

A NOVA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL, DA INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

LA NUOVA INTERPRETAZIONE DEL PRINCIPIO DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: L'ANALISI DALLA CRISI DELLA DEMOCRAZIA LIBERALE, L'INFLUENZA DEL NEOCOSTITUZIONALISMO E DELLA GIUDIZIALIZIAZIONE DELLA POLITICA.

Debora Bonat¹

Fabiano Hartmann Peixoto²

RESUMO:

O artigo problematiza a interpretação do princípio constitucional do acesso à justiça frente a nova dinâmica da atividade da atividade jurisdicional, influenciada pelo neoconstitucionalismo e judicialização da política. Tem como objetivo principal, portanto, a delimitação do conteúdo contemporâneo do princípio constitucional do acesso à justiça. Para tanto, aproveita o método dedutivo e parte da constatação da crise do modelo liberal de Estado, identificando as principais vertentes seja no aspecto político (apatia política e descumprimento de antigas promessas), seja no aspecto jurídico (formalidade do Poder Judiciário e positivismo jurídico). Paralelamente analisa o fenômeno da judicialização da política, responsável pela mudança no papel do Judiciário brasileiro (que passa a constituir o centro do novo paradigma da ciência do Direito). Feito o suporte teórico, o artigo finaliza com o exame do princípio do acesso à justiça, consagrado no texto constitucional de 1988 como direito fundamental. Busca, dentre os resultados esperados, a apresentação do contexto histórico e jurídico de transformação do papel do Judiciário contemporâneo, isto é, de realizador de uma análise meramente formal e procedimental a busca pelo preenchimento das suas decisões a partir de elementos valorativos de moral e de justiça. Comprova-se, assim: que o acesso à justiça não se resume na mera admissão em juízo, mas ao contrário, pode significar uma diminuição nesta esfera, com uma atuação maior dos sujeitos participantes da relação jurídica, principalmente dos Magistrados.

¹ Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora universitária/CESUSC.

² Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista Capes.

PALAVRAS-CHAVE: Estado liberal; neoconstitucionalismo; judicialização da política; acesso à justiça; Poder Judiciário.

RIASSUNTO:

L'articolo discute l'interpretazione del principio costituzionale di accesso alla giustizia affrontare nuove dinamiche dell'attività di attività giurisdizionale, influenzati dalla neocostituzionalismo e giudiziariazione e della politica. Il suo obiettivo principale è quindi quello di delimitare il contenuto contemporanea del principio costituzionale di accesso alla giustizia. Pertanto, il metodo sfrutta la parte osservazione e deduttivo della crisi del modello liberale di Stato è identificare gli aspetti più importanti della politica (apatia politica e il fallimento delle promesse antiche), sia nella formalità legale (della magistratura e positivismo giuridico). Parallelamente analizza il fenomeno della giudiziariazione della politica, responsabili del cambiamento del ruolo della magistratura brasiliana (che diventerà il centro del nuovo paradigma della scienza del diritto). Fatto il supporto teorico, l'articolo si conclude con un esame del principio dell'accesso alla giustizia sancito nella Costituzione del 1988 come un diritto fondamentale. Cerca tra i risultati attesi, la presentazione del contesto storico e la trasformazione giuridica del ruolo contemporaneo del potere giudiziario, vale a dire il direttore di un'analisi puramente formale e procedurale per la ricerca per l'adempimento delle sue decisioni da elementi di morale e valutativa giustizia. Si dimostra così: che l'accesso alla giustizia non è solo il semplice riconoscimento in tribunale, ma invece può significare una diminuzione in questo settore con una performance più elevata di soggetti del rapporto giuridico, in particolare magistrati.

PAROLE-CHIAVE: Stato liberale; neocostituzionalismo; giudiziariazione della politica; l'accesso alla giustizia; magistratura.

1 Introdução

O clamor social por justiça, existente contemporaneamente, colocou o Direito em xeque. A percepção de que o formalismo jurídico e a inflação legislativa não respondem de maneira adequada aos anseios por uma sociedade justa e fraterna constituíram molas para a adoção do novo modelo de atuação jurisdicional. A centralidade da jurisdição, muda assim, qualitativamente: de mera aplicação legislativa (característica do sistema de tradição romano-germânica) para uma postura ativa, impondo-se como verdadeira fonte do Direito, e não como elemento formal e obrigatório para a resolução de demandas.

Se os filósofos adeptos ao positivismo questionaram a inserção da moralidade e de critérios de justiça na realização do Direito, agora este cenário é também deslocado aos juristas. Assim, o objetivo deste estudo é compreender a existência de alteração na centralidade das fontes do Direito, destacando o neoconstitucionalismo (principalmente a preocupação com a realização da justiça) como suporte teórico para uma maior atuação do Magistrado e a relevância prática de suas decisões para a nova estrutura jurídica. Ademais, objetiva-se comprovar mudança hermenêutica no conceito de acesso a justiça e suas implicações na fruição de direitos fundamentais.

Diante de tal transformação, algumas reflexões devem ser feitas: quais as causas que conduziram a mudança da centralidade do Direito, antes na legislação e atualmente na atuação do Poder Judiciário? E, a partir desta constatação, quais suas consequências na interpretação do direito constitucional de acesso à justiça?

A fim de responder tais questionamentos, em um primeiro momento serão destacadas, dentre as causas orientadoras dessa mudança paradigmática, a crise do Estado Liberal e, a conseqüente, a atuação do Legislativo como única forma possível de criação do Direito. A mencionada crise conduz a sociedade a requerer implementação de políticas públicas, marginalizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, através do Poder Judiciário que utilizando de novos critérios de interpretação do direito propiciados pelo neoconstitucionalismo tem assumido significativamente este papel.

Posteriormente, será examinada a judicialização da política como fenômeno característico das democracias contemporâneas, implicando uma maior participação do Judiciário e demonstrando o aumento de sua autonomia decisória.

Por fim, será analisado o princípio do acesso a justiça e sua nova roupagem interpretativa, possibilitando o aumento da fruição empírica dos direitos fundamentais, através de uma hermenêutica constitucional.

