

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

ACESSO À JUSTIÇA II

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

CAMILA SILVA NICÁCIO

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-076-3

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 II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

O acesso à justiça foi inserido no texto constitucional de 1946, através do art. 141, 4º, o, nestes termos: "A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, qualquer lesão de direito individual. Trata-se do princípio da ubiquidade da justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao judiciário. Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988 nos seguintes termos: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. , cuida-se de um direito fundamental.

Os juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes que o acesso à justiça pode ser arrostado como condição fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que almeje garantir, e não somente proclamar, os direitos das pessoas humanas. No entanto, contraditoriamente, historicamente não se tem percebido por parte, seja do ensino jurídico, das práticas judiciais, da práxis profissional, da pesquisa e teorias jurídicas, e mesmo na prestação de serviços legais uma efetiva preocupação com a temática "acesso à justiça" em sua necessária amplitude. Muitas vezes o "acesso à justiça" é confundido com o acesso ao Judiciário.

Ora, se essa afirmação sobre o acesso à justiça, na tipologia tradicional, é confundida com acesso aos tribunais, o que deve ser entendido, como acesso à justiça? A resposta para tal questão passa necessariamente por uma reflexão a respeito do entendimento que se tem consagrado a respeito do que objetivamente significa o acesso à Justiça e de como nossos tribunais vêm encarando esse direito que está incorporado ao rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Cuida-se aqui de uma questão de garantia de direito, não simplesmente na tipologia tradicional de peticionar. Se assim fosse, a norma constitucional seria inócua. Bastaria tão somente peticionar e a garantia, preconizada no artigo 5º, XXXV, estaria atingida; teria, a norma, obtido seu propósito.

Não parece ser esse o melhor entendimento. Interpretando o direito em sua inteireza, o que se pretende refletir à luz dos trabalhos apresentados no GT de ACESSO À JUSTIÇA II, nesse XXIV CONGRESSO NACIONAL do CONPEDI é que a garantia constitucional somente se realizará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia objetiva ao Judiciário não ser excluído da apreciação de lesão a direito ou de ameaça a direito, vincular e garantir a real reparação do direito lesionado, ou impedir, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize - isto é, haja eficácia não somente formal, mas também social da decisão judicial.

É nesse campo de questões que hoje é próprio da área de acesso ao direito no Brasil - como ramos do saber em fase de consolidação - que os textos que compõem a presente obra devem ser analisados.

Utilizando diversas metodologias - algumas mais críticas, outras não - os artigos que compõem o presente livro podem fomentar, ainda mais, o debate sobre a urgente e necessária reflexão sobre o direito fundamental ao acesso à justiça.

Discutindo os mecanismos de acesso à justiça pelos cidadãos, nos estados democráticos, Lademir José Cremonini e Patrícia de Lima Felix abrem essa obra com o título: A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O acesso à justiça como um direito fundamental e humano, seus instrumentos processuais e humanos de realização são abordados por Edinildon Donisete Machado e Sílvia Leiko Nomizo no artigo A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA, por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS, por Ursula Spisso Monteiro em O ACESSO À JUSTIÇA E O PROGRAMAM NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, por Leandro Finelli Horta Vianna e Pedro Donizete Biazotto em O DIREITO DO IDOSO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A

DURAÇÃO RAZOÁVEL E EFETIVA COMO GARANTIA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E HUMANOS, por Carlos Augusto Alcântara Machado e Gustavo Dantas Carvalho em O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS e por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS.

A questão das formas adequadas de acesso à justiça para a solução dos conflitos foi objeto de análise de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, no artigo intitulado POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS, como também de Leonardo Sette Abrantes Fioravante, em A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO E EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA, bem como foi abordado por Janaina Franco de Andrade em A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO DIGITAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO; assim também Gabriela Gomes Costa e Melissa Ourives Veiga, no artigo intitulado UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nesse mesmo tom, mas no campo dos conflitos laborais, Marcelino Meleu e Alessandro Langlois Massaro apresentaram o trabalho intitulado AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA TRABALHISTAS COMO LOCUS PRIVILEGIADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Os aspectos processuais pertinentes à questão do acesso à justiça, inclusive a partir de uma leitura do novo Diploma Processual Civil, foram alvo das reflexões de Natan Franciella de Oliveira e Luciano Souto Dias em A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO: ANÁLISE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FACE À NECESSIDADE DE UM RÁPIDO PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO, por Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior e Thais Estevão Saconato em A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA, por Alex Maia Esmeraldo de Oliveira e Fátia Moreira Guimarães Pessoa em ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO: SEU REDIMENSIONAMENTO COMO FORMA DE RESGATAR A EFETIVIDADE, por Marcos Vinicius Lipiensi em O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO COLETIVO e por Ana Paula Duarte Ferreira em PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE

ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA À LUS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Questões referentes à legitimação da defensoria pública quanto à tutela do meio ambiente foram abordadas por Nayara de Lima Moreita e Stéfano Guimarães no artigo intitulado TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DEFENSORIA PÚBLICA: LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO COLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL.

A especificidade dos problemas envolvendo o acesso à justiça em decorrência de legislação estadual foi o tema do artigo OS IMPACTOS DA LEI ESTADUAL 15.838 DE 2015, NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CEARÁ, ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, da autoria de José Diego de Oliveira e Silva e Mariana Luz Zonari.

O direito comparado também se faz presente nessa obra, com um cotejo entre a legislação brasileira e a italiana, em matéria tributária, no que diz respeito à organização judiciária, através do trabalho de Frederico Menezes Beyner intitulado ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: COMPARAÇÃO ENTRE ITÁLIA E BRASIL.

