ACESSO À JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

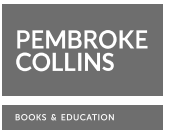
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO,
ALEXANDRE DE CASTRO CATHARINA, ARIANE TREVISAN FIORI,
MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA, RAFAEL MARIO IORIO FILHO,
UBIRAJARA DA FONSECA NETO

ACESSO À JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | **Adriano Moura da Fonseca Pinto, Alexandre de Castro Catharina, Ariane Trevisan Fiori, Marcelo Pereira de Almeida, Rafael Mario Iorio Filho, Ubirajara da Fonseca Neto (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

A174

Acesso à justiça e instituições jurídicas / Adriano Moura da Fonseca Pinto, Alexandre de Castro Catharina, Ariane Trevisan Fiori, Marcelo Pereira de Almeida, Rafael Mario Iorio Filho e Ubirajara da Fonseca Neto (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

300 p.

ISBN 978-65-89891-20-8

1. Justiça. 2. Direito. 3. Instituições Jurídicas. I. Pinto, Adriano Moura da Fonseca (org.). II. Catharina, Alexandre de Castro (org.). III. Fiori, Ariane Trevisan (org.). IV. Almeida, Marcelo Pereira de (org.). V. Iorio Filho, Rafael Mario (org.). VI. Fonseca Neto, Ubirajara da (org.).

CDD 340

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS **13**

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO ATIVISMO JUDICIAL 15
Daniela Maria Altieri Pereira

ACCESO A LA JUSTICIA: UN REQUISITO PREVIO PARA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA – UN PARALELO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA 34
Rafael Haruo Rodrigues de Aguiar

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS 48
Sávia Midiã Florindo Pereira de Brito

A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA 68
Maira de Souza Almeida

REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO E O REDIMENSIONAMENTO DA TEORIA DA DECISÃO 80
Daniella Gomes Reis Peixoto
Marcelo Pereira de Almeida

ACESSO À JUSTIÇA, JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A COVID-19: UM PANORAMA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS 96
Ana Carolina Almeida de Souza

A REPRESENTATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMUNIDADE QUILOMBOLA-KALUNGA RIACHÃO: UM RELATO 107
Fátima Gonçalves Messias Takahashi

ANÁLISE DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV E DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA..... 124
Isabela Ramalho de Souza
Marina Silveira

A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: PRELÚDIO DO CÁRCERE?..... 142
Larissa Maria Reis Barbosa

COVID-19 E ACESSO À JUSTIÇA: IMPACTOS NA CONCILIAÇÃO E NO RESGATE DOS DÉBITOS FISCAIS..... 158
Silvana Maria Parfieniuk
Vinicius Pinheiro Marques

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS..... 170
Lucio Picanço Facci

PARÂMETROS HISTÓRICOS E ATUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS EM CONTRAPONTO COM FATORES SOCIOECONÔMICOS..... 187
Shirley Felix de Oliveira

O INSTITUTO DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO MECANISMO DO PLENO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVA SOLUÇÃO DE CONFLITO E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REINVENÇÃO DAS ENTIDADES SINDICAIS COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA 205
Ednaldo de Freitas Maia

A MUTAÇÃO DA FIGURA DO NOTÁRIO E A DESJUDICIALIZAÇÃO – UMA PERSPECTIVA BRASIL – PORTUGAL..... 217
Weider Silva Pinheiro

OS PRECEDENTES COMO MECANISMO DE CELERIDADE PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA..... 241
Francisco de Assis Pessanha Filho

RESUMOS **259**

LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A (IN)EFETIVIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO A PARTIR DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AJUIZADAS EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE URBANA 261
Eduardo Faria Fernandes

A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL 267
Rafaela Garcia Ramos
Luiz Nunes Pegoraro

DIÁLOGOS BRASIL E MÉXICO: POR UMA LEGITIMAÇÃO AMPLA NAS AÇÕES COLETIVAS CONFORME O CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA 273
Lilia Nunes Silva

A TECNOLOGIA COMO MEDIDA DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO EM TEMPOS PANDÊMICOS 279
Mariana Gonçalves da Silva

AUDIÊNCIAS VIRTUAIS EM TEMPO DE PANDEMIA: ACESSO À JUSTIÇA OU EXCLUSÃO SOCIAL? 285
Pablo Martins Bernardi Coelho

EVOLUÇÃO DAS SOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONTROVÉRSIAS 291
Adriana Costa Amaral
Renata Balthazar Pereira Alves

A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE INFLUENCIAR DIRETAMENTE NA EFICÁCIA DESTE PRINCÍPIO NOS ÓRGÃOS DO SISTEMA JUDICIÁRIO 295
Isabel Souza de Carvalho

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é uma iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e a interação entre os participantes, através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o Direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações.
- Democratização da divulgação e produção científica.
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão *e-book* aos participantes.
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição.
- Interação efetiva entre os participantes, através de ferramentas via internet.
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no *site* para os participantes.
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do Direito em níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado "A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato".**

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins, e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO ATIVISMO JUDICIAL

Daniela Maria Altieri Pereira[1]

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno evidente na realidade brasileira, notadamente após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), que deve ser amplamente discutido, não apenas para identificar suas razões, mas, principalmente, para reconhecer seus limites.

Trata-se da situação em que o Poder Judiciário exerce uma participação ampla e intensa na concretização de direitos constitucionais, interferindo, inclusive, na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa postura ativista se dá mediante a interpretação da Constituição, modificando ou expandindo o sentido e alcance das leis, quando verificada, por exemplo, a omissão Executiva ou Legislativa, e o consequente não atendimento a demandas sociais.

Nesse cenário, tem-se as audiências públicas, importante instrumento técnico-processual que objetiva esclarecer questões ou circunstâncias

1 Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Graduada em Direito pela PUC-MG. Merecedora da Medalha de Ouro Prof. Mello Cançado (destaque acadêmico da graduação, turma de 2018.2).

de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, quando o assunto transpassar os limites da esfera jurídica, necessitando o conhecimento técnico e científico de autoridades e especialistas. Indo além, nota-se que a audiência pública, ao permitir a participação social na construção da decisão, tem o condão de lhe conferir legitimidade.

No entanto, embora seja uma possível solução à questão do ativismo judicial, persistem as críticas quanto à legitimidade dos pronunciamentos da Suprema Corte, na medida em que as audiências públicas sejam encaradas como mero instrumento formal de participação. Desse modo, a participação propiciada pela audiência não seria um instrumento de legitimidade, mas de legitimação, isto é, busca-se conferir legitimidade a um ato, visando sua aceitação pela sociedade por se estar atendendo a formalidades previstas em lei.

A proposta deste artigo é, destarte, analisar a efetividade da participação social oportunizada pela audiência pública, atuando como instrumento que confere legitimidade às decisões proferidas pelo STF no contexto do ativismo judicial.

A par das considerações feitas, justifica-se a importância da discussão acerca da efetiva participação da sociedade por meio das audiências públicas. Em um cenário em que o Judiciário tem atuado, não raras vezes, como legislador positivo, ferindo o procedimento legislativo, que é base de uma democracia, mostra-se urgente e necessário analisar suas causas, consequências e, principalmente, limites. Com efeito, é fundamental estudar a importância da audiência pública que possibilita a participação social no controle concentrado de constitucionalidade e, além disso, verificar, na prática, como se dá efetivamente essa participação. Trata-se, portanto, de um tema fundamental para o fortalecimento da democracia brasileira e do Estado Democrático de Direito.

1. O ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E CONCEITO DO TERMO

Em que pese ser um tema de recorrentes análises doutrinárias e trabalhos acadêmicos, há controvérsias quanto à origem do termo "ativismo judicial". O ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 7) afirma que a expressão tem sua origem na decisão proferida em ação que tratava so-

bre segregação racial proferida pela Suprema Corte norte-americana. No entanto, entre outros estudiosos do assunto, como Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2), predomina a tese de que o termo foi criado pelo jornalista norte-americano Arthur Meier Schlesinger Jr., no fim da década de 1940.

No artigo intitulado "The Supreme Court: 1947", o referido jornalista empregou, pela primeira vez, a expressão "ativismo jurídico", ao se referir à postura dos magistrados da cúpula do Poder Judiciário norte-americano, que "diante de um comportamento de jurisdição defensiva (*judicial restraint*), oriunda de um pensamento eminentemente positivista, se esquivavam de enfrentar casos relevantes e essenciais à sociedade" (MADEIRA; AMORIM, 2013, p. 3) .

Destarte, nota-se que a expressão empregada pelo jornalista não possui o mesmo significado encontrado hodiernamente.

Na perspectiva de Ronald Dworkin (2007, p. 231), os direitos fundamentais devem ser tratados como prioridade em uma democracia liberal, calcada na igualdade. Dessa feita, tem-se a possibilidade de haver leis injustas embasadas na vontade da maioria dos cidadãos "que, *in casu*, terminam por sofrer irreparáveis lesões às suas próprias garantias constitucionais" (VITÓRIO, 2011, p. 77). Diante dessa situação, conforme ideias dworkianas, o Judiciário deve adotar uma postura contramajoritária para evitar que tais leis afetem o direito das minorias.

Nesse sentido, seria o ativismo "um compromisso inadiável dos tribunais em nome da imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia" (DWORKIN, 2007, p. 231):

> Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis [...] como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais [...]. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta (DWORKIN, 2007, p. 231).

Assim, o ativismo seria uma forma de os juízes avocarem para si a competência para salvaguardar direitos e princípios constitucionais abstratos, como da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Alinhado a esses ideais, Barroso (2010, p. 11) leciona que o ativismo judicial se refere a uma "participação mais ampla e intensa do Judiciário", objetivando concretizar os valores e as finalidades previstos na Constituição e interferindo na esfera de atuação do Executivo e do Legislativo. Portanto, o ativismo judicial

> [...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p. 25).

Como se nota, tanto Dworkin como Barroso enfatizam os benefícios do ativismo judicial, considerando-o uma postura necessária sempre que for preciso defender direitos e garantias constitucionais. Por outro lado, há autores que definem tal postura por um viés pejorativo.

Luís Flávio Gomes (2009), em seu artigo eletrônico nomeado "O STF está assumindo um 'ativismo judicial' sem precedentes?", conceitua o ativismo judicial como uma forma de ingerência indevida do Judiciário na função própria do Legislativo, tendo em vista que o Magistrado estaria criando uma nova norma.

Nesse sentido, o referido jurista sustenta que há duas espécies de ativismo judicial: o inovador e o revelador. Enquanto no primeiro o juiz cria uma norma ou um direito, no segundo tal criação é alicerçada por valores e princípios constitucionais ou por se tratar de norma lacunosa. Ainda segundo seus ensinamentos, o que não poderia ser de forma alguma aceito em um Estado Democrático de Direito é a postura ativa, vale dizer, inovadora por parte do Magistrado, sob pena de aristocratização, tanto do Estado quanto do Direito.

1.1 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL: LEGITIMIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS

Uma das críticas feitas à postura ativista dos julgadores diz respeito à legitimidade das decisões proferidas. Esse questionamento surge, tendo em

vista que, ao adotar essa postura, em que o ministro toma às vezes do legislador, afronta-se o princípio da legitimidade democrática, haja vista que os membros que compõem o Judiciário não são agentes públicos eleitos.

A democracia representativa tem como um de seus pilares a garantia de que as decisões tomadas pelo Legislativo são legítimas porque os legisladores foram escolhidos pela população, via voto direto, secreto, universal e periódico, segundo dispõe o art. 60, §4º, inciso II, da CRFB/88, norma que possui status de cláusula pétrea. A legitimidade é, portanto, dada pelo sistema eleitoral vigente no País.

