituição Federal brasileira ser considerada uma das mais revolucionarias do mundo, em razão de ter rompido paradigmas de um regime ditatorial que perdurou por mais de 20 anos, muitas das promessas de modernidade do seu texto sequer foram implementadas. Sobre isso, escreve Lenio Streck:

> No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvio na compreensão do sentido de Constituição (...). Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, entre ‘constitucionalidade’ e ‘legalidade’, como se fosse mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica ***(***STRECK, 2007, p. 28).

Esse fenômeno é tratado por Streck denominado de “baixa constitucionalidade”, e consiste no fato de que a Constituição, em muitos dos seus aspectos, ainda não foi admitida enquanto ordem fundamental da sociedade e do Estado, visto que muitas de suas promessas estão porvir.

Contextualizando, a baixa constitucionalidade se manifesta quando, em nome do acesso à Justiça enquanto direito fundamental, alicerçado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mecanismos de solução alternativa de conflitos são subjugados por uma obrigatória intervenção do Poder Judiciário para dizer o direito.

Nesse panorama, ressurgem os procedimentos autocompositivos valorizadores do diálogo, cooperação e respeito entre as partes, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e, notadamente, na seara penal, a Justiça Restaurativa.

Portanto, garantir o acesso à Justiça não se resume ao ajuizamento de uma demanda no Poder Judiciário, mas atuar enquanto protagonista da construção do deslinde da causa, valorizando-se e empoderando-se as partes, através de um processo construtivo de diálogo, cooperação e respeito.

5. CONCLUSÃO

O atual cenário da sociedade brasileira demonstra uma maximização de atuação do Poder Judiciário, o que se convencionou chamar de ativismo judiciário, ante a uma ineficiência dos demais Poderes de Estado.

Essa situação gera como reflexo a cultura de que os conflitos entre as partes necessitam de um provimento jurisdicional para serem solucionados. O acesso à justiça, nesse contexto, significa acesso ao Poder Judiciário.

Entretanto, a hermenêutica constitucional vanguardista do direito fundamental do acesso à Justiça deve ser obtida através de uma leitura à luz do princípio da dignidade humana, consagrado enquanto valor fundamental do Estado Democrático de Direito.

Assim, o verdadeiro acesso à Justiça está na solução de conflitos de forma célere e eficaz, em que as partes atuem como protagonistas na construção do resultado. Daí que surgem os mecanismos de desjudicialização dos conflitos, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e da Justiça Restaurativa.

Não se trata de descredibilizar o papel do Poder Judiciário, mas, tão somente, de criar outras ferramentas para solucionar as demandas que tanto abarrotam os Tribunais. Pensar dessa forma possibilita o verdadeiro acesso à Justiça e se amolda à essência de dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010;

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, 2009;

_____, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

_____, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2011. Disponível em: < http://www.slideshare.net/clima/constituiçãodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 20 de julho de 2016;

BENETI, Sidney Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan.-jun. 2002;

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: RT, 2009;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno**, t. II, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000;

_____, Cândido Rangel. **A Reforma do código de processo civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão em 2002;

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Belo Horizonte: Martin Claret, 2002;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça.** São Paulo: RT, 2011;

MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007;