Esperamos que essa obra contribua para superação da reducionista concepção de acesso à justiça à realidade formal judicante, e, sobretudo, como reflexo extensivo do espaço acadêmico inquieto e dialético, típico de eventos da natureza do CONPEDI, cumpra-se o papel de dizer não apenas o que é de direito, por que isso já se faz por demais, mas, o que é o direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Coordenadores do Grupo de Trabalho

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

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann UNESA/RJ

Profa. Dra. Camila Silva Nicácio UFMG/MG

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

FUNDAMENTALITY OF THE RIGHT FOR ACCESS TO JUSTICE

Edinilson Donisete Machado
Sílvia Leiko Nomizo

Resumo

O direito ao acesso à justiça é um direito fundamental previsto no texto do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Apesar de ser considerado apenas como o direito que possibilita o acesso aos tribunais, estudos mostram que a amplitude de seu conteúdo é maior, de modo que, para alguns estudiosos do assunto, a efetivação do direito ao acesso à justiça é de extrema importância para a concretização dos demais direitos fundamentais. Entretanto, embora tenha se transcorrido mais de vinte e seis anos do advento do vigente texto constitucional, que elevou o direito ao acesso à justiça à categoria de direito fundamental, verifica-se que o mesmo não é plenamente efetivado, por diversos motivos. Assim, surgiu a problemática que ensejou a elaboração da presente pesquisa, qual seja, averiguar a fundamentalidade do direito ao acesso à justiça e a sua importância para efetivação dos demais direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, que justifica a necessidade de se aprofundar os estudos sobre a temática. Constitui o objetivo principal do trabalho, aprofundar a investigação da fundamentalidade do direito ao acesso à justiça e as consequências de sua não efetivação. A metodologia empregada para a elaboração do trabalho consiste em realização de pesquisas bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, empregando-se ainda os métodos monográfico e dedutivo. Ao final, pretende-se esclarecer o problema que ensejou a elaboração da pesquisa e trazer contribuições sobre a temática abordada ao mundo acadêmico.

Palavras-chave: Teoria geral dos direitos fundamentais, Dimensões/gerações, Fundamentalidade do direito ao acesso à justiça, Efetivação de direitos

Abstract/Resumen/Résumé

The right for access to justice is a fundamental right provided in section XXXV from the article 5 of the Federal Constitution of 1988. Although considered only as a right that enables access to the courts, studies show that the extent of its content is wider, so that for some students of the subject, the effectiveness of the right for access to justice is of extreme importance for the achievement of other fundamental rights. However, although it has passed more than twenty-six-year from the advent of the current constitutional text which raised the right for access to justice to the category of fundamental right, it turns out that it is not fully established, for several reasons. This way, a problem the problem that led to this research, that is, to verify the fundamentality of the right for access to justice and its importance to the effectuation of other fundamental rights stated in Brazilian law, that justify the need to

further study on this subject. It constitute as a main purpose of the study, to make further research on the fundamentality of the right for access to justice and the consequences of its non effectiveness. The methodology used on this work consists of conducting a qualitative bibliographical and documentary research, using even the monographic and deductive methods. At the end, its intended to make clear the problem that led to development of this research and bring contributions on the subject mentioned throughout the academic world.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General theory of fundamental rights, Dimensions /generations, Fundamentality of the right for access to justice, Effectuation of rights

INTRODUÇÃO

O direito ao acesso à justiça, equivocadamente, entendido apenas como direito de ter acesso aos Tribunais, por meio de uma ação judicial, ou seja, ter direito à tutela jurisdicional, para se obter a solução de um conflito, é um tema que gera muita discussão, em âmbito internacional e nacional.

De acordo com os ensinamentos de Grinover, (1990) e Paroski (2008), a realidade é que o efetivo acesso à justiça é muito mais abrangente do que o simples acesso à tutela jurisdicional, trata-se de um direito fundamental, imprescindível para a efetivação de todos os demais direitos, em busca da pacificação social.

Nesta linha de raciocínio, é permitido afirmar que no conceito de acesso à justiça, conforme leciona Cichocki Neto (2009) engloba toda a atividade jurídica, desde a criação de normas, sua interpretação e aplicação, de modo justo.

Ocorre que, um dos principais desafios da atualidade consiste na não efetivação do direito ao acesso à justiça. No que diz respeito à não efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) na obra “Acesso à Justiça” elencam alguns obstáculos, tais como: as custas judiciais; a representação dos direitos difusos e a possibilidade das partes, que são responsáveis por referido problema.

Para a superação destas barreiras ao acesso à justiça os referidos estudiosos, além de outros como Giannakos (2008), Cichocki Neto (2009) e Boyadjian (2009), trazem algumas possíveis soluções práticas, que seriam: a assistência judiciária, a representação dos direitos difusos e a conscientização das pessoas. Além de outras soluções apontadas por outros estudiosos do assunto que serviram de referencial para elaboração do presente trabalho.

Neste sentido, esta pesquisa apresenta como problemática a necessidade de se verificar se a efetivação do direito ao acesso à justiça enquanto direito fundamental, constitucionalmente assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro é apto para assegurar a concretização dos demais direitos.

Estabelecida a problemática do estudo que se propõe, estabeleceu-se como objetivo do trabalho investigar a fundamentalidade do direito ao acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, as principais causas de sua não efetivação e as consequências decorrentes disso.

A presente pesquisa baseia-se, principalmente, na obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, traduzida para o português, por Ellen Gracie Northllet (1988), que

trata do conceito, dos obstáculos e possíveis soluções para a não efetivação do direito ao acesso à Justiça.

Ressalta-se que o presente trabalho se trata de uma continuidade às pesquisas realizadas para a elaboração de trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Direitos Humanos de sua autora, que se justifica diante da relevância e atualidade da temática abordada.

O estudo que fez uso pesquisa bibliográfica e documental em textos que abordam a temática objeto deste estudo, de natureza qualitativa e a partir da aplicação do método de abordagem dedutivo, consistente na análise de argumentos gerais para argumentos particulares e do método de procedimento monográfico.

A pesquisa documental dar-se-á em textos das legislações pertinentes, obtidos em sítios da *internet* e arquivos físicos e digitais dos órgãos investigados, tais como livros de atendimento, relatórios de atividades etc. A pesquisa bibliográfica concentrará sua atenção nos referenciais teóricos pertinentes, na doutrina e na revisão de teses e dissertações.