Para aprovar determinada lei, os membros do Legislativo devem observar as regras gerais previstas nos artigos 44 e seguintes, constantes do Título IV, Capítulo I da CRFB/88, intitulado "Do Poder Legislativo". Ademais, cada Casa Legislativa possui regras próprias para a tramitação de projetos de lei, dispostas nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Dependendo da relevância do tema, a Lei Maior exige a atuação em conjunto das duas Casas, aplicando, nesse caso, o procedimento estabelecido no Regimento Comum do Congresso Nacional.

Depreende-se, pois, que legislar exige a observância de uma série de regras, com vistas a conferir legitimidade àquela lei posta em debate. Contudo, há situações em que o Judiciário toma as vezes do Legislativo e atua como um legislador positivo, decidindo sobre questões de grande relevância para a sociedade, que deveriam ser debatidas, primordial e precipuamente, em ambiente democrático-legislativo.

Nesse cenário, surgem as audiências públicas, que se mostram como um instrumento para compatibilizar o ativismo judicial com o princípio da legitimidade democrática, como será analisado nos capítulos seguintes.

2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

As audiências públicas foram previstas, inicialmente, pelas Leis números 9.868/99 e 9.882/99, que tratam sobre o processo e julgamento das ações próprias em controle de constitucionalidade, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de Constitucionalidade (ADC) e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O STF instituiu, com a Emenda Regimental nº 29/2009, as audiências públicas, que visam integrar a população nas decisões proferidas pelo

referido Tribunal e oportunizar que exponham seus anseios perante questões relevantes para a sociedade brasileira. É, portanto, um instrumento que permite à autoridade conhecer as peculiaridades do objeto a ser analisado através do diálogo com grupos da sociedade que sejam conhecedores da área ou, inclusive, sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão a ser proferida (RAIS, 2012, p. 34).

Com efeito, verifica-se que a realização das audiências públicas se harmoniza com a teoria da sociedade aberta de intérpretes constitucionais proposta pelo autor alemão Peter Häberle (1997, p. 13). De acordo com suas ideias, o processo de interpretação constitucional deve ser realizado de forma aberta, de modo a ampliar a participação de agentes variados. Somente dessa maneira seria possível aos magistrados atingir a chamada "realidade pluralista". Assim, ao convocar uma audiência pública, o STF estaria conferindo melhor embasamento técnico e, principalmente, dando maior legitimidade social às suas decisões.

A instituição de audiências públicas alinha-se, outrossim, aos ideais do jurista Jürgen Habermas (2003, p. 252). Segundo este autor, a produção normativa deve se basear em um procedimento dialógico-discursivo, o que lhe conferiria legitimidade democrática. Em outras palavras, a efetiva participação dos interessados no processo de elaboração de normas é o que caracteriza a verdadeira democracia, de modo que a norma originada a partir de processos e pressupostos comunicativos – como nos debates orais realizados nas audiências públicas – teria mais aceitação e legitimidade do que aquela feita com base no processo da democracia representativa.

Conforme lições de Richard Bellamy (2010, p. 237), a garantia de igualdade e respeito aos direitos e interesses somente ocorrerá se aos próprios indivíduos lhes permita argumentar no interior do processo democrático. Melhor dizendo, a proteção dos direitos, do Estado de Direito e da democracia advém da própria democracia.

Nos últimos anos, verifica-se que houve um aumento no número de audiências realizadas, sendo sete apenas no ano de 2013. Conforme ensinam Camargo, Legale e Johann (2014, p. 185), esse crescimento vertiginoso se deve, em boa medida, à edição da Emenda Regimental nº 29/2009 pelo então Presidente do STF à época, min. Gilmar Mendes. Com essa emenda, foi possível a realização de audiências tanto em julgamentos de

controle abstrato (ADI, ADC e APDF), quanto em controle difuso de constitucionalidade.

Diante do crescente número de audiências realizadas no STF, nota-se a importância em estudar o tema e sua aplicabilidade na prática, sendo necessário analisar sua natureza e efetividade.

2.1 A NATUREZA DÚPLICE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO STF

Ao tratar da razão de ser das audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, importante destacar qual o objetivo pretendido pelo presidente ou pelo relator ao convocá-las.

A Lei nº 9.868/99, em seus arts. 9º, §1º, e 20, §1º, prevê a realização da audiência pública quando o Presidente ou Relator constatar a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou ainda em casos de sabida insuficiência de informações existentes nos autos. Igualmente, a Lei nº 9.882/99, em seu art. 6º, §1º, disciplina que o Relator poderá designar audiência a fim de que peritos ou comissão de peritos emitam parecer sobre a questão, prestando informações adicionais em relação ao tema posto em debate.

Com a Emenda Regimental nº 29/2009, foram acrescentados ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal os arts. 13, inciso XVII e 21, inciso XVII. Estes dispositivos preveem que a finalidade das audiências públicas é esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. Quer dizer, quando os fatos em discussão transpassarem os limites da esfera jurídica, necessitando-se o conhecimento técnico e científico por autoridades e especialistas, e quando há interesse público pertinente, é convocada uma audiência para esclarecer questões de fato aos ministros.

O que se infere dos dispositivos supramencionados é que o ministro responsável pela convocação da audiência possui um papel de destaque, já que ele é o responsável por determinar seus aspectos fundamentais, tais como quem serão os participantes convocados, qual será a duração dos depoimentos, qual tema será objeto de debate, dentre outras questões. É possível afirmar, inclusive, que o ministro convocador possui um poder discricionário.

Essa discricionariedade fica evidente quando da leitura das normas que regulamentam a convocação das audiências, que utilizam as expressões "quando entender necessário", "notória insuficiência de informações" e "necessidade de esclarecimento de matérias de fato". Tendo em vista a utilização das referidas expressões, indaga-se qual seria o motivo que leva um ministro a convocar a audiência, razão pela qual se afirma que as audiências possuem natureza dúplice: de instrumento técnico e instrumento de legitimidade popular.

Em uma primeira leitura dos dispositivos mencionados, depreende-se que a razão de ser da audiência pública, isto é, sua natureza, seria subsidiar os ministros a formular suas decisões, quando o tema exige um conhecimento que não diz respeito à esfera jurídica. Corroborando esse entendimento, o parágrafo 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, já citado, trata a audiência como um instrumento técnico, com vistas a levantar informações adicionais a serem prestadas por *experts*.

Por outro lado, temos que as audiências públicas não são meros instrumentos técnicos, conforme acima exposto, mas, também, um instrumento que pretende conferir legitimidade àquela decisão proferida ao permitir a sua construção com a participação da sociedade, em relação a temas que possuem grande repercussão.

Essa nova finalidade restou evidenciada pelo despacho proferido em 19 de dezembro de 2006, pelo min. Carlos Ayres Britto quando da convocação da primeira audiência pública realizada, referente à ADI nº 3.510/DF, que abordou a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05, conhecida como "Lei de Biossegurança". Ao fundamentar a necessidade e pertinência da Audiência, o referido ministro destacou que

> [...] Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se torna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.868/99. Audiência, que, **além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo**

> **Plenário desta nossa colenda Corte**. [...] (STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Data de julgamento: 29.05.2008. Data de publicação no DJ 27.05.2010 - grifos nossos).

Legitimar a decisão tomada pelo Plenário não é a finalidade precípua da audiência pública ao considerarmos o teor dos supracitados dispositivos das leis números 9.868/99 e 9.882/99. De acordo com os referidos diplomas legais, seria a audiência um instrumento técnico com a finalidade de colher o depoimento de especialistas sobre o assunto, tendo em vista que o tema exige conhecimentos que ultrapassam os limites do Direito.

Contudo, conforme se depreende do trecho retirado do despacho proferido pelo min. relator Carlos Ayres Britto, quando da convocação da primeira audiência pública realizada, a finalidade não seria meramente técnica, mas, também, legitimadora. Isto é, a audiência, ao permitir a participação social na construção da decisão a ser proferida pelo julgador confere-lhe legitimidade.

Esse propósito legitimador também é verificado na fala do ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF à época do julgamento da ADI nº 3.510/DF, que, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

> **O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento.** Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. **As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático.** Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...]. **Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje** (STF

> – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Data de julgamento: 29.05.2008. Data de publicação no DJ 27.05.2010- grifos nossos).

Nota-se, portanto, a finalidade legitimadora pretendida quando se convoca uma audiência pública. Não se trata de apenas colher informações técnicas sobre determinado assunto. Trata-se de autorizar a participação da sociedade no debate, de modo a estar mais próxima do STF, a ponto de legitimar o julgamento proferido pelo Plenário.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DA DECISÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

O ativismo judicial, conforme já explicado, é um fenômeno que ocorre no âmbito do Poder Judiciário, especialmente no STF, que possui um papel de destaque por ser o responsável em dar o pronunciamento final sobre determinado assunto.

No contexto do ativismo judicial são postos aos julgadores temas que, a princípio, deveriam ser analisados e debatidos por outros poderes da federação. Cite-se, por exemplo, a decisão do STF, datada de 12 de novembro de 2008, no julgamento das ADIs números 3.999/DF e 4.086/DF, em que o STF inovou no sistema jurídico, haja vista que a infidelidade partidária não estava prevista de maneira expressa na Constituição como uma situação que provocaria a perda do mandato, sendo introduzida no ordenamento jurídico por meio da decisão proferida.

Os limites dessa decisão foram alvo de questionamentos, já que se trata de uma matéria que deveria ser discutida no âmbito do Poder Legislativo, onde haveria a deliberação do assunto pelos representantes do povo. Nunes Júnior é um dos críticos em relação a essa postura ativista do STF, pontuando que:

> [...] no caso da fidelidade partidária, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que agiram como verdadeiros "legisladores positivos", tanto no plano constitucional quanto no plano ordinário, criando uma hipertrofia e invadindo espaço reservado ao Legislativo, em afronta ao sistema de checks

> and balances, previsto no art. 2º da Constituição (NUNES JUNIOR, 2014, p. 123).

Com efeito, o que houve nesse caso foi a usurpação de funções que caberiam ao Legislativo, mas, diante de sua inércia, foi exercida pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao editar a Resolução, e pelo STF, ao considerá-la válida. Dessa forma, o que se está questionando é a legitimidade dessa decisão, já que onze ministros deliberam sobre um assunto de relevância social que deveria ser discutido no âmbito legislativo pelos parlamentares eleitos pelos cidadãos. É nesse ponto que se denota a importância da audiência pública como um instrumento de legitimação popular, pois tratam de temas que têm repercussão geral perante a sociedade. A título de exemplo, temos as audiências públicas que versaram sobre o Novo Código Florestal e sobre o ensino religioso nas escolas públicas, temas que, indiscutivelmente, repercutem na sociedade.

Com base no exposto, verifica-se a relação entre o ativismo judicial e a audiência pública. No contexto de um Judiciário ativista, tomando as vezes do legislador, torna-se importante ouvir a sociedade a fim de que tenha a oportunidade de expressar seus argumentos, contrários ou a favor, ao tema em discussão. Essa abertura à participação social serviria como instrumento de legitimidade da decisão proferida pelo STF no âmbito do fenômeno do ativismo judicial.

É certo que a participação da sociedade não é livre e aberta a todos os cidadãos, como ocorre nas audiências públicas realizadas pelo Poder Legislativo. No caso das audiências realizadas pelo STF, os participantes devem ser autoridades e especialistas no que concerne ao assunto em discussão, a fim de subsidiar a decisão dos ministros, ou devem ser sujeitos diretos ou indiretos dos efeitos da decisão a ser proferida. Ademais, devem se inscrever nos moldes do edital de convocação formulado pelo relator ou presidente, conforme o caso, que será responsável por convocar os participantes.