2 A crise da democracia liberal: a instauração do caminho para a judicialização da política.

A constatação contemporânea de que a democracia representativa é insuficiente na resolução de questões do Estado e instaurações de políticas públicas, marginalizando a população e restringindo os direitos fundamentais, é o pano de fundo do exame da inserção do Poder Judiciário como ator (talvez, protagonista) na alteração do cenário político-jurídico no Brasil.

Há muito se discute a existência da crise do modelo liberal, suas causas e consequências. De um lado, entende-se que a sociedade civil deveria encampar a responsabilidade de aprimorar a cidadania. Seria a participação popular o novo fundamento da política neste novo milênio. Todavia, por outro lado, na inércia da sociedade civil em conseguir se organizar e implementar alterações profundas, principalmente, no que tange a fruição de direitos fundamentais, o Poder Judiciário liberta-se da prisão da legalidade estrita e passa a atuar na implementação dos direitos fundamentais. Tais alterações não seriam possíveis sem o germen, cultivado pela sociedade, do desejo de mudança. Um dos primeiros elementos dessa profunda busca pela mudança vislumbra-se a partir do cenário da crise do Estado Liberal, principalmente com o desgaste da democracia representativa.

A democracia indireta ou representativa difundiu, a partir do século XIX e XX, os pressupostos do Estado Liberal pelo mundo ocidental calcados no pensamento clássico burguês da época. A representação política foi adotada pelo Estado Liberal a fim de excluir o monopólio das decisões políticas da nobreza e do clero, fazendo com que o denominado Terceiro Estado também participasse das deliberações com reais possibilidades de defender sua posição. Assim, a democracia clássica, primeiramente, desenvolveu-se com o objetivo de tornar efetivo o princípio da igualdade. Dessa forma, os cidadãos poderiam eleger representantes, assim como vigiar suas condutas durante o exercício do seu mandato. Ou seja, a decisão política que implicaria fruição de direitos fundamentais estaria concentrada nas mãos dos representantes do povo.

Para Alain Touraine (1996), a democracia deve ser definida consistentemente a fim de evitar a permanência de alguns antigos lutadores democráticos, hoje defensores do absolutismo e da intolerância, no cenário político. Deve servir, portanto, para a libertação, fornecendo ampla liberdade a um maior número de pessoas e protegendo a diversidade.

Procurando harmonizar os valores de liberdade (realizando uma reflexão sobre a limitação do poder estatal) e igualdade (distribuição igualitária de recursos econômicos e políticos), adota, Touraine (1996) a concepção de três dimensões democráticas interdependentes: o respeito pelos direitos fundamentais, pela cidadania e pela representatividade. Assim, surgem três tipos democráticos: a) Modelo Liberal que concentra sua importância na limitação do poder estatal através da lei e dos direitos fundamentais, prevaleceu durante todo o século XIX; b) um segundo, preocupado com a defesa da cidadania, da Constituição e das regras morais que unem a sociedade (aproxima-se mais do conceito de igualdade do que da liberdade) e; c) por fim, o terceiro tipo concentra suas forças na “representatividade social”, ou seja, nas condições que todos os atores sociais devem

possuir para ocupar o posto de representante. Nesse sentido, a democracia opõe-se à noção de oligarquia, na qual existe uma parcela detentora e mantenedora de privilégios ou da propriedade de capital.

A democracia, para Touraine (1996, p. 26), não é apenas o governo do povo, ou “o conjunto de garantias institucionais ou o reino da maioria, mas antes de tudo o respeito pelos projetos individuais e coletivos, que combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação com uma coletividade social [...]”, não reduz o ser humano à condição de mero cidadão, mas respeita sua individualidade participadora de coletividades econômicas ou culturais.

Critica, assim, o pensamento liberal reducionista circunscrito ao aspecto político de democracia. Adota como escopo a proteção dos indivíduos e de determinados grupos em relação à onipotência estatal. Para ele: “Um conceito que veja a democracia como um sistema de mediações entre estado e atores sociais – que admita a influência mútua – pode ser responsável pelo seu fortalecimento” (CADEMARTORI, 2001, p.86). O Estado não estaria proibido de participar da sociedade civil, assim como esta influenciaria as decisões estatais.

A democracia representativa, apesar de todas as transformações sofridas após a ascensão do Estado Moderno, continua a fundamentar-se nos princípios da propriedade privada, igualdade e liberdade, tendo nos dois últimos um caráter meramente formal, ou seja, limita-se a universalidade do voto e na liberdade de escolha do cidadão frente ao Estado. Trata-se, todavia, de um modelo de democracia excludente, pois retira do cidadão o direito de influenciar nas decisões políticas e, conseqüentemente, de auxiliar na condução da coisa pública. Por ser de baixa intensidade e marginalizar a participação acaba restrita ao direito de votar periodicamente.

Após a sua adoção pelo Estado Moderno e expansão pelo mundo ocidental, a representação acabou sendo ajustada para equilibrar o capitalismo e alguns anseios populares. A principal alteração na estrutura da delegação de poderes foi atribuir a natureza universal ao voto, o qual antes era privilégio de uma minoria, geralmente pertencente à classe dos proprietários.

Todavia, essa adaptação não foi suficiente para resgatar nos indivíduos sua preocupação e responsabilidade com os caminhos escolhidos pelo Estado. Ao contrário, acabou por desenvolver uma apatia política na maioria dos cidadãos, fazendo surgir um sentimento de imobilidade frente seus representantes eleitos, os quais por sua vez, praticam

atos contrários ao programa partidário e projetos desenvolvidos durante a campanha eleitoral, sem qualquer tipo de controle.

O comprometimento com o Estado, como existia entre os antigos na concepção de Constant (1985) cede lugar ao consumismo, ao individualismo e ao desinteresse pela política. Esse cenário de marginalização da participação é gerador de uma inércia no cidadão, o qual não consegue identificar mecanismos de emancipação através da política.

Essa latência na cidadania proporciona um afastamento cada vez maior do cidadão dos centros decisórios, colocando-o como sujeito descomprometido e ainda acaba por remeter a parcela de responsabilidade do cidadão na condução do Estado ao seu representante. Nesse sentido, o representante é responsável, mas o cidadão, por outro lado, é incapaz de fiscalizá-lo e de controlar seus atos.