Ao final, serão apresentados os resultados da pesquisa que se trabalho se propõe a realizar, a partir da metodologia acima descrita, com a pretensão de trazer contribuições sobre a temática abordada para o mundo acadêmico, instigando a ampliação das discussões sobre a mesma.

1 DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

Antes de tratar da temática central do presente trabalho far-se-á uma breve explanação do conceito de justiça, para, posteriormente, tratar da definição do direito ao acesso à justiça, suas principais características e a sua previsão constitucional, no ordenamento jurídico pátrio.

1.1 Breve Conceito de Justiça

A questão do conceito de direito ao acesso à justiça é bastante controverso, uma vez que o conceito de justiça é extremamente amplo e variável, apresentando íntima relação com a evolução da sociedade.

Dentre diversas definições possíveis para o termo “justiça”, a presente pesquisa destaca duas, a de Kolm (2000) e a de Castilho (2010), que se apresentam transcritas abaixo, as quais demonstram claramente a dificuldade em se estabelecer um conceito unânime.

Kolm (2000, p. 37), leciona que:

A justiça é simples, mas o mundo é complicado; por isso a aplicação da justiça no mundo encerra dificuldades. [...] Justiça é o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da sua situação para cada uma dessas entidades sociais (possivelmente do modo como é avaliada pela própria entidade, mas, *a priori*, não necessariamente assim), e, principalmente, quanto tais correlações decorrem de bens da sociedade.

O estudioso atribui ao conceito de justiça um caráter ético, a partir do qual os conflitos sociais são analisados e as soluções para os mesmos devem ser voltadas a atender os anseios da sociedade.

Para Castilho (2010, p. 233) quando da conceituação de justiça, tem-se que:

Se ficarmos na concepção subjetiva, chegaremos a múltiplas definições. Para os seguidores de São Tomás de Aquino, por exemplo, justiça é dar a cada um segundo suas necessidades. Para os liberais, é dar a cada um segundo seus méritos. Para os socialistas, dar a todos, sem distinção, o que necessitem. Kelsen simplificou: abstraiu os valores e disse que a justiça é dar a cada um conforme os direitos legais. Nada mais positivista. Um pensamento que, modernamente, vem sendo reavaliado, porque não há como discutir que a justiça não pode ser reduzida a qualquer um desses pensamentos, somente. A justiça é complexa, como a sociedade é complexa.

Verifica-se que não há como determinar um conceito fechado e incontestado da justiça, uma vez que, ela representa uma situação complexa, de modo que, para que definir justiça é necessário fazer um estudo aprofundado de diversas transformações sociais que incidem sobre o mesmo.

Para definir justiça é preciso considerar uma série de outros direitos inerentes a cada ser humano sejam respeitados como, por exemplo, o acesso à informação, à saúde, à segurança etc., de forma que não basta elencar em leis os direitos das pessoas se não há decisão e ação para que as leis sejam aplicadas.

Assim, em uma tentativa singela de conceituar justiça, pode-se dizer que na atualidade, o termo pode ser definido como atribuir a cada uma o seu direito por meio do meio adequado, seja ele judicial ou extrajudicial, de modo efetivo e satisfatório.

1.2 Conceito e Características do Direito ao Acesso à Justiça

Como visto acima, conceituar a expressão “justiça” é de extrema complexidade e é desta dificuldade que decorre a dificuldade em se apresentar um conceito unânime do direito ao acesso à justiça.

Sobre a problemática conceitual, apenas deve se esclarecer que o direito ao acesso à justiça não pode ser restrito ao acesso à tutela jurisdicional, cujo entendimento prevaleceu por muito tempo, de modo que, entendia-se que a existência de tribunais era suficiente para tornar o direito em voga efetivo.

Em âmbito internacional, Mauro Cappelletti e Bryan Garth, na obra “Acesso à Justiça”, de 1988, ensinam que o acesso à justiça é muito mais amplo que o simples acesso à tutela jurisdicional, visto que, abrange o acesso às informações e a necessidade de prestação de assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes.

Sobre a amplitude do acesso à justiça, no Brasil, Paroski (2008, p. 138) ensina que:

Na doutrina nacional predomina nos últimos quinze ou vinte anos, pelo menos, o entendimento de que o acesso à justiça não significa somente mero acesso aos tribunais, mas sim, obter concretamente a tutela jurisdicional quando se tem razão, que tanto pode ser prestada ao autor (procedência da demanda) como ao réu (improcedência da demanda). Mas não basta, assim, em grande parte dos casos, a obtenção de solução jurisdicional para os conflitos de interesses, pois, esta nem sempre é adequada, tempestiva e efetiva.

Em âmbito nacional, um dos precursores da ampliação do conceito de acesso à justiça é o ilustre jurista Kazuo Watanabe (1988 apud Lenza, 2011, p. 902-903), para quem “[...] a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhos limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.” (grifo do autor).

E ainda, Hajj (2003, p. 283-284) conclui que:

Então, numa análise mais adequada, o acesso à justiça não representa apenas o simples ingresso de uma pretensão no judiciário. Existe antes disso, todo um aparato que deve ser a preocupação primeira do Estado e de todos os operadores do direito, que é viabilizar formas mais facilitadas para se chegar às vias judiciais, que vão desde a consciência dos direitos por parte de seu titular até o fato social, econômico, além de outros tantos aspectos.

Importante observação é feita por Paroski (2008), ao lecionar que a concepção de acesso à justiça pode variar de acordo com o ordenamento jurídico no qual ele se encontra previsto, visto que cada país possui uma realidade social diferente.

Complementando este pensamento Hajj (2003, p. 281) afirma que “O denominado Estado Social atual tem no indivíduo seu maior objetivo, consubstanciado na valorização da pessoa humana, e na Justiça uma das pedras angulares desse valor. Portanto, é necessário que a Justiça seja um real e efetivo direito.”.