Muito embora haja essa restrição, insta destacar a importância das audiências públicas, possibilitando que setores da sociedade explanem seus pontos de vista e conhecimentos técnicos sobre o assunto, embasando, não apenas de forma técnica, mas de forma legitimadora, as decisões re-

sultantes da audiência. Nessa linha de ideias, observa-se o quão salutar é a utilização dos argumentos trazidos à baila nos depoimentos realizados nas audiências públicas, quando o ministro for fundamentar a sua decisão, estando em conformidade com as finalidades técnica e legitimadora pretendidas com a convocação da audiência.

2.3 LEGITIMIDADE *VERSUS* LEGITIMAÇÃO

Conforme explicitado no subcapítulo anterior, as audiências públicas possuem, além da função técnica, a incumbência de legitimar a decisão proferida pelo Plenário do STF. Nesse raciocínio de ideias, cumpre destacar o conceito de legitimidade.

De acordo com o *Dicionário Houaiss* da língua portuguesa, o vocábulo possui o seguinte significado: "**legitimidade 1** caráter, estado ou qualidade do que é legítimo **2** conformidade à lei, ao Direito [...] (HOUAISS, 2001, p. 1.736, grifos do autor).

Isto posto, depreende-se que a legitimidade está relacionada com a ideia de concordância com o que está disposto no ordenamento jurídico. Impõe ressaltar que não se confunde com a legalidade, uma vez que esta atina-se ao aspecto formal do ato, ao contrário da legitimidade, que diz respeito ao aspecto material, vale dizer, o conteúdo do ato praticado pelo Poder Público.

Em suma, "a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura posta, vigente e positiva", ao passo que a legitimidade "incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos" (WOLKMER, 1994, p. 180).

No campo das audiências públicas, a legitimidade é um conceito relevante, haja vista que, como observado anteriormente, a audiência é encarada como um verdadeiro instrumento de legitimidade da decisão pronunciada pelo STF.

Acerca da função de legitimidade conferida às audiências públicas, Moraes registra que

> Entende-se que as audiências públicas legitimam o trabalho da jurisdição constitucional precisamente porque mitigam a ausência de contraditório no controle concentrado de constitucionalidade.

> Dessa forma, elas devem ser compreendidas como uma oportunidade de instrução colaborativa do processo, visando a uma construção final do provimento que seja obra comum (MORAES, 2011, p. 108).

Nesse sentido, o contraditório proporcionado com a audiência pública, ao permitir que setores da sociedade explanem seus argumentos técnicos sobre determinado assunto, legitimaria a decisão proferida pelos ministros.

Contudo, para que se verifique plenamente a sua função legitimadora, é indispensável que os ministros fundamentem seus votos com os argumentos apresentados pelos participantes da audiência pública. Além de ser necessário apoiar-se nos dados e conhecimentos trazidos pelos especialistas, é importante para que se torne um mecanismo válido de participação popular. Caso contrário, estaria indo contra a própria finalidade da audiência.

Assim sendo, a função legitimadora da audiência é objeto de críticas pela doutrina. Vestena (2010, p. 104), ao pesquisar e avaliar se as decisões dos ministros levam em consideração os argumentos postos em audiência, constatou que eles utilizam as alegações dos participantes com o objetivo de fortalecer alguma questão já apontada em sua argumentação. Nesse sentido, Vestena assevera que "[...] os argumentos inseridos teriam caráter residual na formulação das razões de decidir, o que reforça a hipótese que tais procedimentos possuem caráter formal e pouco efetivo na configuração das decisões finais" (VESTENA, 2010, p. 104)

Essa situação verificada corresponde a uma desvirtuação da finalidade da audiência pública de servir como mecanismo de participação social. Dessa forma, coloca-se em xeque a legitimidade da decisão, já que a participação da sociedade não se presta para fundamentar a decisão do ministro, mas para reforçar o argumento defendido por ele. Nesse cenário, surge o conceito de legitimação. Apesar de legitimidade e legitimação serem conceitos muito próximos, e muitos autores as considerarem palavras sinônimas, em verdade se referem a realidades jurídico-políticas distintas.

Afirmar que algo é legítimo "equivale assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva". (CASTIGNONE *apud* CADEMARTORI, 1997, p. 130). Por sua

vez, a legitimação seria o "poder existente ou visado para despertar e cultivar a aceitação, o consenso e o reconhecimento em sua base territorial" (DINIZ, 2006, p. 46).

Isto posto, a legitimação se daria através das discussões democráticas em meio a espaços públicos que garantissem a atuação igualitária dos diferentes grupos sociais, de forma que sua participação seria uma maneira de assegurar que a decisão será aceita porque, em tese, houve a presença de setores sociais na elaboração do voto do ministro.

A partir de tais conceitos, tem-se que a crítica está no fato de que as audiências públicas seriam um mero procedimento formal criado para resolver a questão da ausência de legitimidade das decisões do Supremo, garantindo, assim "uma contenção pretensamente dialética das demandas sociais que, uma vez inseridas em seu interior, são limitadas a um debate formal, cujo impacto participativo é irrelevante para a tomada de decisões dos ministros" (VESTENA, 2010, p. 73).

Com efeito, o que se infere é que a audiência pública, sendo um procedimento meramente formal de participação social, seria utilizada como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional perante a atuação do STF.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho certificou-se que possibilitar o diálogo entre o Judiciário e setores sociais, propiciando o exercício meramente formal do contraditório no julgamento de processos constitucionais objetivos, confere uma aparência de legitimidade com a pretensa participação efetiva da sociedade na construção das decisões, sendo não mais um instrumento de legitimidade, mas de legitimação.

Há, desse modo, um desvirtuamento das finalidades das audiências públicas, sendo irrelevante o impacto de democratização precipuamente pretendido com a utilização das audiências. Insta salientar que não se pode olvidar sua importância no contexto atual do Poder Judiciário brasileiro, sendo um significativo avanço democrático, ainda mais ao considerarmos o cenário de ativismo judicial presente no âmbito do STF.

Porém, é indispensável um aperfeiçoamento concernente à postura dos ministros frente aos argumentos expostos, de maneira que haja maior

utilização e proveito na construção de seus votos, para que a audiência pública se torne um mecanismo válido de legitimidade democrática via participação popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, [S.l.], ed. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 09 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.l.], v. 12, n. 96, 2010. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219. Acesso em: 09 set. 2017.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político:** una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Tradução de Jorge Urdanoz Ganuza e Santiago Gallego Aldaz. Madri: Marcial Pons, 2010.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1980). Emenda regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009**. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 20 fev. 2009.

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

BRASIL**. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 11 nov. 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito

fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 06 dez. 1999.

BRASIL. **Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 28 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.999/DF**. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 17 abr. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.086/DF**. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 17 abr. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Relator: Ayres Britto. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 27 maio 2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723. Acesso em: 03 set. 2017

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: A legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. *In*: FÓRUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONS-

TITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 5, 2014, Rio de Janeiro. **Democracia e suas Instituições**. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 181-209. Disponível em: http://docs.wixstatic.com/ugd/bc92e1_3a788e505dbf4c60b973c05141efbd1e.pdf. Acesso em: 14 set. 2017.

CASTIGNONE, Silvana. Sociologia del Diritto. *In*: CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 1997. 285f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77185/109690.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 out. 2017.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes?. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 maio 2009. Espaço Aberto, p. A2. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=. Acesso em: 08 set. 2017.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.736.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial. Instrumento de concretização de direitos ou

ingerência no princípio da separação dos Poderes?. *In*: XXII ENCONTRO NACIONAL DO COPEDI/UNICURITIBA, 2013, Curitiba, PR. **Tema...** Curitiba: FUNJAP, 2013, p. 376-393.

MORAES, Anderson Júnio Leal. **Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQGYH/anderson_moraes___mestrado_2011___audi_ncias_p_blicas_como_instrumento_de__legitima__o_da_jurisdi__o_constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 set. 2017.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 51, n. 201, p. 97-128, jan./mar. 2014. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 out. 2017.

RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHLESINGER JR., Arthur Meier. The Supreme Court: 1947. *In*: GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 maio 2009. Espaço Aberto, p. A2.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo?** O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro. 2010. 111f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ?sequence=2. Acesso em: 03 set. 2017.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito:** uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 257f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade

Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf. Acesso em: 11 set. 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa Brasília**, v. 31, n. 124, p. 179-184, out./dez. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176273/000492900.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 out. 2017.

ACCESO A LA JUSTICIA: UN REQUISITO PREVIO PARA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA – UN PARALELO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA

Rafael Haruo Rodrigues de Aguiar[2]

INTRODUCCIÓN

El tormento con el esclarecimiento del fondo de la expresión *acceso a la Justicia* es un tema que permanece en debate, incluso en vista de la duración de las demandas que se tramitan ante el Poder Judicial. Por ningún otro motivo, se dice que la rendición de un reclamo deducido en los tribunales, cuando es fuera de plazo, se traduce en manifiesta injusticia.

En vista de los innumerables conceptos sugeridos por la doctrina, persiste una cierta inexactitud en cuanto al derecho de acceso a la Justicia, lo que, por tanto, dificulta la verificación de su practicabilidad.

Ante esto, el objetivo de este trabajo es, sin pretender agotar el tema, delimitar el alcance de la frase antes mencionada, so pena de retratar una discusión interminable. Así, las innumerables adversidades a superar para que sea factible brindar alguna expectativa de mejora en esta coyuntu-

2 Magíster en Derecho de la Universidad Nove de Julio. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, por la Escuela de Derecho Paulista, así como en Derecho Público por la Facultad de Nueva Venta de Inmigrantes. Ex Abogado del Consejo Federal (CROSP); Ex Secretario de la Comisión de Transporte Público del Estado de San Pablo y Abogado Autárquico de la misma entidad federativa (ARTESP).

ra depende, de antemano, de la pauta que se dé al derecho fundamental en pantalla, bajo pena de sellar una discusión interminable y sin impacto práctico, que resultaría inutilidad de este texto. En este tono, es necesario un breve análisis sobre la dimensión del tema, presentando ciertas variables de su expresión.

Teniendo el significado esbozado, será factible investigar si los derechos sustantivos y adjetivos protegen, de hecho, este axioma al que aludieron los operadores del Derecho. Además, y de existir una transgresión del derecho de acceso a la Justicia, se podrán indicar las razones que impiden que se materialice, o incluso si se fundamenta, qué se puede hacer para mejorar (siempre que sea necesario, obviamente).

Con el fin de demostrar y corroborar lo anterior, este trabajo fue concebido en secciones. Preliminarmente, era necesario un examen previo de las palabras *acceso* y *justicia*, como elemento extrínseco a las ciencias jurídicas. Más adelante, los perfiles del instituto se revelaron a la vista de Mauro Cappelletti y Bryant Garth. Posteriormente, se hicieron comentarios sobre los agentes a cargo de la actividad judicial, así como las normas relacionadas con la misma y lo que se entiende por accesibilidad en tal contexto.

1. UN PRIMER PASO

La etimología del término *acceso* proviene del latín *acessus*, que significa: "1 Acto y resultado de la unión; entrada [...]. 2 Posibilidad de alcanzar [...]" (MICHAELIS, 2019).

Se observa, por tanto, que el *acceso* se puede traducir como la viabilidad de lograr o lograr lo deseado. Así, a través del *acceso a la justicia*, existe la posibilidad de obtener justicia. Pero, ¿cuál sería la definición de *justicia*?