Para Campilongo (1997) a crise da representação clássica reflete um desequilíbrio entre as formas políticas e econômicas. De um lado, estaria a representação política, baseada em critérios formais, e de outro eclodem os movimentos transitórios desafiadores dessa estrutura, trazendo em seu bojo uma participação popular de maior consistência, baseando-a na identificação desses movimentos com a realidade econômica dos seus integrantes e, até mesmo, de toda a sociedade. As demandas sociais que não encontram espaço nos partidos políticos acabam por fundamentar as organizações sociais que se estruturam de forma a defendê-los, pacífica ou violentamente.

A exclusão dessas demandas marginais ocorre porque a representação, na maioria das vezes, analisa-as a partir de critérios meramente políticos de custo e benefício, importando apenas os que possam render ascensão política.

Daniel Delgado (1998) aponta seis causas possíveis da crise da representação clássica: (a) descumprimentos dos programas partidários; (b) corrupção política; (c) declínio de setores sociais; (d) complexidade nas demandas e nas técnicas; (e) crise dos discursos de legitimação e; (f) influência dos meios de comunicação.

Para outros autores, como Antônio Carlos Wolkmer (2001), a crise do modelo liberal de representação encerra duas perspectivas: a primeira, analisada através do ponto de vista interno e, outra, vista pelo ângulo externo. O primeiro se expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário. Já em relação ao segundo, destaca o autor, que a democracia representativa passa por uma crise estrutural de “características universais”.

Paul Hirst (1992, p. 26) aponta algumas contradições entre a doutrina democrática representativa e a prática governamental. O primeiro deles reside no fato de que a

legislação está a cargo de Parlamentos, mas as decisões políticas são de competência dos governos e não do povo. “Os eleitores escolhem algumas das pessoas envolvidas na tomada de decisão governamental, mas não podem escolher diretamente as decisões”. Nesse sentido, as eleições não constituem a “expressão da vontade do povo”, mas uma escolha dentre os candidatos e partidos políticos concorrentes em um processo eleitoral.

A segunda contradição repousa na situação de que cabe ao Legislativo criar leis abstratas e gerais e que não firam direitos individuais, cabendo ao Executivo e Judiciário apenas aplicá-las.

Por fim, o autor evidencia mais uma contradição: a impossibilidade existente de avaliação de um sistema representativo sem compará-lo a outro. A verificação do grau de representatividade de um país pode ser aferida somente a partir de comparações com outros países que adotem, da mesma forma, mecanismos políticos de representação. Todavia, os sistemas podem ser extremamente diferenciados, ocasionando dificuldades e até mesmo impossibilidades de comparação. Não há, conseqüentemente, como avaliar o grau de representatividade em um determinado Estado.

Note-se que a construção desse modelo clássico de Estado implica separação da sociedade civil e política através de uma barreira protetora das liberdades individuais. Com isso, os representantes seriam porta-vozes dos cidadãos junto ao Poder Público.

A criatividade, fomentadora de mudanças sociais, estaria a cargo exclusivamente da sociedade civil. Entretanto, ela não é composta por indivíduos com iguais condições econômicas e sociais de vida, mas ao contrário, é organizada de forma compartimentalizada em classes, incapacitada de gerar harmoniosamente o impulso das mudanças. Esse cenário transforma, em nome das liberdades individuais, a criatividade da sociedade civil em manutenção do *status quo* ou então em uma rede de revoltas (COMPARATO, 1989).

A crise da representatividade, para Boaventura (1998, p. 36), seria apenas umas das facetas de uma crise do contrato social e, portanto, do próprio Estado. Ela seria deflagrada a partir de uma fragmentação do regime geral de valores através de sua crescente e diversificada polarização conduzida por interesses sociais, econômicos, culturais e políticos. No tocante ao sistema comum de medidas, a linearidade e a homogeneidade cederam seus lugares para os conflitos e as turbulências existentes na sociedade atual. Há uma “situação de instabilidade sistêmica em que uma mudança mínima pode produzir de modo imprevisível e caótico, transformações qualitativas”, ou seja, fatos triviais ensejam uma resposta até mesmo fatal. Exemplifica, o autor, que se tornou corriqueiro que um mendigo que mata uma pessoa

por ela se recusar a lhe dar esmola. Essa “[...] turbulência das escalas destrói sequências e termos de comparação e, ao fazê-lo, reduz alternativas, e cria impotência ou promove a passividade”.

Nesse sentido, Boaventura (1998) propõe que as estruturas estatais sejam reformuladas a partir dos fatos ocorridos nesses últimos séculos e que influenciaram diretamente o modo-de-ser do Estado. Propõe que esses fatos não sejam negados, mas incorporados aos mecanismos de revisão e reestruturação da forma democrática contemporânea, a fim de que seja desenvolvida uma nova teoria democrática, a partir de novos pressupostos, dentre os quais, destaca, que na ampliação da participação popular encontra-se o grande desafio dessa nova ordem democrática.

A crise da democracia liberal deixou vago o espaço de cidadania, que primeiramente acabou sendo preenchido pelo Poder executivo. Este passou a legislar ordinariamente, auxiliando na deslegitimação do legislador. Paralelamente a esse fenômeno, o Poder Judiciário influenciado pela nova formatação do Direito, a qual começara a abandonar o positivismo jurídico clássico em favor de um pós-positivismo/neoconstitucionalismo³, que trouxe maior liberdade de condução do processo e de decisão do magistrado no tocante a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, das políticas públicas.

Essas mudanças, na concepção atual do Direito, não são exclusivas do judiciário brasileiro. Os países de adoção da *civil law*, arraigados aos mandamentos do positivismo jurídico libertaram-se de tais amarras sendo, possível, inclusive aferir que a judicialização da política é um fenômeno contemporâneo de tais democracias. Cansados da inércia e da baixa produtividade dos seus representantes em direcionar a sociedade a satisfação do seu bem-estar, a sociedade busca no Judiciário, através do exercício da jurisdição, a implementação de políticas públicas. E isso contribuiu significativamente para a alteração do conteúdo do direito fundamental de acesso à justiça.