Conforme leciona Torres (2005, p. 134) “O Estado moderno, contemporâneo, não pode estar isolado do pensamento de um estado de bem-estar social e, para tanto, precisam ser garantidos os direitos reivindicados pelas pessoas e, surgindo os conflitos, haja meios suficientes e em condores de uma solução plausível.”.

O conceito de acesso à justiça, bem como todos os demais direitos fundamentais sofre alterações ao longo dos tempos, vez que precisa se adequar aos anseios sociais de cada período histórico, o que justifica a dificuldade em se estabelecer um conceito adequado para a terminologia.

Entretanto, de acordo com Torres (2005), ainda que o conceito do direito ao acesso à justiça tenha sofrido alterações consideráveis, ainda se tem que o efetivo acesso à justiça implica na pacificação social, por qualquer meio que se mostre adequado.

No mesmo sentido, Batista (2010), leciona que o acesso à justiça deve ser analisado a partir de dois sentidos, um que representa o acesso ao Poder Judiciário e outro que é o acesso a uma ordem de valores presentes na sociedade.

Aprofundando ainda mais a amplitude da temática Paroski (2008, p. 138) defende a ideia de que

O acesso à justiça, quando se pensa em processo jurisdicional, significa, ainda, romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também de fornecimento de meios (materiais, financeiros etc.) adequados durante todo o desenvolvimento do procedimento; significa redução de custos, encurtamento das distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados.

Para Oliveira, (2011) o direito ao acesso à justiça determina as duas finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam: a de que ele deve ser igualmente acessível a todos e a de que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Acerca das características do acesso à justiça impende trazer à baila o que ensina Watanabe (1988 apud Paroski, 2008, p.139) ao afirma que são elementos constitutivos do acesso à justiça:

a) o direito de acesso à Justiça é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa

permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

No que tange a tais características, também vale mencionar o entendimento de Paroski (2008) de que para um efetivo acesso à justiça não basta que o Estado possibilite o ajuizamento de uma demanda, há que se ressaltar que a prestação jurisdicional deve assegurar a participação do jurisdicionado, uma análise adequada de cada caso concreto e possibilitar a igualdade formal entre os litigantes.

Fontainha (2009, p. 26) ao tratar da temática da caracterização do acesso à justiça defende que são princípios informadores de tal direito: “[...] acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade.”, de modo que, a acessibilidade se refere ao direito de ter acesso à tutela jurisdicional, por meio de ajuizamento de uma ação; a operosidade diz respeito aos personagens (partes e membro do Judiciário) e instrumentos que integram a relação processual; a utilidade volta-se o sentido de satisfação da pretensão buscada pelas partes através do processo, sendo a procedência pelo autor ou a improcedência pelo réu; e, por fim, a característica da proporcionalidade, que é relativa refere-se à decisão ser proferida pelo magistrado de acordo com o apresentado no processo.

No ordenamento jurídico pátrio, um importante avanço alcançado no sentido de assegurar que todas as características do direito ao acesso à justiça se efetivem, foi incorporado ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que dentre outras alterações trouxe a previsão da razoável duração do processo e da celeridade processual.

Embora não se trate de objeto do presente estudo, em específico, não há como não mencionar a inovação trazida pela referida Emenda, cujo objetivo principal é garantir ao jurisdicionado um processo justo, que não pode perdurar eternamente, sob pena de acarretar uma injustiça ou o perecimento da pretensão daquele que se socorre do Poder Judiciário em busca da solução de um conflito.

Acerca destes princípios pode-se afirmar que para que efetivamente se obtenha o acesso à justiça, faz-se necessário que a pretensão do interessado não encontre nenhum óbice, quando do ajuizamento de uma medida para sua tutela, de forma que a decisão final não deve demorar muito tempo para ser proferida e ela deve, de fato, satisfazer aquele que acionou o Estado em busca de solução de um conflito.

Assim, de um modo geral, tem-se que a maioria dos estudiosos da temática do acesso à justiça defende a ideia de que o mesmo não se resume ao simples acesso aos tribunais por meio de um processo, mas sim o direito a uma ordem jurídica justa, de forma que a solução do conflito não precisa, necessariamente, ser judicial.

Diante da inexistência de um conceito fechado sobre o direito ao acesso à justiça, ainda nos dias atuais, inúmeros são os estudos sobre as diversas formas de solução extrajudicial de conflitos, o que demonstra a atualidade e a importância do presente trabalho.

1.3 O Direito de Acesso à Justiça nas Constituições Brasileiras

De acordo com os estudos realizados conclui-se que a Constituição do Império instituída no ano de 1824, nada dispôs acerca do direito ao acesso à justiça, ou dos demais direitos e garantias constitucionais, razão pela qual serão analisadas apenas as Constituições subsequentes à de 1891, que foi a primeira a fazer menção sobre o referido direito constitucional até se chegar à atual Constituição Federal brasileira.

No que diz respeito à origem constitucional do direito ao acesso à justiça, tem-se que de acordo com o ensinamento de Hajj (2003, p. 284) a primeira Constituição do Estado Brasileiro não fez menção ao referido direito, pois segundo o autor: “Verifica-se que a Constituição de 1824 não garantiu o direito à jurisdição, pois continha uma organização diferente, admitindo a prestação da tutela (se é que assim podemos denominar) apenas por vias administrativas.”.

A Constituição, de 1891, a primeira do período republicano continha em seu texto novas ideias concepções políticas, era fruto das novas ideias e concepções políticas e econômicas, enfatizava o princípio da separação dos poderes, além de dar cabo ao poder moderador, que não mais se adequava à forma de governo ora adotada. (PAROSKI, 2008)

Discorrendo acerca do referido texto constitucional Paroski (2008, p. 175) leciona que

A Constituição republicana pioneira acompanhou a trajetória das Constituições da Inglaterra e da França com base na teoria já esboçada na antiguidade por alguns filósofos gregos, a exemplo de Aristóteles, desenvolvida mais amplamente por Montesquieu, relativamente à separação (melhor seria dizer distribuição) dos poderes. Não obstante, observa-se que a mesma não contemplava na declaração de direitos individuais, de forma explícita, garantia de acesso ao Judiciário, nos moldes em que hoje é conhecida, como pode ser visto seus arts. 72 a 78.