Según el léxico actual, *la justicia* es un sustantivo femenino, ser capaz de entender:

> 1 Cualidad o carácter de lo que es justo y correcto.
>
> 2 Cumplimiento de los hechos con la ley; facultad de juzgar según lo justo y lo correcto.
>
> 3 Principio moral y valioso que se invoca para resolver la controversia entre las partes contendientes.

> 4 Aplicación de leyes y leyes; poder de hacer justicia, poder de decidir sobre los derechos de cada uno.
>
> 5 El ejercicio de ese poder.
>
> 6 El sistema mediante el cual se juzga a las personas en los tribunales.
>
> 7 Tribunales, magistrados y todas las personas encargadas del ejercicio de la justicia.
>
> 8 Cada una de las jurisdicciones que se encargan de administrar justicia.
>
> 9 El reconocimiento del mérito y valor de algo o alguien. (MICHAELIS, 2019).

Platón (p. 43a-54e) incluso trató de esbozar lo que se entendería por justicia cuando, entre otros textos, presentó el diálogo entre Sócrates y Crypton, en la prisión de Atenas. En ese momento, parece que el filósofo consideraba la justicia como sinónimo de virtud.

Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (1998, p. 660-661) proponen que:

> La justicia es un fin social, como lo es la igualdad o la libertad o la democracia o el bienestar. Pero existe una diferencia importante entre el concepto de Justicia y los demás citados. Igualdad, libertad, etc. son términos descriptivos. Aunque abstractos y teóricos, pueden definirse de tal manera que los enunciados en los que destacan sean comprobables, en general, por el simple enfrentamiento con la evidencia empírica. [...] La justicia, por otro lado, es un concepto normativo y expresiones como estas: "esta acción o esta norma o esta institución es justa" o "es justo establecer leyes tributarias iguales" representan juicios normativos y no declaraciones descriptivas. [...] La justicia no es una cosa, mucho menos una cosa visible, ni siquiera en sentido platónico. Debemos evitar el sustantivo y usar el adjetivo, para ser más claros.

Los autores incluso aconsejan la búsqueda de una eventual elucidación de la justicia en términos descriptivos, ya que originalmente señala-

ron que se trata de un concepto normativo. En este sentido, abogan por definir la justicia como una "noción ética fundamental e indeterminada" (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 661).

Por tanto, se señala la polisemia de la palabra, siendo tratada a veces como un simple adjetivo, a veces como una circunstancia fáctica relacionada con el Derecho positivo, o incluso como un vector axiológico, sin descuidar la referencia a un poder a ejercer o como un sistema de aplicación de normas.

El hecho es que el *acceso a la justicia*, por regla general, está previsto como un bien jurídico amparado por la Constitución de los países en los que está presente el Estado Democrático de Derecho.[3] Pero, ¿cómo determinar si ese derecho se respeta realmente? Si no existe una definición de su caracterización, será arduo señalar cualquier posible transgresión.

Sin embargo, es posible hacer un análisis preliminar *a contrario sensu*. En este sentido, si se edita una norma con la intención de descartar cualquier apreciación de la demanda por parte del Poder Judicial, se podrá afirmar que existe un intento de vulneración del derecho fundamental de protección constitucional.

No obstante, los conflictos sociales revelan circunstancias en las que se desdibuja el (des)cumplimiento del derecho de acceso a la Justicia, por lo que se evidencia una definición más precisa del término.

2. LA PROPUESTA DE CAPPELLETTI Y GARTH

Mauro Cappelletti y Bryant Garth (1988) también dieron fe de las dificultades para definir tal frase. Según los autores, a través del *acceso a la justicia* aparecen tres significados. El primero de ellos se refiere a la asistencia jurídica a los menos favorecidos. Su propósito es remover los obstáculos económicos, sociales y culturales, permitiendo que la población conozca sus derechos, así como los mecanismos para ayudar al Poder Judicial en los alcances de materializar sus derechos. El acceso a la justicia quedaría cumplido desde el derecho de acción, con solo la oportunidad de provocar la actividad judicial.[4]

3 Ver artículo 5, inciso XXXV, de la Constitución de la República Federativa de Brasil - CRFB, así como el artículo 24 de la Constitución de España - CE.

4 Juan Antonio Mayoral Díaz-Asensio y Ferran Martínez i Coma, em La calidad de la Justicia

La *segunda ola* del movimiento por el acceso a la justicia se refiere a la protección de intereses difusos; es decir, se refiere a la protección de los derechos colectivos, dado que se trata de grupos de personas que tuvieron complicaciones e inconvenientes de la protección por parte del Estado--Juez, debido a la concepción tradicional del proceso civil, que prácticamente pensaba en el Derecho Procesal como una exigencia entre dos partes en la disputa, ya que los juicios retrataron reclamos individualistas..

Finalmente, la *tercera ola* está dirigida al "conjunto general de instituciones y mecanismos, personas y procedimientos utilizados para procesar e incluso prevenir disputas en las sociedades modernas" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25). En otras palabras, desde esta perspectiva el acceso a la justicia busca resultados concretos y satisfactorios. Esto es,

> [...] este enfoque fomenta la exploración de una amplia variedad de reformas, incluidos cambios en los procedimientos, cambios en la estructura de los tribunales o la creación de nuevos tribunales, el uso de laicos o profesionales, tanto como jueces como defensores, cambios en la ley medidas sustantivas destinadas a evitar disputas o facilitar su resolución y el uso de mecanismos de resolución de disputas privados o informales. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

En cualquier caso, los pensadores defendieron la tesis de que el acceso a la justicia comprendería dos propósitos básicos.

La primera se traduciría en un sistema abierto a todos y todas, sin distinción, en el que el sujeto podría reclamar sus derechos y resolver sus demandas bajo el dominio del Estado. Este aspecto del preámbulo se refiere más al ámbito formal, es decir, la posibilidad de tocar las puertas del Poder Judicial.

El otro diseño estaría relacionado con los resultados de las acciones. Es decir, los resultados deben ser social e individualmente justos. En este camino, parece que el derecho constitucional de acceso a la Justicia concibe:

---

en España, p. 25/26, también comparto este aspecto.

a) un conjunto de instrumentos que tienen como objetivo resolver disputas o permitir la protesta de derechos (amenazados o violados); y

b) la capacidad de obtener una tutela específica a la hora de resolver una demanda, observando la isonomía en beneficio de todos los litigantes, siempre que sea en un plazo razonable.

Dicho esto, es necesario investigar quién tendría la asignación de hacer valer el derecho en la pantalla.

3. OPERADORES DE ACCESO A LA JUSTICIA

Un rasgo plausible del acceso a la justicia que conviene afrontar, especialmente en vista de la percepción anterior, se refiere a la idea del juez-estado como función estatal. Es decir, la posibilidad de defender derechos y resolver demandas bajo el dominio del Estado (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010).

De esta forma, se puede decir que le corresponde al Poder Público dar solución a la disputa ante un reclamo no atendido voluntariamente. Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia abarca el derecho de la persona (física o jurídica) a disponer de órganos estatales para la resolución de controversias. En otras palabras, la existencia del Poder Judicial,[5] bajo este enfoque, se traduce en un derecho fundamental.

Por cierto, esta directriz ya estaba contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre de 1969, de acuerdo con el artículo 8, inciso 1, el artículo 25 y el artículo 46, inciso 2, inciso b, del mencionado diploma. En el mismo sentido, esto es lo que aparece en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, esto no significa que la función de resolver reclamos resistidos no requiera necesariamente la participación del Estado. En este tono, el propio Poder Público puede, si lo considera oportuno y conve-

5 A pesar de la existencia de otros medios de resolución de conflictos administrativos, especialmente en consideración del Poder Ejecutivo, no se puede olvidar la norma contenida en el artículo 5, inciso XXXV, de la CRFB, así como el artículo 24 de la CE.

niente, brindar la función en pantalla a diferentes actores. El sistema legal nacional, por ejemplo, siguió esta línea legitimando el arbitraje.

En este paso, tanto el sistema legal español como el brasileño habilitan este mecanismo alternativo de solución de controversias.

En 2014, José Renato Nalini ya advirtió:

> [...] La justicia debe seguir viviendo en armonía con las diversas alternativas de resolución de conflictos que no requieren intervención judicial. Su función es señalar la lectura predominante del orden de pacificación como resultado de un desarrollo de la autonomía ciudadana. Fomentar la conciliación, la mediación, la negociación, la transacción, la firma de acuerdos después de la inmersión de las partes en la realidad que conocen es fundamental para que la justicia efectiva prevalezca en Brasil.

Además, es posible advertir movimientos (en Brasil o España) con miras a la desjudicialización – por parte del Poder Legislativo – con miras a ampliar las vías de resolución de conflictos.

Las opciones sorprendidas para el ejercicio de la competencia por parte del Estado también deben interpretarse como un pronunciamiento del derecho fundamental de acceso a la Justicia. Siguiendo este entendimiento, la Corte Suprema de Brasil, en 2001, ya estaba en condiciones de comprender la compatibilidad de la ley federal brasileña (que instituyó el arbitraje) con la CRFB.[6]

Así, parece acertada la interpretación según la cual el principio de no exigibilidad de la jurisdicción no relega otras formas comprometidas con la búsqueda del acceso a la Justicia, a pesar del contenido del artículo 5, inciso XXXV, de la CRFB, así como del artículo 24 de la CE.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, tales alternativas no se traducen en un deber estatal, y el Poder Público es libre de disponer si lo considera oportuno.

Ante esto, parece que el acceso a la Justicia absorbe: (a) las operaciones realizadas directamente por el Estado para desvincular las discusiones sobre pretensiones resistidas y (b) la posibilidad de que otros agentes desempeñen

6 De acuerdo con la decisión tomada en el expediente del Agravo Regimental en la Sentencia Extranjera n° 5.206.

funciones con miras a la resolución de conflictos, siempre que exista una regulación adecuada. Así, se observa que, ya sea un cargo estatal, o una tarea ejercida por un agente diferente del Poder Público, la tarea de enunciar la ley aplicable al caso específico se concreta en una actividad que, a su vez, debe estar a disposición de quien resolver un conflicto en el que está incluido.

En cualquier caso, y considerando el marco regulatorio español y brasileño vigente, el Estado debe poner a disposición un órgano o entidad para resolver las disputas sociales. Sin embargo, ¿cuáles serían las normas básicas que hacen que valga la pena considerar el aspecto del acceso a la Justicia?

4. DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO - ADENDA AL ACCESO A LA JUSTICIA

En lo que respecta al acceso a la justicia, no se puede dejar de abordar la duración razonable del proceso, aunque sea brevemente, ya que no se puede descuidar su importancia en el asunto que ahora se trata.

También identifica lo más destacado del tema más allá de las fronteras brasileñas o españolas, destacando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece lo siguiente:

> Artículo 8. Garantías judiciales
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser escuchada, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido en la ley, en la investigación de cualquier cargo penal en su contra, o por si determinan sus derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, tributario o de cualquier otra índole.

En la misma línea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que:

> ARTICULO 6
>
> Derecho a un juicio justo
>
> 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea examinada, de manera equitativa y pública, dentro de un plazo razonable por un

> tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá, ya sea sobre la determinación de sus derechos y obligaciones civiles, o sobre la base de cualquier cargo penal en su contra. El juicio debe ser público, pero el acceso a la sala de audiencias puede estar prohibido a la prensa o al público durante todo o parte del proceso, cuando por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de menores o la protección de la intimidad de las partes en el proceso así lo requieran o, en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando, en circunstancias especiales, la publicidad pueda ir en detrimento de los intereses de la justicia.