3. A influência do neoconstitucionalismo e a sobreposição do Poder Judiciário⁴.

³ Para alguns autores, como Manuel Atienza, há distinção entre os conceitos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo. O exame desta concepção será vista nos itens posteriores

⁴ De acordo com Daniel Sarmiento (2010) não há uma corrente teórica que defina o neoconstitucionalismo. Os autores que se filiam a essa corrente buscaram em diversos autores com linhas heterogêneas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, os quais nunca se definiram como neoconstitucionalistas. Ainda segundo o autor indicado, é possível encontrar nos adeptos do neoconstitucionalismo uma “ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas”.

Aliado a esse cenário de crise da democracia liberal, surge um processo intenso de constitucionalização do Direito. Tal movimento aproximou a ciência jurídica com a ideia de Justiça, situação insustentável no marco do positivismo jurídico. Note-se que na ausência de um agente efetivador dos direitos fundamentais no Estado Liberal, o Poder Judiciário, com a ascensão do neopositivismo, passa a ocupar lugar de destaque.

A mera declaração de direitos, proposta pela ideologia liberal, como visto, tornou-se insuficiente. Além da positivação, desejava-se efetivação. O Estado teve que se aproximar da sociedade e, para tanto, baseou-se em “uma ordem normativa capaz de direcionar a própria ordem econômica e social em função da promoção da dignidade da pessoa humana.” (DUARTE, 2006, p. 21)

Agora, as normas que definem a estrutura, funcionamento e limites do novo Estado constitucional democrático de direito direcionam-se para uma nova concepção de hermenêutica constitucional, que vai além do critério hierárquico-formal, preocupando-se primordialmente com o conteúdo das normas (vinculados a concepção de Justiça) capazes de desenvolver uma justificação sistemática e ponderada da estrutura constitucional.

Essa preocupação se alarga para a ideia de normatividade constitucional, que abandona a noção de princípio como valor meramente direcional nos critérios de interpretação normativa, garantindo a estes uma aplicabilidade e efetividade social obrigatórias. Neste sentido, destaca-se a maleabilidade hermenêutica dos princípios, garantidores dos anseios dos diversos valores que passaram a coexistir com a complexidade das relações sociais. Trata-se, segundo Écio Duarte (2006, p. 19), da passagem da “filosofia da consciência” (concepção positivista do Direito) para a “filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva da normatividade”

A elaboração neoconstitucionalista encontra-se ligada as democracias constitucionais, marcadas por Constituições longas e densas, que contém além de regras de organização dos poderes um catálogo de direitos fundamentais, consolidando, ao menos teoricamente, um sistema político justo e respeitoso aos direitos fundamentais. Tais constituições marcaram o período pós-guerra e, no Brasil, a Constituição de 1988 favoreceu a atuação mais incisiva do Poder Judiciário.

A inserção do Poder Judiciário nesse contexto, examinado o caso brasileiro, deu-se pela ampliação considerável na Constituição de 1988 do catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos. Este rol de direitos, por sua vez, é caracterizado pela rigidez e sobreposição constitucional em relação as demais normas, almejando a efetivação concreta desses valores e sustentando todo o sistema jurídico.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo, conforme Comanducci (2005), apresenta-se também como uma ideologia e como uma teoria concorrente com a positivista. Aspira, assim, descrever os êxitos do processo de constitucionalização e processar grandes modificações dos sistemas jurídicos contemporâneos. Neste sentido, como teoria, o neoconstitucionalismo, ajustado a uma Constituição invasora, à positivação de um catálogo de direitos fundamentais, a normatividade constitucional, tanto em princípios, quanto em regras, assim como a peculiaridades interpretativas tanto das normas constitucionais, quanto das leis em relação as normas constitucionais, representa uma alternativa ao estatalismo, ao legicentrismo e ao formalismo interpretativo do marco positivista. Ainda segundo Comanducci (2005), um dos traços distintivos do neoconstitucionalismo teórico está a tese segundo a qual a interpretação constitucional apresenta algumas características peculiares em relação à interpretação das leis.

Adotando, por hipótese o modelo axiológico, o neoconstitucionalismo não se apresentaria como uma teoria do Direito, mas sim como uma ideologia, distinguindo-se do constitucionalismo por colocar em um segundo plano uma preocupação central do segundo – a limitação do poder do Estado fornecendo lugar na centralidade do sistema a garantia dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo ideológico não se limita a se estabelecer sobre as conquistas do processo de constitucionalização dos Estados modernos, mas sim no seu aperfeiçoamento e ampliação, com o vetor da tutela dos direitos fundamentais. (COMANDUCCI, 2005)

Alfonso García Figueroa (2005), por sua vez, destaca quatro características definidoras do neoconstitucionalismo: (a) *pragmatismo* –o Direito incorpora um caráter prático, adicionando-se à dimensão política, (b) *ecletismo* –utilização de metodologias que se interconectam na interpretação do Direito;(c) *principialismo* - distinção inclusão dos princípios na categoria de normas e sua diferenciação das regras e; (d) *estatalismo garantista*: que pode ser assim entendido:

[...] consiste esta propriedade no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais. O Estado se configura como a instância comum à realização dos direitos humanos e como unidade institucional para a garantia da paz e justiça social. Esta propriedade é distinta em relação às concepções do jusnaturalismo e do positivismo jurídico justamente porque sua perspectiva está vinculada a uma pretensão garantista, é dizer: agora, o que cobra maior importância é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. (FIGUEROA, 2005, p.67)

Écio Oto Duarte (2006, p. 67) acrescenta outra característica: o “judicialismo ético”. Em suas palavras:

[...] o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral. Neste caso, o desenvolvimento de critérios de controle de racionalidade substantiva ou material do elemento normativo poderia representar um momento de manifestação dessa propriedade.

Esta última característica destaca a importância do papel do Judiciário na forma configuração do Direito. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais, pelo interesse público e pelo bem-estar da sociedade encontra-se, atualmente, ligada a atividade jurisdicional. Com isso, não se deseja, minimizar a importância dos movimentos sociais ou dos Poderes legislativo e executivo, mas relatar a alteração de paradigma na construção e efetivação de direitos via tutela jurisdicional, trazida pelo desencantamento com o Estado Liberal e com as novas formas de interpretação do Direito.

Alie-se a isto, a alteração paradigmática, na percepção do acesso a justiça, que como princípio fundamental, recebe alta carga de normatividade e aplicabilidade. O magistrado ao examinar cada caso, aplicando a nova concepção de princípio constitucional, incorporada pelo neoconstitucionalismo deve primar, em cada ato do processo, por um alargamento do acesso a justiça de maneira substancial.