Por essas razões é que muitos estudiosos do assunto defendem a ideia de que a primeira Constituição brasileira que trato, ainda que implicitamente, do direito ao acesso à

justiça foi a de 1891, embora o mesmo não apresentasse as mesmas características dos dias atuais.

No mesmo sentido da Constituição de 1891, a Constituição de 1934 também não disciplinava explicitamente a previsão do direito ao acesso à justiça, embora tenha apresentado alguns direitos sociais em seu texto, como se observa da lição de Paroski (2008).

Verifica-se que a Constituição de 1934, no que diz respeito ao direito ao acesso à justiça não trouxe nenhuma inovação considerável, pois, tão somente, representou um período em que se tentava conciliar a democracia liberal com os ideais socialistas.

O Estado Novo instituído durante o governo do presidente Getúlio Vargas, representou um retrocesso no que se refere aos direitos fundamentais, vez que novamente, houve a concentração dos poderes nas mãos do governante, restringidos uma série de direitos e garantias conquistados pela Constituição de 1934.

Neste sentido, Paroski, 2008 (p. 178) afirma que “Muito longe ainda se encontrava o sonho de se ter acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, consentânea com um estado democrático social, como já vinha ocorrendo há muito tempo na Europa e nos Estados Unidos.”.

Controvérsia doutrinária existente refere-se à validade ou não da Constituição de 1946, pois de acordo como Paroski (2008 p. 178)

O art. 187 da CF de 1937 dispunha: “Esta Constituição entrará em vigor na data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Este plebiscito nunca foi realizado, motivo pelo qual muitos constitucionalistas entendem que a referida carta constitucional jamais entrou em vigor, sob o enfoque exclusivamente jurídico

Independentemente da questão acerca da existência ou não da Constituição de 1946, Paroski (2008, p. 180), traz a observação de que.

Finalmente, depois de décadas de atraso, em relação aos ordenamentos constitucionais de outros países, a Constituição da República agasalha de forma explícita o direito fundamental de acesso à justiça, contemplando-o em seu art. 141, § 4º, que tinha a seguinte redação:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Hajj (2003, p. 285) afirma que pela primeira vez ouviu-se falar da questão da acessibilidade ampla e irrestrita ao Poder Judiciário ao alegar que

Porém, o princípio da Acessibilidade ampla e irrestrita ao Poder Judiciário surgiu com a edição da Constituição de 1946, mais de meio século, onde possuía uma redação bastante semelhante ao texto atual: “A lei não poderá excluir da apreciação

do Poder Judiciário qualquer lesão de *direito individual*". Não resta a menor dúvida que trata-se de relevante reconquista dos direitos, considerando que num passado bem próximo perpetraram-se verdadeiros absurdos ao povo brasileiro através do Ato Institucional nº 5, durante o período do tão debatido regime militar, o qual proibia-se o ingresso em juízo por questões raciais, violando e ridicularizando o direito.

Portanto, o acesso à justiça foi efetivamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Constituição de 1946, que representou avanços no campo da proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Grande retrocesso, no que tange aos direitos e garantias conquistados até 1964, se deu com a denominada de "Revolução de 64", golpe que deu início a um triste episódio da história do Brasil: a Ditadura Militar. Período este em que aqueles que detinham o poder suspenderam direitos políticos, garantias de julgamento por um Poder Judiciário independente e parcial e violação de todos os direitos humanos da população brasileira.

Paroski (2008, p. 181-182) afirma que a principal consequência advinda da Constituição de 1967 foi a de que

Cassaram-se os direitos políticos e sepultaram a própria cidadania. Todo o aparato policial e militar, bem como as instituições públicas, passaram a estar a serviço do novo e arbitrário regime, deixando a população órfã não apenas das garantias escritas no texto constitucional, mas de qualquer proteção concreta a direitos individuais inerentes à própria cidadania de um povo, uma vez que aquelas valiam desde que seu exercício não confrontasse os atos praticados pelo regime militar na forma dos diversos atos institucionais e complementares e resoluções, baixadas pelo Presidente da República, assembleias legislativas e câmaras municipais.

Tratou-se de um período sombrio em que dos detentores do poder alegavam a necessidade de manutenção da ordem, da preservação da segurança nacional, como forma de oprimir a população e praticar atos de tortura, sem qualquer punição.

Superado o período da Ditadura Militar, a Constituição Federal de 1988, denominada pela doutrina como Carta Cidadã, reestruturou a ordem de democrática e ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, calcados no princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento de todo o ordenamento jurídico.

No que se refere ao direito ao acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988, no inciso XXXV, do art. 5º, dispõe que "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Sendo que para Grinover (1990, p. 244) o referido dispositivo legal não assegura apenas o acesso ao Poder Judiciário,

[...] mas garante o efetivo acesso a uma Justiça imparcial, a Justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem defender suas razões, produzir suas provas e influir sobre a formação do convencimento do magistrado.

[...] o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução de todos os seus conflitos, mesmo daqueles que até agora não têm sido levados ao Poder Judiciário, pois novos canais se abrem hoje para o Estado prestador de serviços [...].

Além deste dispositivo constitucional, o Brasil adota ainda os textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que reconhecem o direito ao acesso à justiça, em seus artigos 10.º e 14, respectivamente.

Visando elucidar a problemática do direito ao acesso à justiça enquanto direito fundamental e, uma vez apresentados o conceito e a evolução constitucional do referido direito, far-se-á a partir de agora a explanação acerca dos direitos fundamentais para, posteriormente, ser apresentada a fundamentalidade do acesso à justiça.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando da realização de um estudo sobre um determinado direito fundamental, é imprescindível tratar da teoria geral dos direitos fundamentais, esclarecendo alguns pontos como a problemática terminológica, a sua origem e a apresentação de suas dimensões/gerações, que é o que se pretende no presente tópico.