Pues bien, una vez demostrada la importancia del enunciado, es necesario definir brevemente qué se entiende por una duración razonable del proceso.

A pesar de la dificultad de conceptualizar dicho principio, este precepto se traduce en la idea de que los tribunales tienen derecho a un proceso sin dilaciones irrazonables.

Evidentemente, algunos parámetros orientan esta comprensión, como "(i) la complejidad de la causa; (ii) el comportamiento de las partes; (iii) la actuación de las autoridades" (BELO, 2010, p. 60).

Algunos autores incluso intentan parametrizar el interino que tendría una demanda. En este sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni (2003) afirma que, en Brasil, por ser un sistema procesal preclusivo y con plazos, por regla general, perentorios, el momento ideal del proceso sería el resultante de la suma de los plazos estipulados en el Código Procesal (u otra ley especial) para cumplir con todos los actos que componen el procedimiento, más el plazo de cosa juzgada de los expedientes.

Lo cierto es que la duración razonable del proceso no es efectiva para brasileños o españoles, quienes entienden que las demandas tardan más de lo necesario para tener un resultado satisfactorio.[7] De todas formas, y

7 Como se señaló en La calidad de la Justicia en España, p. 21, escrito por Juan Antonio Mayoral Díaz-Asensio e Ferran Martínez i Coma, así como la encuesta realizada por la Defensoría del Pueblo del Consejo Nacional de Justicia de Brasil - 38o Informe Trimestral Defensor del Pueblo (2019), en la que, de los inconvenientes denunciados a ese organismo, se destaca como primer lugar la lentitud procesal, que simboliza el 57,81% de las protestas recibido,

precisamente por el principio en cuestión, se atestigua que la existencia de distintos mecanismos procesales es fundamental para dotar al otorgamiento de disposición jurisdiccional. Se entiende la razón por la cual el Poder Legislativo trata de instituir otros instrumentos, judiciales o extrajudiciales, como mecanismos capaces de garantizar, o al menos intentar hacer valer el derecho de acceso a la Justicia y el orden jurídico justo.

CONSIDERACIONES FINALES

Lo que se pretendía era trazar una característica sobre el contenido del derecho fundamental de acceso a la Justicia, trazando un paralelo entre Brasil y España. Se señaló que la urgencia por definir *la justicia* (y, por tanto, la respectiva accesibilidad) existe desde la época de Platón.

Esta vez, en los términos sugeridos en este trabajo, es concebible sostener que el derecho fundamental en debate engloba (1) un conjunto de instrumentos que aspiran a la resolución de controversias o permiten la protesta de derechos (amenazados o transgredidos) y (2) la capacidad en la obtención de tutelas específicas a la hora de resolver una demanda, siempre que en un plazo razonable.

Además, se reveló que el acceso a la justicia, además de la disponibilidad de una agencia estatal para quienes se enfrentan a un reclamo resistido (y no pueden esclarecer legalmente la situación), aún incluye la posibilidad de tocar las puertas de agentes distintos figura del Poder Público, siempre que exista un permiso legal para hacerlo.

Para más, se advirtió que el derecho fundamental objeto de este estudio alcanza los principios y normas impulsados con el alcance de hacer que los titulares de derechos vulnerados o amenazados puedan obtener beneficios relacionados con la resolución de controversias o la reivindicación de derechos, siendo que sólo resultan insuficientes aquellos que pretenden salvaguardar la jurisdicción de conductas estatales abusivas, por lo que las normas que, a la vista del Estado Constitucional, determinan una política cooperativa por parte del Poder Judicial, salvaguardando al peticionario (aunque sea del propio arbitraje estatal).

indicio indudable de que, incluso hoy, el motivo propuesto sigue siendo un tema relevante.

Además, la novación legislativa que presentan los instrumentos contemporáneos debe ser considerada y disfrutada, especialmente en vista del principio de duración razonable del proceso, vector constitucional que integra el acceso a la justicia en Brasil y España.

Dicho esto, parece que el acceso a la Justicia debe ser visto como un orden sistemático que reúne, entre otras, las siguientes características: a) entrega de la disposición judicial de acuerdo con la normativa vigente; b) enfoque equitativo entre las partes; c) observancia de la transitoriedad pertinente, evitando demoras inoportunas; d) ser cognoscible por quienes buscan la solución de controversias por el Estado-juez; e) contar con los instrumentos adecuados que tengan como objetivo el acceso a los agentes a cargo de la función jurisdiccional, así como la celeridad procesal y el resultado práctico congruente.

Solo así los derechos sustantivos y aditivos salvaguardarán realmente este axioma. Asimismo, y considerando que hoy existe una vulneración del derecho de acceso a la Justicia, principalmente por la duración del proceso, es necesario indicar las razones que impiden que se materialice. Es decir, hay que rastrear la razón fundamentada por la que la entrega de la disposición jurisdiccional es tan lenta.

Se observa, por tanto, que los referidos lineamientos brindan una medida adecuada en el reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de una relectura de la eficiencia judicial, especialmente si se considera que la armonía del Derecho es un deseo real.

REFERENCIAS

ACCESO. In: **MICHAELIS, Diccionario en línea de portugués**. San Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponible: http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=acesso. Acceso: 23 dic. 2019.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA. **Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia**. Disponible: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_SPA.pdf. Acceso em: 03 dic. 2020.

BELO, D. P. La duración razonable del proceso como instrumento de acceso a la Justicia. **Revista Ley y Desarrollo**. [*s.l*], a. 1, n. 2, p. 55-68, 2010.

BRASIL. Consejo Nacional de Justicia. **38º Informe Trimestral Defensor del Pueblo del Consejo Nacional de Justicia**. Brasília, DF: 2019.

BRASIL. Consejo Nacional de Justicia. **Justicia en Números 2019**. Brasília, DF: 2019.

BRASIL. **Constitución de la República Federativa de Brasil**. Brasília, DF: Presidencia de la República. Disponible: . Acceso em: 27 dic. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Cancha Completa). **Agravo Regimental en Sentencia Extranjera 5.206/EP**. 1. Sentencia extranjera: laudo arbitral que resolvió un conflicto entre dos empresas comerciales sobre derechos indiscutiblemente disponibles – la existencia y monto de créditos como comisión por representación comercial de una empresa brasileña en el exterior: [...]. Reportero: Min. Sepúlveda Pertence, 12/12/2001. Disponible: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889. Acceso: 29 dic. 2019.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Diccionario de Políticas**. Traducción: Carmen C; Varriale *et ai*.; coord. trad. João Ferreira; rev. general João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11. ed. Brasília: Editorial Universidad de Brasilia, 1998. v. 1

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acceso a la justicia**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Traducción: Ellen Gracie Northfleet.

CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; **Teoría general del proceso**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMA, F. M; DÍAZ-ASENSIO, J. A. M. **La calidad de la Justicia en España**. Disponible: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/d517171dcd92943dd80c1d196d42264d.pdf. Acceso: 03 dic. 2020.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950**. Roma, Italia. Disponible: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acceso: 28 dic. 2019.

DIMOULIS, D. (coord.). **Diccionario Brasileño de Derecho Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponible: . Acceso: 03 dic. 2020.

GABBAY, D. M.; GRINOVER, A. P.; LAGRASTA, V.; OMURA, M.; SALLES, C. A.; WATANABE, K. **Conferencia de Seúl 2014. Constitución y proceso: acceso efectivo a la justicia:** el derecho de acceso a la justicia y las responsabilidades públicas. Revisión del proceso [s.*l.*], v. 40, n. 250, p. 17-31, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleración de procesos**, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GRECO, L. **Acceso a la ley y la justicia**. In: **Estudios de derecho procesal**. Campos dos Goytacazes, p. 197-223, 2005.

JUSTICIA. In: **MICHAELIS, Diccionario en línea de portugués**. San Pablo: Melhoramentos, 2019. Disponible: http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=acesso. Acceso: 23 dic. 2019.

LAKATOS, E. V.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de la metodología científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NALINI, J. R. **Formalismo judicial:** ¿qué esperar de la justicia en Brasil? Revista Asesora Legal. São Paulo. 02 jan. 2014. Disponible: https://www.conjur.com.br/2014-jan-02/jose-renato-nalini-esperar-justica-brasil. Acceso: 26 dic. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969**. San José, Costa Rica. Disponible: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acceso em 28 dic. 2019.

PLATÓN. Críton (el deber). In: Platón. **Diálogos**. Disponible: . Acceso: 24 dic. 2019

SILVA, J. A. **Acceso a la justicia y ciudadanía**. Revisión de Derecho Administrativo. Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, 1999.

UNIÓN EUROPEA. **Carta de los Derechos Fundamentales**. Disponible: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acceso: 03 dic. 2020.

WATANABE, K. **Acceso a la justicia y sociedad moderna**. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. Participación y proceso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Sávia Midiã Florindo Pereira de Brito[8]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado das investigações junto ao grupo de pesquisa do Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social – OPPDPS, e tem como objetivo identificar as percepções expressas no ordenamento jurídico, relacionadas à temática da "judicialização", "juridicização" "judicializar" e "ativismo judicial" a partir de uma análise da doutrina. A metodologia empregada neste estudo foi bibliográfica, jurisprudencial, organizando-se em duas sessões secundárias para o desenvolvimento do artigo.

Diante disso, estão sendo aplicados dois modelos de fichas para o fichamento e análise do material, de modo que de cada obra resultaram duas fichas. A primeira, chamada "Representação sobre as categorias", busca captar como os autores articulavam as diversas categorias pertinentes à temática em exame. Nela, estão sendo recortados excertos de cada livro analisado, que sejam elucidativos à compreensão das categorias, seguidos de um estudo final sobre como o autor usa estas categorias. Na segunda, chamada "Análise do Discurso", busca-se compreender como o autor as-

8 Mestranda em Direito Público e Evolução Social no PPGD/UNESA.

socia inúmeros ramos do conhecimento, várias bibliografias e conteúdo jurídico para formular seu discurso sobre a questão da judicialização.

Os resultados que serão apresentados neste artigo serão parciais e atinentes à definição de um quadro conceitual a respeito das categorias analisadas sobre o pensamento de que se valem os doutrinadores brasileiros, bem como autores de outros países cujas contribuições possam agregar valor à pesquisa.

1. EM BUSCA DA COMPREENSÃO DO SIGNIFICADO DAS CATEGORIAS "JUDICIALIZAÇÃO", "ATIVISMO JUDICIAL", JURIDICIZAÇÃO E "JUDICIALIZAR"

"Após a Segunda Guerra Mundial, algumas nações notaram que um Judiciário forte e independente traz, naturalmente, um favorecimento à democracia" (MANSUR, 2017). Ao examinar quais os fatores que deram origem ao fenômeno da Judicialização, a referida autora destaca que:

> [...] atualmente há um desencanto generalizado do cidadão com a política. Isso porque os representantes políticos, na maioria dos países, estão deixando a desejar através de suas gestões permeadas pela corrupção. O que requer um maior controle e fiscalização da política. (MANSUR, 2017).

Ao refletir sobre esse desencanto, deve-se ter em mente que "quando alguém diz, como é frequente lermos em entrevistas aos jornais, que "não liga para a Política", está naturalmente exercendo um direito que lhe é facultado pelo sistema político em que vive" (RIBEIRO, 1998, p. 13). Contudo, temos que ter mente que o desencanto é com a politicagem e não com a política, pois, como estudado em Ciência Política:

> Em sua acepção mais ampla, herdada da tradição clássica grega, a Política pertence ao domínio do conhecimento prático (aquele que o homem constrói a partir de sua existência concreta, e não a partir de elaborações exclusivamente teóricas), utilizando-se como critérios para sua definição aspectos como a justiça, o bom governo, bem como as condições pelas quais seja possível atingir o bem comum (LIMA e GÓES, 2015, p. 8).