Essa mudança de interpretação, por sua vez, reflete diretamente em uma tendência contemporânea do Poder Judiciário nos países adeptos do sistema da *civil law*. Abandona-se a ideia de neutralidade (pregada pelo positivismo jurídico), assim como, a não interferência do Estado na vida privada (típica do Estado liberal) para uma intromissão comprometida e responsável, via Poder Judiciário, da implementação das políticas públicas, dentre as quais, destaca-se aqui o acesso a justiça. Tal fenômeno recebe a denominação de judicialização da política.

4. A judicialização da política e a crescente atuação do Poder Judiciário

Adota-se, neste estudo, a expressão judicialização da política para designar o fenômeno contemporâneo que tem se desenvolvido nos países adeptos do sistema da *civil law* (nos quais até então os magistrados ocupavam um lugar neutro, descomprometido com a política e com a sociedade) cujo papel do Poder Judiciário ganha destaque na resolução de

questões políticas e sociais que antes eram adstritas a instâncias eminentemente políticas como o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Se por um lado, como destaca Vianna (1999, p. 20), a primazia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo seria característica do Estado social, posto que faz do Direito um “dos seus principais recursos de comunicação, [...]”, por outro lado, com o processo de constitucionalização do Direito, o Poder Judiciário se torna a figura central entre os Poderes. Continua o autor afirmando que a indeterminação do direito repercutiu nas relações entre os Poderes, uma vez que as normas (criadas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo) acabam por exigir um delineamento maior através do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil.

Desta forma, passou o Poder Judiciário a uma destacada atividade: controlar a agenda igualitária e exercer a jurisdição. O Judiciário, como indica Vianna (1999), desponta com a alternativa para solução de conflitos coletivos, para a agregação social e para o incremento da cidadania. Segundo Vianna (1999), com a consequente ampliação dos direitos pela atuação dos magistrados, pode-se retomar as discussões sobre sombrias previsões de que o incremento da igualdade (pelo força positiva da ampliação e proteção fornecidas pelo Direito) poderia levar a um esvaziamento da liberdade, na medida que a cidadania se desestimularia na sua práxis reivindicatória.

Nesta linha, desenvolveram as teses procedimentalistas, buscando sustentar a interpretação de que se deve conduzir a uma cidadania ativa acompanhada de uma igualdade virtuosa, através do aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, zelados pelo Direito. Isto se processaria pela abertura, a todos, da possibilidade de intervenção na formação da vontade da maioria.

Vianna (1999, p. 25), expondo sobre a visão procedimentalista, afirma:

Tal processo não seria conjuntural nem de base local, mas universal e inteiramente articulado à própria dinâmica das sociedades democráticas, [...]. A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *WelfareState*, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as funções de solidarização social.

Assim, de acordo com o eixo procedimentalista a participação de uma livre e ativa cidadania é o eixo fundamental para a criação e alteração do Direito, fazendo com que a democracia, aqui pensada a democracia liberal tratada no primeiro tópico, não seria

compatível com a judicialização da política, diante da adoção do sistema de tripartição dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Assim a competência legislativa, que passa a ser exercida pelo Judiciário no fenômeno da judicialização, não teria suporte lógico-racional dentro dos processos democráticos comunicativos.

Neste sentido, explica Fabiano Hartmann Peixoto (2010), que a cidadania ativa atuaria por meio de práticas comunicativas de autodeterminação na interpretação do texto constitucional, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer elementos de proteção do processo de criação democrática do Direito. E citando Werneck Vianna, esclarece, a manifestação da vontade dependeria de uma articulação entre a democracia deliberativa e a representativa.

Em outra vertente, encontra-se o eixo substancialista. Aqui as relações entre Direito e Política, analisadas sob o enfoque do processamento e julgamento das demandas são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade, sem a diminuição da liberdade (PEIXOTO, 2010). O Judiciário é parte contribuinte na incorporação de anseios sociais e políticos que estão sendo desrespeitados pela maioria, impingindo uma soberania da maioria, marginalizando direitos e liberdades das minorias.

Constata Ronald Dworkin (2008), um dos representantes desta linha, que o mecanismo de solução das demandas levadas ao Poder Judiciário se daria, primeiramente, através da “teia incontestes” e, posteriormente, pelo “romance em cadeia”. Assim, a atividade qualitativa do Juiz ganha destaque traduzindo o Direito como Integridade (o direito está associado à prática social e, possuindo coerência e consistência, atinge-se a integridade). Busca, desta forma, proliferar a concepção interpretativa construtiva do Direito.

Segundo a análise de Vianna (1999), para o eixo procedimentalista, o Poder Judiciário teria um papel “ofensivo” - a partir de uma visão habermasiana deste fenômeno – no sentido de que a jurisprudência constitucional garante a “autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano”. Todavia, a atuação do Judiciário mostra-se, a partir de uma análise empírica, mais direta e incisiva na construção do Direito na garantia de direitos.

Todavia, como bem destaca Vianna (1999), procedimentalistas e substancialistas, concordam em um ponto: no reconhecimento, face a ampliação das funções da Justiça, da Judicialização da Política como um fenômeno nas democracias contemporâneas. É nesse contexto democrático que se pode observar a relevância do processo jurisdicional para a efetivação dos direitos fundamentais. Não há como separar o fenômeno da

judicialização da política da efetivação dos direitos fundamentais, cerne da democracia contemporânea.

Todavia, como bem destaca Hartmann Peixoto (2010, p. 68), seria inimaginável que tal cenário “não justificasse tensões ou excessos, até mesmo porque no pano de fundo desse processo estão presentes todos os fenômenos da modernidade complexa e pluralista”.

Vianna, também destaca que a democracia representativa, nesse caso, (1999) sempre ligada a ideia de maioria, encontra-se ligada a governos de tirania da maioria e é, justamente, nesse ponto, que o Judiciário está atuando mais decisivamente: na omissão do Legislativo e do excessivo ativismo legiferante do Executivo.