2.1 Da Problemática da Terminologia “Direitos Fundamentais”

O primeiro desafio enfrentado quando se pretende o estudo dos direitos fundamentais, consiste na problemática da terminologia, visto que, não existe unanimidade acerca de qual expressão é a mais correta para tratar dos referidos direitos, de modo que, a principal confusão existe em diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos.

Entretanto, é importante destacar a existência de diferença entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, de forma que Sarlet (2011, p. 29) traz a seguinte diferenciação:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um equívoco caráter supranacional (internacional).

Direitos fundamentais são, portanto, direitos positivados no ordenamento jurídico de um país e que se encontram inseridos em um rol de direito mais abrangente, que são os direitos humanos.

Além da confusão entre direitos fundamentais e direitos humanos, Scalquete (2004), afirma que outras terminologias como “direitos subjetivos públicos”; “direitos individuais”; “liberdades fundamentais”; “direitos do homem”; “direitos humanos fundamentais” são empregadas como sendo sinônimas daqueles primeiros direitos.

Importante, esclarecer que além da necessidade de se compreender a diferenciação entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, existe uma terceira terminologia, que merece destaque acerca da temática ora abordada, que é o termo “direitos do homem”. Sarlet (2010) afirma que os direitos do homem seriam aqueles direitos naturais, ainda não positivados.

Dimoulis; Martins (2011, p. 49) ensinam que os

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Assim, os direitos fundamentais estão contidos dentro de um rol mais amplo de direitos, que é o dos direitos humanos, e podem ser definidos como aqueles direitos previstos no texto constitucional de um determinado país, representando direitos básicos para assegurar uma vida digna a todas as pessoas submetidas ao texto constitucional pátrio.

Independentemente da existência de diversas terminologias, a Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Título II de seu texto, a denominação “Direitos e Garantias Fundamentais”, e dentro do referido título todas as demais expressões encontra-se inseridas. Portanto, tem-se que em âmbito nacional, a terminologia mais adequada é “direito fundamental”.

2.2 Origem dos Direitos Fundamentais

Feitas essas considerações acerca da discussão terminológica existente quando se pretende tratar da temática de direitos fundamentais, passa-se a analisar o surgimento dos direitos fundamentais e suas principais características.

De acordo com os ensinamentos de Paroski (2008), no Brasil, os direitos fundamentais, nos moldes atuais, surgiram como resposta às atrocidades cometidas durante a

Ditadura Militar, na qual durante duas décadas, ocorreu uma intensa violação dos direitos humanos.

Verifica-se, portanto, que a questão dos direitos humanos foi mais intensamente discutida após o período de Ditadura Militar, em que muitas pessoas tiveram seus direitos violados, além de serem torturadas, sendo que após tal período é que se passou a discutir a questão da integridade dos presos políticos e ocasionou o surgimento de outros direitos como o direito à memória e à verdade, no que se refere às pessoas desaparecidas e seus familiares.

No que diz respeito ao período anterior à Ditadura Militar, Sarlet (2011, p. 28) afirma que as Constituições traziam em seu bojo a temática dos direitos fundamentais, de forma que analisando a trajetória histórica dos direitos fundamentais, tem-se que:

Na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” com epígrafe da Seção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e 1964 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos.

De acordo com o ensinamento acima, tem-se que a temática dos direitos fundamentais, está presente no texto constitucional pátrio desde a primeira Constituição, ainda que se utilizasse de terminologia diversa da adotada pela atual Constituição Federal, mas com o mesmo sentido que é a proteção dos direitos das pessoas.

Sobre essa temática, Dimoulis; Martins (2011, p. 22) afirmam que os direitos fundamentais tiveram seu surgimento antes do advento do Cristianismo visto que

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta de 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval.

A origem dos direitos fundamentais remonta à Antiguidade, embora ainda se trate de tema que gera muita discussão acerca no que tange à problemática da falta de efetivação, tema este que se constitui em preocupação em âmbito mundial.

Desta feita, apenas reforçando a definição já exposta no tópico acima, tem-se que de forma simplificada, os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos inerentes a todos os seres humanos, que se encontram positivados no texto constitucional.

2.3 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são os direitos inerentes a todas as pessoas, que se encontram positivados no texto constitucional pátrio, os mesmos devem acompanhar o processo evolutivo da sociedade para assegurar, com eficácia, as necessidades das pessoas.

Assim, doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados em dimensões, também chamadas de gerações por alguns doutrinadores, independentemente, da terminologia adotada, tem-se que esta classificação dos direitos fundamentais decorre das transformações pelas quais os direitos fundamentais passam, no que diz respeito à sua titularidade, conteúdo, eficácia e efetivação (SARLET, 2011).

Quanto às dimensões dos direitos fundamentais, é importante destacar que o surgimento de uma nova dimensão não extingue as demais, apenas acrescenta mais direitos para as pessoas. Hodiernamente, fala-se que os direitos fundamentais possuem quatro dimensões, no entanto, já existe o entendimento quanto à existência de uma sexta dimensão de direitos considerados fundamentais.

De forma bem sucinta, os direitos fundamentais de primeira dimensão nos dizeres de Sarlet (2011, p. 47) são “[...] direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta, positiva por parte dos poderes públicos, sendo neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição por parte dos poderes públicos.”, constituem exemplos desses direitos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei.

Paroski (2008, p. 113) ao tratar das dimensões dos direitos fundamentais, afirma que:

Constituem direitos fundamentais de primeira geração os direitos de liberdade, porque foram os primeiros a fazer parte de um instrumento normativo constitucional, correspondendo aos direitos civis e políticos, coincidindo historicamente com a fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente. A evolução e a efetivação desses direitos não foram uniformes em todos os países, mas sofreram variações, conforme o modelo de cada sociedade e o regime político implantado, passando por avanços e retrocessos, mas conseguindo sair de mero reconhecimento formal, para efetiva concretização, até alcançarem posição de destaque nos regimes realmente democráticos.