Logo, há uma evidente distinção entre essa percepção, relacionada ao bom governo, do que outras representações, que seria um governo corrompido, como se depreende da lição de Lima e Góes (2015, p. 9):

> Cabe atentar, no entanto, que, nos dias atuais, a essas visões mais nobres do fenômeno político, outras formas de enxergar vêm sendo apresentadas, embora possam ser rechaçadas de pronto. É que elas expressam exatamente o oposto do que o conceito original procura nos informar, aproximando-se do que conhecemos por "politicagem". Esse termo expressa uma forma de agir (corrompida) que tem por propósito último atender a interesses pessoais ou trocar favores particulares em benefício próprio. Por esta razão, é importante realçar que as expressões "política" e "politicagem" possuem em comum o radical, mas em nada se aproximam no que se refere aos conceitos que expressam.

O Brasil tem uma população acima de 210 milhões de habitantes, possui uma grande diversidade cultural, e em consequência disso, uma demanda complexa de necessidades básicas que estão garantidas pela Constituição Federal de 1988. Além disso, pode-se dizer que a Carta Política vigente "[...] é extremamente abrangente, porque trata de temas não só organizacionais do Estado, mas também do meio ambiente, saúde, trabalho, assistência ao idoso e outros" (MANSUR, 2017).

Ocorre que nem sempre o poder público consegue atender às demandas sociais e garantir, através de políticas públicas, o bem-estar social e o cumprimento dos Direitos Humanos, "o que abre espaço para que o Poder Judiciário interfira nessas questões relevantes social e politicamente" (MANSUR, 2017). Nesse sentido:

> A própria complexidade das relações sociais na modernidade (consequência de uma sociedade massificada) exige uma atuação mais efetiva e concreta do direito, o que resulta no processo de judicialização de todo o tipo de demanda social (ALMEIDA; ALMEIDA, 2015, p. 2).

A referência ao cenário brasileiro pode nos fazer indagar se esse fenômeno ocorre apenas em nosso país. Porém, deve-se observar que:

> Trata-se de um fenômeno mundial por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo. Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo (MANSUR, 2017).

Para Almeida e Almeida "a judicialização das demandas sociais significa que todos os litígios, dos mais simples aos mais complexos, são submetidos ao crivo do Judiciário". Na perspectiva sustentada pelos referidos autores, como visto, qualquer tipo de conflitos de interesses pode ser submetido pela parte interessada para que o Estado-Juiz se manifeste, e quando isto ocorre, há o fenômeno da judicialização das relações sociais.

A judicialização é "um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política". Para o referido autor:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus Ministérios e a Administração Pública em geral (BARROSO, 2012, p. 24).

A Judicialização "se apresenta em caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no Direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário" (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 2). O Poder Judiciário deixa de cumprir tão somente suas funções e passa a confrontar outros Poderes e cumprir um pouco daquilo que seria matéria exclusiva deles. Logo, devido à crise institucional do Poder Público, o Poder Judiciário deixa de ser apenas o ente Técnico-Teórico e passa a ter uma relevância por parte da sociedade.

A ausência e a carência do Poder Público tem sido uma das causas para o alto crescimento das demandas sociais. O Legislativo e o Executivo não têm conseguido garantir os Direitos Fundamentais que estão elencados na Magna Carta, e como consequência disso, o Poder Judiciário,

quando provocado, toma para si a soberania para resolver os conflitos, como adiante se mostra:

> A omissão e insuficiência destes poderes contribuíram, assim, para a atividade compensatória do Judiciário e para a consequente judicialização das relações sociais, pois este poder toma para si a função de resolver todos os litígios sociais, interferindo de certa forma na competência dos demais poderes e ocasionando certo desequilíbrio entre eles (ALMEIDA; ALMEIDA 2015, p. 4-5).

Identifica-se uma preocupação nesta doutrina acerca da afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, pois o Poder Judiciário interfere, diretamente, quando, por meio de uma decisão, determina que algo seja cumprido pelo outro ente.

A problematização acerca desse princípio remete-nos ao conteúdo estudado em Direito Constitucional, uma vez que o poder do Estado é distribuído a partir de suas funções e competências. O ponto central que se deve ter em mente, portanto, está relacionado ao fato de a representação estatal estar dívida nesta tríade dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como no sistema de Freios e Contrapesos, criado para evitar o autoritarismo ou a usurpação de competência por parte de um em relação aos demais.

O fato é que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reservou ao Poder Judiciário o dever de proteger a nossa Lei Maior. Portanto, quando um Direito Fundamental não é garantido, caberá ao Poder Judiciário a incumbência de decidir quanto ao seu cumprimento.

Almeida (2013, p. 53), ao examinar, em seu projeto de tese de doutoramento, as características do Poder Judiciário antes da Constituição de 1988, adverte que "o Poder Judiciário, no Estado brasileiro, apresentava uma postura extremamente passiva, e os conflitos conduzidos e solucionados por ele eram de cunho estritamente individual e patrimonialista". Em suas reflexões, ao problematizar a questão no tempo presente, afirma: "o desafio maior do Poder Judiciário brasileiro, na atualidade, é lidar adequadamente com a crescente judicialização das pretensões de alta intensidade, que levam todos os dias a seus órgãos um número infindável de processos" (ALMEIDA, 2013, p. 174).

Retomando o raciocínio exposto por Barroso (2012, p. 6), no sentido de que a judicialização decorre do modelo constitucional, precisamos refletir sobre a importância do tema Controle da Constitucionalidade. Para exemplificar, destaco a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tomando por hipótese que o Legislador cria a norma a ser implementada em sociedade e ocorre, por iniciativa de um dos legitimados para o ajuizamento, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. O que acontecerá? Em regra, haverá a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a Constitucionalidade ou a Inconstitucionalidade da Lei. Para Barroso (2012, p. 6), o controle será uma das causas da judicialização. Vejamos:

> A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o Americano e o Europeu (BARROSO, 2012, p. 6).

O Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição faz com que as demandas sociais, que o Poder Público não consegue disponibilizar ao cidadão, sejam objeto de litigância junto ao ente judicial, cabendo, portanto, o dever de análise desses casos concretos pelo Poder Judiciário, para que esse possa examinar e emitir parecer, podendo, dessa forma, ter efeito *erga omnes* ou *inter partes*.

Para Teixeira, a judicialização "significa, por conseguinte, seguir procedimento típico de administração da justiça, por meio de Processo Judicial ou processo semelhante, com conhecimento, habilidade e experiência judicial" (TEIXEIRA, 2001, p. 34).

A questão da judicialização remete a um contexto de supervalorização do Poder Judiciário. Mas quais fatores teriam contribuído para essa situação? Almeida e Almeida (2015, p. 155) sustentam:

> Nesse processo, vários fatores contribuíram para a supervalorização do referido órgão: o Neoconstitucionalismo que superou o estado Legislativo e consagrou a supremacia da Constituição; o pós-positivismo que preconiza uma valorização dos princípios e sua inserção na Constituição através da inserção dos Direitos Fun-

> damentais; a insuficiência da atuação dos outros Poderes, mais precisamente o Executivo, que não atende às necessidades sociais; a própria complexidade das relações sociais na modernidade (consequência de uma sociedade massificada) exige uma atuação mais efetiva e concreta do Direito, o que resulta no processo de judicialização de todo o tipo de demanda social; e o despertar gradual da sociedade no sentido de exigir a reparação de lesões aos seus direitos (característica quase sempre latente na Sociedade Brasileira, tendo em vista seu contexto histórico) que vê no Judiciário o órgão solucionador de todo e qualquer conflito social.[...]
>
> A consequência desse processo consiste numa supervalorização do Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, revelando verdadeira afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, bem como numa atribuição de novas funções à prestação jurisdicional dentro de um contexto social que já vislumbra meios alternativos de soluções dos litígios como forma de pacificação social e consequente redução das demandas submetidas ao Poder Judiciário. A judicialização das relações sociais transformou-se, assim, num processo autodestrutivo para o Direito e para o órgão, que não será capaz de absorver e resolver todos os tipos de conflitos sociais (ALMEIDA; ALMEIDA, 2015, p. 155).

Temos como paralelo à judicialização, o ativismo judicial, que está associado a uma participação maior e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, tendo maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes da República (BARROSO, 2012, p. 6).

Conforme ensina Barroso, a judicialização e o ativismo judicial são primos, mas não têm a mesma origem. Ambos não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o

seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 6).

Os termos "ativismo judicial" e "judicialização da política" são frequentemente tratados pela doutrina brasileira – ora como um mesmo fenômeno, ora de forma aleatória –, sendo raros os que fazem uma clara diferenciação entre os termos. Considerando que a distinção entre os movimentos ativistas e a judicialização da política é o cerne no qual partem as considerações centrais deste trabalho, torna-se relevante esboçar uma diferenciação entre tais para o desenvolvimento da ideia de que o Neoconstitucionalismo, em especial na forma como foi importado pela doutrina brasileira, contribui para a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 2).

Assim, para os autores, a influência do Neoconstitucionalismo é direta no advento do ativismo judicial na realidade judiciária e jurídica brasileira, diferenciando-o da judicialização. Frisam os autores quanto à amplitude que o ativismo judicial alcança ao fazer uso de uma interpretação expansiva da Constituição.

Para Teixeira e Neves, a crescente judicialização das relações sociais é resultado direto do aumento de questões políticas e sociais que passaram a ser decididas em juízo, por isso devemos tomar também como pressuposto o fato de que os diversos processos de globalização culminaram na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diversas questões ajurídicas tornaram-se jurídicas e, por consequência, judicializáveis (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 2).

Embora seja regularmente utilizado, na doutrina jurídica, não há consenso acerca do uso da terminologia "ativismo judicial". Certo é que a expressão se origina nos Estados Unidos, mais precisamente depois que a Suprema Corte, na famosa decisão *Lochner v. New York* (198 US 45, de 1905), entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de Devido Processo Legal (*dueprocessoflaw*), consagrada pela Seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. Ou seja, estabeleceu uma ilação que a própria Constituição e o Poder Constituinte Reformador

não haviam feito. No referido julgado, a corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser "irrazoável, desnecessária e arbitrária" tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de Era Lochner (1897-1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela corte, de acordo como leciona Sunstein (1987, p. 874, *apud* TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 5).

Conforme ensina Barroso, o ativismo judicial é uma escolha de modo específico e proativo de interpretação da Constituição, sendo, normalmente, instalado em situações de retração do Poder Legislativo, a fim de atender às demandas sociais de efetividade. Desse modo:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

William Marshall (*apud* TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 5) trabalha com sete indicadores para a identificação do ativismo judicial, recolhidos na literatura sobre o tema. São eles:

> a) ativismo contramajoritário: quando as cortes contrariam as decisões de instituições democraticamente eleitas;
>
> b) ativismo "não originalista": quando as cortes se afastam da fidelidade ao texto ou às intenções originárias do legislador;
>
> c) ativismo dos precedentes: desvinculação da corte aos precedentes judiciais;

> d) ativismo jurisdicional: falha da corte em aderir aos limites do seu próprio poder de jurisdição;
>
> e) criatividade judicial: criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
>
> f) ativismo remedial: uso do poder jurisdicional para impor obrigações afirmativas nos outros ramos do governo ou a sua supervisão como uma parte do remédio judicialmente imposto;
>
> g) ativismo partidário: uso do poder jurisdicional para lograr objetivos planejados partidariamente (TEIXEIRA e NEVES, 2014, p. 5).