5. A nova hermenêutica do conceito de acesso à justiça frente ao cenário construído contemporaneamente.

Princípio, incorporado pelo texto constitucional de 1988⁵ como direito fundamental, o acesso à justiça foi e ainda é tema de grandes discussões. De uma análise meramente formal, com o advento da corrente neoconstitucionalista e de uma maior participação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser examinado com ênfase em seu conteúdo, aproximando-o do conceito de Justiça.

Como demonstrado anteriormente, a corrente neoconstitucionalista exerce grande influência no direito brasileiro contemporâneo. Em se tratando de direito processual, os poderes conferidos ao Magistrado para resolver a lide baseando-se em critérios de justiça emanados dos princípios constitucionais aumentaram sua atuação inovadora nas fontes do Direito.

A adoção do neoconstitucionalismo pelos processualistas é destaque em praticamente todas as obras de teoria do processo, chegando ao ponto, de processualistas gaúchos denominarem este movimento de neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, incorporando à importância do direito constitucional ideais como a ética e boa-fé processual.⁶

O princípio do acesso à justiça, revela-se, *a priori*, como o direito de qualquer pessoa buscar a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a uma pretensão seja individual, coletiva ou difusa. Nesse sentido, seu primeiro destinatário, como

⁵ Art. 5o, XXXV: “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁶Para aprofundar esse tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora dos Tribunais.

bem lembra Nelson Nery Junior (2008), é o legislador. Impossível a criação de normas infraconstitucionais que impeçam o jurisdicionado de acionar o Judiciário.

Todavia, embora o Legislativo seja o primeiro destinatário, ele não é o único. Tanto o Executivo quanto o próprio Judiciário estão impedidos de excluir lesão ou ameaça do crivo da análise judicante. Assim, a interpretação que se faz aqui é extensiva e sistemática. Com a redemocratização do país e a recuperação das garantias dos Magistrados, que se encontram libertos de perseguições, estes passaram a atuar livremente, estando presos somente a fundamentação e constitucionalidade dos seus atos. Essa independência política trouxe maior participação do Magistrado na construção do Estado e do Direito.

Caberá aos três poderes instituírem regras para o exercício deste direito. Embora, grande parte dos discursos interpretativos sobre o acesso a justiça resume-se a gratuidade da prestação jurisdicional ou a exigibilidade de advogado, tais elementos não são os únicos. Ademais, ressalta-se que a restrição da gratuidade também não é capaz, de por si só, ferir este direito.

Tal situação já foi destacada por Cappellletti e Garth (2008) a partir da evolução histórica do conceito do princípio, aqui tratado, passando pela crise do modelo liberal. Preconizaram pela análise dos entraves a efetivação deste princípio e com a propositura de possíveis soluções ao problema apresentado.

Ao tratar do tema aqui proposto, a praxe da análise abrange critérios formais do processo como: tempo, custas, exigibilidade de advogado, formalidade processual, existência ou não de recursos, coisa julgada etc. A partir dos estudos de Dinamarco buscou-se, no Brasil, uma aproximação do processo ao seu sentido de efetivação de direitos, através da interpretação do conceito de instrumentalização. O processo deveria ser usado como instrumento de efetivação dos direitos materiais e, sobretudo, dos direitos fundamentais. Isso se daria através de uma tutela jurídica adequada e de uma “ordem jurídica justa”, nas palavras de Kazuo Watanabe.

Tais reflexões são de extrema importância para o direito processual, contudo, não se pode colocar em segundo plano a atuação do Magistrado. Analisar somente o aspecto procedimental torna o conceito de acesso a justiça restrito e lança a responsabilidade pela melhoria no desempenho da função a atuação do legislador (criando normas alteradoras da instauração e trâmite processual) e ao Executivo, excluindo o Poder Judiciário de uma atuação mais positiva.

Note-se que, a teoria neoconstitucionalista fornece elementos para alteração deste cenário, fazendo com que o Magistrado atue positivamente garantindo a efetividade a

este princípio. Isso porque, conforme já demonstrado, o neoconstitucionalismo trouxe ao campo do Direito uma alteração paradigmática na atuação do Poder Judiciário. De uma função meramente declaratória, na qual o objetivo era simplesmente responder as questões formuladas pelas partes, ou seja, aplicar o Direito ao caso concreto de maneira imparcial, sem qualquer pretensão de atuação positiva, o Poder Judiciário se transformou, permeado pelo neoconstitucionalismo, em agente efetivador dos direitos fundamentais.

O Magistrado conta agora com outros critérios para a interpretação dos casos concretos. Ponderar valores e sopesar a importância de políticas públicas em prol de toda a sociedade constituem mais um elemento na aplicação do Direito. Este também não se encontra mais restrito a legislação. A utilização de precedentes judiciais como critério interpretativo tornou-se um marco no início deste século.

Assim como a consequente normatização do Direito (através da adoção da eficácia normativa dos princípios e da utilização da ponderação no tocante aos direitos fundamentais) insere o Judiciário como órgão primordial na efetivação desse princípio, daí a necessidade de olhar a atuação do Magistrado, a partir de outras perspectivas. Caberá, dessa forma, ao juiz delimitar o conteúdo deste princípio, observando a pluralidade de valores existentes na sociedade e os ditames constitucionais construindo uma nova perspectiva de acesso a justiça.

Assim, por mais que, desde 1973, o Código de Processo Civil, já previsse que o juiz não pode se eximir do seu dever de julgar alegando lacuna ou obscuridade na lei, a partir da Constituição de 1988 ele passa a ter autoridade constitucional para fazê-lo. Assim, quando o texto constitucional se refere a lesão ou a ameaça a direito, não se refere exclusivamente ao direito estatal, positivado, mas a diversa gama de valores sociais que pugnam por efetividade. Há criação e efetivação de direitos na atividade jurisdicional. Assim, é possível aferir que o Judiciário está implementando políticas públicas em qualquer decisão que reafirme esse seu novo papel. Isso, porque o acesso a justiça constitui além de um direito e garantia fundamental, um elemento concretizador do programa nacional de políticas públicas.

Todavia, o aumento de poder jurisdicional, como bem lembra Marinoni (2011), faz com que se crie um maior controle da fundamentação dos Magistrados, buscando uma “adequada justificação de suas escolhas”.