Os direitos de segunda dimensão englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, que possuem a característica de representarem uma dimensão positiva, pois não mais visa evitar a intervenção estatal na liberdade individual, mas sim uma liberdade por intermédio do Estado, que deve fornecer subsídios para que ela seja alcançada (SARLET, 2011).

Exemplos dos direitos fundamentais de segunda dimensão são citados por Paroski (2008, p. 115) que menciona que:

A doutrina põe nesse grupo os direitos sociais, culturais e econômicos, e numa etapa seguinte, notadamente a partir das modificações introduzidas nos sistemas jurídicos, por força das constituições que substituíram as cartas liberais, são incluídos também os direitos coletivos ou de coletividade. Os direitos dessa categoria, como visto, têm forte e inseparável vínculo com o princípio da igualdade (real e não meramente formal), sua maior razão de ser.

Portanto, do trecho acima, resta bem evidente a questão da não substituição dos direitos fundamentais de primeira dimensão pelos direitos de segunda dimensão, o que ocorre é que uma vez que aqueles não foram suficientes para atender todos os anseios da pessoa, surgem estes para complementá-los, e não substituí-los.

Constituem direitos fundamentais de terceira geração, os direitos de solidariedade e fraternidade, que visam tutelar direitos ditos coletivos ou difusos, ou seja, o objetivo não é mais tutelar os direitos individuais de cada pessoa, mas sim o de toda a coletividade. Podem-se citar como direitos de terceira geração, o direito à paz, o direito a uma qualidade de vida saudável, o direito ao meio ambiente saudável, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, isto é, direitos que pertencem a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo isoladamente (SARLET, 2011).

Como bem destaca Sarlet (2011, p. 49),

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Importante destacar o ensinamento de Paroski (2008, p. 117-118), no que diz respeito ao surgimento dos direitos de terceira dimensão, o que fica evidente a partir da análise do trecho abaixo:

Os bens essenciais à vida humana, a exemplo da água potável, meio ambiente equilibrado e livre de agressões por substâncias tóxicas e alimentos saudáveis e sem a influência de conservantes e outros elementos químicos nocivos, eram tidos por inesgotáveis, não sendo alvo de preocupação da sociedade, dos governos e do direito. O crescimento econômico e industrial, entretanto, tem gerado efeitos desastrosos, comprometendo gravemente as condições essenciais de vida das pessoas, atingindo violentamente os recursos naturais e o meio ambiente comprometendo a suficiência e a qualidade dos alimentos e, por extensão, a qualidade de vida da população, colocando em risco o bem-estar e a vida de todas as pessoas, até mesmo com a possibilidade de inviabilização da sobrevivência das gerações futuras.

Tem-se que os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram da necessidade de resguardar uma sadia qualidade de vida para todas as pessoas, sendo que os direitos englobados por tal dimensão de direitos fundamentais, não pertencem a um indivíduo isoladamente, mas a toda a coletividade. E, ainda, tais direitos visam, não só a preservação para garantir direitos atuais, mas também para assegurar que as futuras gerações possam usufruir dos recursos naturais, ora tutelados.

Grande polêmica existe acerca da existência de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões, isto porque, como bem lembra Sarlet (2011) ainda não foi reconhecida a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais na esfera do direito internacional e também em âmbito interno.

Para aqueles que defendem a existência de direitos de quarta dimensão, nestes estariam incluídos alguns direitos cujo objetivo seria a imposição de limites avanços científicos, relacionados à biotecnologia, bioengenharia e manipulação genética (Paroski, 2008). Assim como os direitos fundamentais de terceira dimensão, os direitos de quarta dimensão visam a tutela de direitos em âmbito coletivo, como objetivo principal de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Para alguns doutrinadores, ainda dentro do rol de direitos fundamentais de quarta geração, estariam presentes direitos que visam a proteção de todos os grupos sociais mais vulneráveis como ocorre com as crianças, idosos, pessoas com deficiência e mulheres (Paroski, 2008).

Quanto aos direitos de quinta geração, Sampaio (2004, p.302) afirma que “[...] a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidados.”. No sentido de que nesta dimensão de direitos fundamentais, o objetivo seria assegurar às pessoas, direitos que envolvem a compaixão, cuidado e amor entre as pessoas.

Ainda que exista uma problemática doutrinária acerca da existência dos direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, em razão da não previsão no ordenamento jurídico nacional e internacional, tem-se que os direitos de primeira a terceira dimensão estão se mostrando insuficientes para atender todos os anseios das pessoas. Isto ocorre em razão da evolução social que faz surgirem novos direitos que podem se considerados fundamentais, que como dito acima, complementam os já tutelados.

Concluindo o raciocínio acerca das inúmeras dimensões dos direitos fundamentais, Sarlet (2011) chama a atenção para a necessidade de, não só se pensar na positivação de uma

nova dimensão de direitos, mas sim, na de voltar os olhos para a efetivação dos direitos já tutelados.

Do exposto acerca das dimensões dos direitos fundamentais, independentemente, do número de dimensões, o mais importante é verificar se os direitos assegurados estão realmente sendo efetivados e, se a problemática da necessidade de fazer surgir novos direitos fundamentais, não poderia ser solucionada com a efetivação dos direitos já tutelados.

3 DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Estabelecidos o conceito e as principais características do direito ao acesso à justiça, bem como a teoria geral dos direitos fundamentais, passa-se a adentrar no objetivo principal da pesquisa que ora se apresenta, que consiste na elucidação do mencionado direito enquanto direito fundamental,

Como apresentado no tópico anterior e seguindo os ensinamentos de Grinover (1990, p. 244) que assevera que o “[...] acesso à Justiça significa, e deve significar, não apenas acesso aos tribunais, mas o acesso à um justo processo, o acesso ao devido processo legal, àquele conjunto de garantias tão importante do que constitui o mais importante direito.”, busca-se, a partir deste instante, apresentar o direito ao acesso à justiça enquanto direito fundamental.