Destarte, é na jurisprudência americana que vamos encontrar as origens do ativismo judicial. A segregação racial encontrou amparo na atuação proativa da Suprema Corte (*Dred Scott v. Sanford*, 1857), bem como para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), o que culminou no conflito entre o presidente Roosevelt e a Corte, mudando a orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). Na década de 1950, sob a presidência de Warren (1953-1969), nos anos da Corte Burger (até 1973), a Suprema Corte produziu jurisprudência em matéria de direitos fundamentais, a exemplo da questão dos negros (*Brown v. BooardEducation*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966), das mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), bem como no que se refere ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e da interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, 2012, p. 7).

Segundo Guastini (2007, p. 65), citado por Teixeira e Neves, o *judicial activism* buscaria efetivar um Direito Constitucional tendencialmente completo, sem lacunas: considera-se que os princípios constitucionais são capazes de regular qualquer matéria possível, de modo que não restam espaços vazios no Direito Constitucional, em que o legislador possa decidir o que quiser, já que sempre haverá uma norma constitucional para cada lei ordinária com a qual se poderá confrontar para decidir sobre sua conformidade com a Constituição (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 6).

Cabe ressaltar que os autores fazem a ressalva quanto ao contrário do ativismo judicial, qual seja, a representação direta dos agentes políticos

como detentores únicos da legitimidade democrática conferida pelo povo. Assim:

> Uma contrapartida ao ativismo judicial seria a doutrina do *judicial restraint*, que se inspira numa característica referencial do legislador democrático: serem eleitos pelo povo. Nesse particular, os juízes constitucionais careceriam, segundo esse pensamento, de legitimidade democrática, não devendo invadir as competências do Poder Legislativo. Desse modo, uma lei não deveria ser declarada inconstitucional, salvo quando fosse contrária à Constituição de forma evidente (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 6).

Os autores abordam o teor doutrinário que justifica o ativismo judicial, vez que aos juízes cabe interpretar a Constituição nos moldes das demandas sociais, fundamentados em sua vivência e na noção de justiça social.

> Essa doutrina sugere aos juízes uma interpretação tendencialmente livre de todo vínculo textual, ou seja: favorece a livre criação do direito constitucional por parte dos juízes, com a finalidade de adaptar os valores constitucionais às necessidades da vida real, que os juízes só podem identificar mediante seus sentimentos subjetivos de justiça (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 6).

Para Barroso, "o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito" (BARROSO, 2012, p. 7). Nesse sentido:

> O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar*o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacida-

> de institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias (BARROSO, 2012, p. 17).

Ainda:

> [...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2012, p. 19).

Posto isto, a conceituação categórica do ativismo judicial faz um apanhado histórico do Neoconstitucionalismo, a fim de justificar o uso excessivo do Poder Judiciário. Por fim, conclui-se que o ativismo judicial é uma propulsão do Neoconstitucionalismo, que impulsiona o Judiciário a aplicar, atualmente, as normas constitucionais conforme as demandas sociais atuais que não são amparadas pelos demais Poderes do Estado.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário viu-se diante de um aumento considerável das demandas judiciais e, atualmente, é visto pela sociedade como único e importante órgão de solução dos conflitos. A judicialização das demandas sociais significa que todos os litígios, dos mais simples ao mais complexos, são submetidos ao crivo do Judiciário (ALMEIDA; ALMEIDA, 2014, p. 2).

Como já mencionado neste trabalho, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, verificou-se na maior parte dos países ocidentais um avanço da justiça constitucional sobre o espaço político (BARROSO, 2012, p. 6). O insigne ministro da Suprema Corte Brasileira frisa que o fato de judicializar é um fenômeno que ocorre em diferentes partes do mundo, destacando-se o protagonismo em decisões que envolvam questões de alcance político, bem como de implementação de políticas públicas e temas morais controvertidos na sociedade.

A título de exemplo, no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar quanto à constitucionalidade de os EUA fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos EUA, em 2000, a Suprema Corte daquele

país julgou o afamado caso *Bush v. Gore*. A suprema Corte de Israel decidiu sobre a construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Turquia, a Corte Constitucional busca preservar o Estado laico, em vista do avanço do Fundamentalismo Islâmico. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido impedido (*impeachment*). Na Argentina e Hungria, os planos econômicos de alcance geral tiveram validação dada pelas supremas cortes desses países (BARROSO, 2012, p. 2).

Como se vê, a ação de judicializar (judicialização) é um fato recorrente em diversas realidades do mundo. Porém, tem-se em vista que tal fato só decorreu em função dos conflitos de proporções mundiais anteriores.

No atual cenário jurídico, segundo ensino do professor e ministro (BARROSO, 2012), o caso brasileiro é especial, pois circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política, às competências dos Poderes, alçam o Supremo Tribunal Federal às manchetes, a exemplo das transmissões diretas dos julgamentos do Plenário da Corte. Continua o insigne ministro dizendo que:

> Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de Televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem-preparadas e bem-intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia (BARROSO, 2012, p. 2).

Ao fazer exame, em seu projeto de tese de doutorado, quanto às características do Poder Judiciário antes da Constituição de 1988, Almeida e Almeida (2014) adverte que "o Poder Judiciário no Estado brasileiro apresentava uma postura extremamente passiva, e os conflitos conduzidos e solucionados por ele eram de cunho estritamente individual e patrimonialista".

Em suas reflexões, ao problematizar a questão no tempo presente, afirmam os autores:

> O desafio maior do Poder Judiciário brasileiro, na atualidade, é lidar adequadamente com a crescente judicialização das pretensões de alta intensidade, que levam todos os dias a seus órgãos um número infindável de processos (ALMEIDA; ALMEIDA, 2014, p. 6).

Em suma, o que se pretendeu demonstrar neste tópico são as diferenças e congruências entre as terminologias que ensejam a temática desta pesquisa, expondo seus significados e suas implicâncias no cenário jurídico-político do país. Obviamente, não se busca exaurir a temática, mas somente frisar os pontos relevantes que ensejam este trabalho a fim de alcançar o objetivo principal do mesmo.

2. CASOS CONCRETOS DE CONFLITOS SUBMETIDOS NA TEMÁTICA

Para Barroso, um dos exemplos da causa do surgimento da categoria da "judicialização" foi à "*redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988" (BARROSO, 2012, p. 3).

Para ele, a sociedade passou a buscar soluções concretas para a resolução de seus litígios e o fortalecimento do Judiciário cresceu, pois há uma consciência de que ajuizar essas demandas através de ações junto ao Poder Judiciário seria a última alternativa para a resolução do conflito. A partir daí, o Poder Judiciário começou a ter um reconhecimento maior por parte da população.

Para Barroso (2012, p. 4), a categoria "constitucionalizar" significa "transformar política em Direito". De modo que se uma política pública não for criada pelo legislador, os legitimados poderão propor uma ação para pleitear este direito, como adiante se mostrará:

> A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária [...] por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate

> sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012, p. 4).

Analisando a última década, é possível identificar um expressivo aumento do ativismo judiciário no Brasil, veja o que a doutrina diz sobre o tema:

> Um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa (BARROSO, 2012, p. 8).

Por este motivo, quando não há previsão constitucional quanto à aplicabilidade da regra, caberá à Corte Superior o dever de analisar e interpretar a lei, para que todos possam utilizá-la. A Constituição Federal garante a todos o direito à saúde e incumbe seu dever ao Estado; portanto, além de criar políticas públicas de saúde, o Poder Público tem que garantir o fornecimento de medicamentos e quando isso não ocorre, poderá haver a judicialização desta demanda. Nesse caso, se hipoteticamente o Poder Judiciário, ao analisar o caso e entender que cabe ao Poder Público o dever de fornecer o medicamento, através da decisão judicial será determinado que o Estado cumpra, mesmo que não haja recursos para o fornecimento desta medicação.

O fenômeno da judicialização implica algumas preocupações por parte de alguns doutrinadores. Para Almeida e Almeida (2015, p. 6) o "Judiciário vem emitindo decisões desprovidas de profunda análise e especificidade do caso concreto".

> Para uniformizar e amenizar tal quadro, surgem diversas técnicas de padronização das decisões como, por exemplo, as mais variadas

> espécies de súmulas que constituem verdadeiros julgamentos padronizados (ALMEIDA; ALMEIDA, 2015, p. 6-7).

As decisões judiciais quando embasadas nas súmulas não versam especificamente sobre sua especificidade, ao contrário, tomam uma roupagem igualitária.

> O processo de hiperjudicialização das demandas reflete-se na má qualidade das decisões judiciais, na demora do andamento dos processos, na superestimação do papel do juiz como criador da norma, no surgimento de um superpoder em detrimento dos demais, etc. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2015, p. 3).

Temos um exemplo prático como modelo de jurisprudência em relação ao mandado de injunção. A partir do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria relacionada ao direito de greve dos servidores públicos e seu reconhecimento em sede de mandado de injunção, os elementos expostos configuram o conceito de ativismo judicial (CONTINENTINO, 2012, p. 147). No caso, considerar-se-á a delimitação temporal e temática, a mudança da composição do STF e a ideia de coerência e integridade.

Posto isto, para o Mandado de Injunção nº 107-3 QO/DF, relator Min. Moreira Alves, o STF fixou a tese não concretista do mandado de injunção. Tal entendimento foi aplicado aos servidores públicos, quando o STF julgou o MI nº 20-4/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/05/1994) e, por conseguinte, negou-lhes o direito ao exercício da greve, enquanto não fosse editada a lei constitucionalmente reclamada. Contudo, no MI nº 670-9/ES (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), no MI nº 708-0/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007) e no MI nº 712-8/PA (Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007), o STF reverteu o entendimento manifestado no MI nº 20-4/ DF e reconheceu a legitimidade do direito de greve não só para o impetrante, mas também para todas as categorias de servidores públicos, acolhendo, assim, a tese concretista genérica (CONTINENTINO, 2012, p. 147).

Frisa-se que nesse caso houve o pedido de desistência do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Impetrante), sendo recusado pelo STF.

Em suma, o STF saiu de uma tese não concretista (MI nº 20-4/DF), na qual restou prejudicada a efetividade do mandado de injunção em nome dos princípios democráticos e da separação dos poderes, e, de súbito, enviesou a posição para a tese concretista genérica, que tem eficácia *erga omnes* (CONTINENTINO, 2012).

Nas palavras de Marcelo Casseb Continentino, quanto ao ativismo judicial, sobretudo da Suprema Corte:

> As críticas feitas ao conceito de ativismo judicial se justificam porquanto o termo não tem o condão de capturar, em sua inteireza, a pluralidade de situações apreciadas pelo Poder Judiciário e, como tal, fragiliza o papel dessa mesma crítica (CONTINENTINO, 2012, p. 8).

Ressalte-se que o professor de direito constitucional, ora referido, examinando o caso do mandado de injunção e direito de greve dos servidores públicos, desenvolve o argumento em defesa de um ativismo judicial "mais restrito e fundamentado" (CONTINENTINO, 2012, p. 8).

Quanto à juridicização, temos como exemplo o caso ocorrido com o Juiz de Direito Urbano Ruiz, na cidade de Rio Claro-SP, onde o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública para obrigar o Município a criar vagas na rede de ensino municipal, para que no ano letivo de 1998 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. No caso, à época, o juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura. Tal fato, complementando o juiz Ruiz, demonstrou que "é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas" (TOMAZ, 2008, p. 108).