Cappelletti (1999)⁷ discutiu a neutralidade e a criatividade dos Magistrados quando do exercício da função jurisdicional. Acabou por entender que o grau de criatividade

⁷Cappelletti pode ser visto como adepto da teoria substancialista de judicialização.

do juiz não implicará quebra da imparcialidade. Esta deve ocorrer em relação as partes e a concretização da independência do magistrado no caso, mas não na forma de julgar. O juiz poderá criar direito, mantendo-se imparcial. Registre-se ainda, nesse sentido, Friedrich Muller (2005) que afirma que a norma jurídica é somente o ponto de partida para a resolução do conflito.

O princípio do acesso à justiça deve ser encarado pelos operadores do Direito, a partir de uma visão neoconstitucionalista, como ponto de partida para análise do Judiciário em questões que estão impregnadas de valores sociais pluralistas. Assim uma maior abertura do Poder Judiciário as demandas sociais é necessária e possibilitará uma aproximação do Poder Judiciário com a Justiça.

Neste sentido, pode o juiz invocando o princípio descrito no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 poderá ampliar as formas de recepção dessas demandas, desde que feitas justificadamente e controladamente através do conteúdo constitucional das normas. A instrumentalidade do processo é uma das ferramentas para que o juiz possa receber as demandas, determinar a resolução de eventuais vícios sanáveis e já, de plano, quando possível determinar atos que efetivem a tutela jurisdicional.

Todavia, muitos são os entraves a esta ampliação da admissão de demandas. O Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal realizaram uma pesquisa empírica sobre demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil em parceria com a PUC-RS⁸. Nesta, diagnosticou-se que o alto acesso que a justiça brasileira possui atualmente⁹ ocorre pelos baixos custos de acesso e baixo risco combinado com altas perspectivas de ganhos (mesmo que indiretamente, pela morosidade) e o uso instrumental do Judiciário para inadimplemento de obrigações. A pesquisa propõe como soluções para tais problemas; (a) adoção de súmulas vinculantes nos Tribunais Superiores, (b) criação de mais varas especializadas, (c) maior filtro inicial nos processos – o juiz deve arquivar ações que não preencham os requisitos mínimos já no início do processo e não só após a instrução probatória, (d) maior agilidade dos Tribunais quanto as questões repetitivas, (e) profissionalização das carreiras dos auxiliares e a criação de manuais de boas práticas, e, (f) rever o benefício da assistência judiciária gratuita, clarificando e homogeneizando o conceito de pobre dentre outros.

⁸ Ver: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf

⁹ Segundo o CNJ há em trâmite, hoje, no Judiciário brasileiro 70 milhões de demandas. Para maior aprofundamento ver: www.cnj.jus.br

A interpretação do acesso à justiça deve levar em consideração todos estes aspectos alterando significativamente a atuação dos magistrados. Não basta conceder assistência judiciária gratuita, o Magistrado deve observar se realmente a pessoa preenche condições reais de tal benefício, pois caso contrário está ferindo o ideal de justiça.

Um dos instrumentos uteis aos Magistrados no controle das demandas proletárias é a utilização da litigância de má-fé. A aplicação de multas aos advogados e jurisdicionados que usem o Poder Judiciário como um elemento de sorte ou de manutenção de seu inadimplemento reverteria drasticamente o excesso de demandas. Na citada pesquisa, em entrevistas aos jurisdicionados comprovou-se que na maioria dos casos o jurisdicionado busca através de uma maximização dos resultados e de uma análise custo-benefício a utilização da função jurisdicional. Todavia, o uso exacerbado do judiciário em demandas sem qualquer apelo jurídico válido gera um excesso de trabalho e minimiza o acesso a justiça, pois gera demandas longas e distantes da realidade.

Os atos processuais, por sua vez, devem ser realizados buscando uma maior efetivação dos direitos. Nesse viés, o Magistrado teria maior discricionariedade para avaliar a relevância de determinados atos para o deslinde da demanda, estando autorizado pelo princípio do acesso a justiça a estabelecer a prática de uns em detrimento de outros. Trata-se de uma aplicação do dispositivo em todo o trâmite processual e não apenas nos atos marcadamente decisórios.

Por fim, cabe ao Magistrado, no momento da decisão, buscar no conteúdo das normas constitucionais e na pluralidade de valores sociais um critério jurídico justo que resolva a demanda. Uma das formas de se ampliar o acesso aos direitos fundamentais é utilizar-se da análise jurídica da política econômica (AJPE). No entender de Castro (2009) o jurista deve utilizar os seguintes critérios para proporcionar um aumento na fruição dos direitos fundamentais: (a) Identificação de política pública ou econômica (ou componente de política pública ou econômica) sujeita a controvérsias, (b) especificação de direito fundamental correlate, (c) decomposição analítica do(s) direito(s); (d) quantificação de direitos analiticamente decompostos; (e) elaboração de índice de fruição empírica (IFE); (f) escolha ou elaboração de “padrão de validação jurídica” (PVJ); (g) Avaliação de resultados em termos de verificação da efetividade ou falhas ou ausência de efetividade; (h) na hipótese de falha ou ausência de efetividade, elaboração de recomendação de reformas.

Tal concepção demanda uma maior aproximação do jurista com questões práticas e fornece uma maior autonomia aos magistrados no processamento e julgamento das causas, aproximando-o do ideal de justiça.

Não se pode, sob o argumento de que os Magistrados não possuem legitimidade popular, vedar a participação dos mesmos na construção do Direito. O princípio do acesso à justiça, constitucionalizado pelo constituinte originário fornece a legitimação necessária para que o magistrado atue com bom senso, dentro de critérios de razoabilidade e justiça, efetivando os demais direitos fundamentais.

A democracia contemporânea exige do jurista um atuar com o fim de propiciar o acesso a justiça. Para que este, por sua vez, seja alcançado devem ser utilizados todos os elementos que conduzam a uma decisão justa, ética e racional. Há, todavia, que se analisar a extensão do conteúdo do acesso à justiça, em relação a busca incessante do Poder Judiciário em construir justiça com suas decisões, fator que vem acontecendo na implementação de políticas públicas pelos juízes. Não estaria o processo e o acesso à justiça sendo usado como forma de interferência de uma das funções estatais nas demais?