Pode-se dizer que, atualmente, em âmbito nacional é o texto do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal e o conteúdo dos tratados internacionais que o Brasil ratifica, que trazem o direito ao acesso à justiça como direito fundamental, inerentes a todas as pessoas indistintamente, mas como se pode verificar nem sempre ocorreu desta forma.

O art. 5º, inciso XXXV, da atual Constituição Federal constitui-se no Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, denominado ainda de Princípio de Direito de Ação, que assegura a todos, sem qualquer distinção, o acesso à justiça, e via de consequência à plena liberdade ao cidadão de postular em juízo (HAJJ, 2003).

O direito ao acesso à justiça foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, mas, ainda hoje, é tema de debates acalorados, diante da sua não efetivação, motivo de grande preocupação para os operadores do Direito e também de outros setores da sociedade.

César (2002, p. 46) afirma que “A garantia de efetivo acesso à justiça também constitui um Direito Humano e, mais do que isto, um elemento essencial ao exercício integral

da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário.”.

Importante observação acerca da efetivação do direito ao acesso à justiça é feita por Cintra; Grinover e Dinamarco (2011, p. 39), que defendem que

[...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive no processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isto e muito mais.

Os acima mencionados autores (2011, p. 40) concluem o seu raciocínio acerca do acesso à justiça afirmando que “O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias”, ao tratarem dos princípios e garantias constitucionais que embasam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalte-se que o direito ao acesso à justiça é o mais importante dos direitos humanos, vez que, é ele que assegura a efetivação de todos os demais direitos fundamentais dos seres humanos. Neste sentido, afirma Cappelletti e Garth (1988, p. 12), que “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.”.

Além de ser considerado um direito fundamental e, conseqüentemente, um direito humano, o direito ao acesso à justiça, de acordo com Paroski, (2008) também refere-se a um princípio constitucional.

Em razão da suma importância do direito ao acesso à justiça, a preocupação para a efetivação deste direito fundamental é assunto que preocupa muitos estudiosos do assunto. Cappelletti e Garth (1988, p. 13) conclui seu raciocínio a respeito da importância do direito ao acesso à justiça como direito humano asseverando que:

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.

Este também é o entendimento de Paroski (2008) que aduz que o direito ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais, uma vez que, somente com sua efetivação é que se torna possível assegurar os demais direitos quando violados, e também serve para evitar que a violação ocorra, afastando qualquer ameaça.

Portanto, uma vez assegurado o efetivo acesso à justiça, garantindo às pessoas a igualdade plena para a reivindicação de seus direitos com a pacificação social por meio de um processo e uma decisão justa, tem-se que todos os demais direitos humanos, conseqüentemente, serão garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, cujo conceito mais aceito pela comunidade acadêmica, nos dias atuais, são aqueles direitos imprescindíveis para assegurar uma vida digna cuja previsão legal é positivada em textos normativos, que regulam o ordenamento jurídico de um determinado país.

No que diz respeito ao direito fundamental do acesso à justiça, verifica-se que o mesmo encontra sua previsão no texto do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que encontra fundamento no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e no direito de ação, inerentes ao pleno exercício da liberdade.

Importante destacar que o conceito de acesso à justiça, bem como todos os demais direitos fundamentais sofre alterações ao longo dos tempos, vez que precisa se adequar aos anseios sociais de cada período histórico, razão pela qual além da efetivação dos direitos fundamentais, o efetivo acesso à justiça é de suma importância para a promoção e proteção dos direitos humanos, que se diferenciam dos direitos fundamentais, por serem mais amplos.

Como dito na parte introdutória desta pesquisa, o conceito de acesso à justiça ultrapassa o direito de exercer a tutela jurisdicional, possuindo um caráter bem mais amplo e em âmbito nacional tal direito é elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista que, desde o advento da Constituição Federal já se passaram mais de vinte e seis anos, a não efetivação do direito ao acesso à justiça é preocupante nos dias atuais, o que demonstra a necessidade de se pesquisar o assunto e se pensar em instrumentos alternativos para assegurar esse direito fundamental.

Assim, uma vez que o Estado chamou para si toda a responsabilidade acerca da administração da justiça, vedando a autotutela e autocomposição, também é sua obrigação o fornecimento de instrumentos capazes de assegurar que o direito ao acesso à justiça seja plenamente eficaz.

De todo o exposto, conclui-se que são características do efetivo direito ao acesso à justiça, a agilidade, celeridade e a satisfação das pessoas envolvidas em uma situação conflituosa, que se efetiva por meio de atuação do Estado nas relações particulares, que no Brasil, foram acrescentadas, principalmente, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que promoveu uma verdadeira “Reforma do Judiciário”.

A relevância de se estudar o direito ao acesso à justiça enquanto direito fundamental e a importância de se pensar em sua efetivação, decorrem do fato de que a efetivação deste direito acarreta a concretização de todos os demais direitos, razão pela qual o mesmo é considerado por muitos estudiosos do assunto, como sendo o mais importante de todos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumento viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. **Núcleos de prática jurídica nas instituições privadas de ensino superior**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRANDÃO, Juliana. **Percepções sobre o acesso à justiça: olhares dos usuários da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. 2010. Dissertação (Mestrado). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-25082011-142156/pt-br.php>. Acesso em: 01 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e a ação civil pública**. e ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico - evolução do mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo Moderna, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. In: SOARES, Fábio da Costa. **Acesso à justiça**: segunda série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HAJJ, Hassan. Acesso à Justiça. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Na fronteira**: conhecimento e práticas jurídicas para a sociedade. Porto Alegre: Síntese, 2003.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad.: Jefferson Luiz Camargo, Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

EZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOURA, Tatiana Whately de *et al.* **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília – Distrito Federal: Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, 2013. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf Acesso em: 01 dez. 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. In.: LIMA, Fernando Rister de Souza; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. **Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises:** os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.