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou por diversas vezes no sentido de que não cabe ao Judiciário a total implementação de atos que gerem a iniciativa de construção de políticas públicas, ou seja, sua criação, avaliação e execução. Todavia, nos casos em que a necessidade de atuação do Estado é dada pela Constituição e existindo omissão do Estado, pode o Judiciário determinar que aquele cumpra com sua função constitucional.

No caso julgado recentemente pela 2ª Turma do STF sobre a necessidade de oferta de vagas escolares para crianças de até 5 anos, a manifestação foi no seguinte sentido:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos poderes Executivo e Legislativo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com sua omissão, a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional.¹⁰

Entende-se que a posição adotada nos dois julgados aqui trazidos contempla duas facetas desta questão: a primeira na efetivação dos direitos pelo Judiciário, ampliando o Cânone de interpretação do princípio do acesso a justiça, e a segunda no tocante a interferência de uma das funções estatais nas demais.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337**. Ementa: Criança até cinco anos de idade – Atendimento em creche e pré-escola- Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidade de ensino infantil [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 23/08/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072>. Acesso em: 02/11/2011

Nesse sentido, a posição do Ministro Celso de Mello é abissalmente reveladora: o Judiciário é o único órgão que reconhecidamente protege as minorias e aqueles que tiveram seus direitos negados pelo Poder Público. Não pode o Judiciário se eximir desta função. Da mesma forma, não há qualquer forma de ingerência ou interferência nos outros dois poderes. O princípio da separação dos poderes deve ser analisado sob o viés do *check and balance*, ou seja, um Poder deve atuar como controlador do outro com um só objetivo: a melhoria na fruição empírica dos direitos fundamentais.

6 Conclusão.

O neoconstitucionalismo trouxe ao campo do Direito uma alteração paradigmática na atuação do Poder Judiciário. De uma função meramente declaratória, na qual o objetivo era simplesmente responder as questões formuladas pelas partes, ou seja, aplicar o Direito ao caso concreto de maneira imparcial, como ensinou Giuseppe Chiovenda, sem qualquer pretensão de atuação positiva, o Poder Judiciário se transformou em agente efetivador dos direitos fundamentais. Desta forma, na omissão de políticas públicas, passa a atuar de maneira incisiva, concretizando direitos aos cidadãos e obrigando o Estado a cumprir seus deveres constitucionais.

A consequente normatização do Direito e a atribuição de eficácia aos princípios constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais, não é um movimento recente. Todavia, os reflexos desse fenômeno ainda instigam pesquisadores na área jurídica e social.

Se com essa nova visão do Direito, o Poder Judiciário passa a ser o centro das funções estatais garantindo a atuação do Poder Público na efetivação dos direitos da minoria, pouco se procurou avaliar a ampliação ou não do acesso à justiça.

Assim, o exame doutrinário avalia o processo desencadeado pela crise do Estado Liberal e da judicialização da política, verificando e procurando identificar os limites de atuação do Magistrado. Dividem-se aqui, as correntes doutrinárias identificando os aspectos positivos e negativos desse novo paradigma. Afirmam que a atuação incisiva dos Magistrados poderia conduzir a um esvaziamento da liberdade, na medida que a cidadania se desestimularia na sua práxis reivindicatória, limitando a participação popular na gerência da coisa pública a propositura de ações.

Todavia, outra corrente sustenta a criação jurisprudencial como processo inevitável e favorável a igualdade, sem desestímulo a diminuição da liberdade, já que impulsiona o agente

social a buscar a resolução do conflito. É possível concluir que o Poder Judiciário torna-se, nas duas vertentes, uma realidade para a solução de conflitos coletivos, para a agregação social e para o incremento da cidadania.

Tais correntes comprovam os estudos realizados sobre a interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, notadamente quando se tratam de direitos fundamentais. Ressalte-se que o acesso à justiça é um princípio constitucional, mas também constitui política pública, portanto, merece total atenção nesse novo paradigma.

Como o Poder Judiciário somente é capaz de atuar a partir da provocação da parte interessada, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e sua decisão é fruto do desenrolar de um processo jurisdicional, é possível aferir a ampliação do acesso à justiça, prioritariamente levando-se em conta a realização de justiça, marco indissociável do neoconstitucionalismo.

Assim, a alteração de concepção do Direito, de um paradigma positivista para um paradigma pós-positivista influencia também a natureza das pesquisas. Eficácia e efetividade passam a constituir objeto de pesquisas jurídicas, que anteriormente se restringiam a uma outra abordagem teórica dos institutos. A inserção de novas técnicas de interpretação na aplicação do Direito auxilia na verificação de um outro lado do fenômeno jurídico: a sua aplicabilidade nas relações sociais e suas consequências para o modelo de Estado.

A judicialização da política ganhou destaque com as teorias da argumentação contemporâneas que verificam através de critérios e elementos diferenciados conforme o autor a racionalidade das decisões judiciais e sua interferência no âmbito político do Estado.

O neoconstitucionalismo agregou também elementos importantes ao ponto de ser possível afirmar que, contemporaneamente, o magistrado possui legitimidade para atuar, quando chamado, procurando efetivar critérios de justiça. Não se pode mais restringir o acesso à justiça a aspectos meramente formais e processuais, o conteúdo das manifestações do Judiciário devem trazer consigo elementos caracterizadores da aplicabilidade dos valores constitucionais consagrados.

Referências bibliográficas

CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **O diálogo Democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. . In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica**: os dilemas da democracia liberal. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista do Banco Central**. v. 3 – n. 1 – jun. 2009, p. 17- 70.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: José Arthur Giannotti et al. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM, 1985.

DELGADO, Daniel García. **Estado-nación y globalización**. Buenos Aires: Ariel, 1998.

DUARTE, Écio O. R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FIGUEROA, ALFONSO G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em:<http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=63> Acesso em: 03 abr. 2011

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Judicialização do Direito**: a possibilidade de avaliar racionalmente uma decisão judicial de controle concreto de constitucionalidade abstrativizada. 2010. 131p. Dissertação (Mestrado em Direito), Univali, Itajaí, 2010.

PUC/RS. Relatório final ajustado: Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. **CNJ**. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas_judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf> Acesso em: 03.abril. 2011.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1998.

TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira, 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Do Paradigma Político da Representação à Democracia Participativa. **Revista Sequência**, n. 42, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 87, jul/2001.