No Brasil, é visível que o Poder Judiciário se aproximou da população por meio dos juizados de pequenas causas, cuja representação independe de advogado. Assim também as legislações especiais de proteção de minorias, como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Outro exemplo direto é o sistema de controle de constitucionalidade misto, que tem no controle difuso a possibilidade de grupos minoritários na política exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias (ARANTES, 2006, p. 241).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do poder judiciário deveria ocorrer em situações excepcionais e, assim, não acarretaria violação ao princípio da separação de poderes, apenas adotando-se o sistema de freios e contrapesos. Em Estados Democráticos é importante destacar que a nenhuma parcela da população é dada a competência de restringir os direitos e liberdades fundamentais de outra parcela.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Conflitos sociais judicializados**: crítica sobre a legitimidade dos precedentes na resolução de demandas individuais de massa. Projeto de Tese (Exame de qualificação para o Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

ALMEIDA, Anthony Ferreira; ALMEIDA, Pamela Ferreira. A hiperjudicialização das demandas sociais: a utilização de medidas alternativas de solução de conflitos como contenção para a hipertrofia do Poder Judiciário. **Doutrina: Revista da EJUSE**, n. 22, 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92287/ hiperjudicializacao_demandas_sociais_almeida.pdf. Acesso em: 2 maio 2019.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. Bras. Ci. Soc**. São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E CONTROLE JUDICIAL DE

POLÍTICAS PÚBLICAS. **Revista Direito GV**. São Paulo 8(1), p. 059-086, jan./jun. 2012. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefaenia_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis.** Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388. Acesso em: 20 set. 2019.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional:** entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. (Col. Estado e Constituição, n. 16.)

CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 4, ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49, n. jan./mar. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: M. Fontes, 2001.

LIMA, Marcelo Machado; GÓES, Guilherme Sandoval. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: SESES, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MANSUR, Sâmea Luz. O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao--na-sociedade-contemporanea. Acesso em: 20 set. 2019.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional:** entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. (Coleção Estado e Constituição, n. 16.)

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**: quem manda, por que manda, como manda. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar**: a judicialização da Política no Brasil. Brasília: Plano Editora. 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr./2014.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Juridicização da Política.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45 n. 177, p. 95-112, jan./mar. 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2009.

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

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Soc**. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA

Maira de Souza Almeida[9]

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que não há poder ilimitado no Estado constitucional de direito, pois todos os poderes estão submetidos à Constituição e a seus valores fundamentais. Por essa razão, o Judiciário acaba por se sobressair aos outros poderes na dita *"era dos direitos"* já que ele é o intérprete da Constituição.

O neoconstitucionalismo (ou novo direito constitucional) é o fenômeno responsável por essa constitucionalização do Direito, resultante de diversos fatores como os da formação do Estado constitucional de direito, do pós-positivismo, da centralidade dos direitos fundamentais, da reaproximação do direito e da ética, da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova forma de interpretar a Carta Magna (BARROSO, 2005, p. 15). Essa constitucionalização do direito tem como consequência reduzir a discricionariedade do Poder Legislativo na elaboração das leis (Barroso, 2005, p.17) e permite avaliar as normas editadas por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (BARROSO, 2005, p. 47).

9 Formada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Advogada e investigadora do JusGov.

Derivando desse sistema, a judicialização de questões políticas e sociais é cada vez mais presente na sociedade brasileira – em razão, sobretudo, do sistema de controle de constitucionalidade abrangente que autoriza que discussões de largo alcance político e moral sejam enfrentadas pelo Poder Judiciário e não pelos órgãos tradicionais (BARROSO, 2012, p. 31). Assim, o protagonismo do Poder Judiciário ganhou força nos últimos anos e diversas questões sociais que careciam de legislação específica disciplinando o tema foram e ainda são levadas ao Judiciário – como ocorreu com o casamento homoafetivo e a permissão para o uso de células-tronco em pesquisas científicas, cuja decisão final coube ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Esse crescimento do Poder Judiciário frente aos demais Poderes da União pode ser percepcionado pelo ativismo judicial que têm marcado o cenário jurídico no Brasil. Ele é resultado de uma postura do intérprete que decifra a Constituição de forma proativa e expansiva, potencializando o sentido e alcance das disposições normativas, para ir além do legislador ordinário (BARROSO, 2012, p. 31).

Portanto, segundo esse novo constitucionalismo, a atuação jurisdicional ganha destaque e deve pautar-se nos valores consagrados na Constituição e em seus princípios fundamentais para que haja justiça. Por isso é possível que magistrados se neguem a aplicar uma lei injusta, que se revele inconstitucional, uma vez que não é o juiz um mero aplicador da lei no ato de decidir (CLÈVE, 2014, p. 182-187).

Constata-se igualmente que o Judiciário na sociedade brasileira moderna tem tido uma enorme responsabilidade de solucionar novas questões sociais, para as quais há inércia do Poder Legislativo, através da interpretação da norma jurídica a fim de garantir a paz social.

1. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Primeiramente, é importante tecer breves considerações no sentido de que o movimento universal de acesso à Justiça repudia o formalismo jurídico e enaltece a visão tridimensional do direito enquanto fato, valor e norma e não somente enquanto norma jurídica (LEITE, 2018). Trata-se do entendimento de que a ciência jurídica não deve ser vista como algo

isolado do contexto político, social e econômico para a compreensão do litígio e para a busca de soluções (LEITE, 2018).

É preciso compreender mais especificamente que o acesso à Justiça está intimamente vinculado ao modelo político do Estado e à hermenêutica do direito processual como instrumento de efetivação dos direitos reconhecidos pelo próprio Estado (LEITE, 2018).

Nesse aspecto, o **Estado democrático de direito***,* também conhecido como de **Estado constitucional,** visa à efetivação dos Direitos Humanos de **primeira, segunda e terceira dimensão –** e o Poder Judiciário é responsável por isso, juntamente com os outros poderes, através da defesa dos direitos fundamentais e da promoção da inclusão social. Nessa perspectiva, Leite afirma que o Judiciário tornou o Poder mais importante na *"era dos direitos"* (LEITE, 2018).

O fenômeno da **constitucionalização do processo**, que tem por escopo a **efetividade do acesso** ao Poder Judiciário brasileiro, tem como premissas básicas: o entendimento da legislação a partir dos princípios constitucionais de Justiça e dos direitos fundamentais; um **novo conceito de princípios jurídicos** que já não são vistos apenas como fontes subsidiárias; **novos métodos de prestação da tutela jurisdicional** segundo os quais o magistrado deve: i) interpretar a lei conforme a Constituição ii) controlar a constitucionalidade da lei, atribuindo-lhe, se for o caso, novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e iii) suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental através do ativismo judicial, entre outras características (LEITE, 2018). Em outras palavras, no Estado democrático de direito o processo se traduz em "direito constitucional aplicado", enquanto o acesso à Justiça é um direito humano e direito fundamental (LEITE, 2018).

É preciso ultrapassar a lógica dos "custos **legis"** e avançar no sentido daquela do **"custos iuris"** – que circunda a interpretação do ordenamento jurídico para além da lei em *sentido estrito*, envolvendo também os princípios, os valores e os objetivos fundamentais existentes na sociedade (LEITE, 2018). Nessa linha de raciocínio, Silveira (2017) afirma que no Estado constitucional a lei deixou de ser fonte exaustiva e exclusiva da disciplina dos direitos, na medida em que o reconhecimento do direito pelo magistrado acaba por se antecipar, muitas das vezes, ao legislador e, desta forma, a jurisprudência assume o conteúdo criativo de fonte de direito. Assim, Silveira (2017) destaca que:

> [...] [O] raciocínio desta "jurisprudência normativa" parte de algumas sugestões da Constituição dirigente, segundo as quais o judiciário teria legitimação constitucional para o desenvolvimento de um poder normatizador capaz de operar uma correção dos défices da função político-representativa e de, em termos complementares, operar a concretização política da Constituição [...].

Portanto, entende-se que no neoconstitucionalismo ampliou-se a função interpretativa dos Tribunais e juízes na aplicação do ordenamento jurídico, a fim de possibilitar o acesso efetivo à jurisdição.

A fim de captar a real dimensão da problemática, convém destacar o modo de funcionamento do Judiciário no Estado brasileiro nos dias de hoje, bem como a sua relação com os demais poderes.

2. O CRESCIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Barroso (2012, p. 23-31), a judicialização é um fenômeno presente na sociedade brasileira. Nela, questões que possuem repercussão política e social vêm sendo decididas pelo Judiciário e não pelos órgãos tradicionais. Trata-se, na realidade, de uma transferência de poder para juízes e Tribunais. Esse fenômeno, segundo o autor, possui múltiplas causas, além de ser uma tendência mundial, está relacionado ao modelo institucional adotado pelo Estado brasileiro, e é também resultado da redemocratização do país e da Constituição adotada, que possui como características ser analítica, ambiciosa e, de acordo com Barroso, desconfiada do legislador.

Pode-se notar, portanto, que a judicialização no Brasil é resultado do modelo constitucional que se estabeleceu, pois qualquer questão disciplinada por norma constitucional é passível de converter-se numa pretensão judicialmente exigível. Isso porque o **sistema brasileiro de controle de constitucionalidade** é um dos mais abrangentes do mundo – e por ser híbrido, possui características de dois sistemas diversos: o americano e o europeu (BARROSO, 2012, p. 23-31).

Desse modo, desde a República, a fórmula americana de controle incidental e difuso de constitucionalidade é utilizada no sistema brasileiro

– e por ele qualquer juiz ou Tribunal pode simplesmente não aplicar uma lei, em um dado caso concreto, caso a considere inconstitucional (BARROSO, 2012, p. 23-31).

Por ser um modelo híbrido, igualmente adota-se o modelo europeu de controle concentrado por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade – e aqui as questões de constitucionalidade são apreciadas "em tese" pelo STF, que é a Corte constitucional brasileira (BARROSO, 2012, p. 23-31).

Por sua vez, o ativismo judicial trata-se de uma escolha específica e proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance em situações de retração do Poder Legislativo. Logo, o **ativismo judicial** está relacionado com uma participação ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, tendo como resultado uma interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2012, p. 23-31).

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Historicamente, o ativismo judicial surgiu na jurisprudência norte-americana e foi através de uma atuação proativa da Suprema Corte que, por exemplo, resolveram-se questões de segregação racial naquele país. Canotilho (2003, p. 95) destaca que, nos Estados Unidos, os Tribunais são os responsáveis por resguardar os direitos constitucionais e os princípios de Justiça, podendo não aplicar *"más leis"* governamentais. É isso que vem ocorrendo também no Brasil.

Situação contrária ao ativismo é a **autocontenção judicial**, em que o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes (BARROSO, 2012, p. 23-31).

> Por essa linha, juízes e Tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 23-31).

Até a Constituição de 1988, a **autocontenção judicial** era a diretriz para a atuação do Judiciário no Brasil. Destaca-se que a autocontenção limita o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. Atualmente, porém, o foco é outro, marcado pelo ativismo judicial, segundo o qual o Judiciário tenta extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional (BARROSO, 2012, p. 23-31). Assim, o ativismo judicial expressa a postura do intérprete, pois é uma forma proativa de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. É uma forma de contornar o processo político majoritário quando ele tenha se tornado inerte ou incapaz de produzir consenso. Há riscos na judicialização e no ativismo que envolvem a legitimidade democrática, a politização da Justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias (BARROSO, 2012, pp.23-31).

Aqui cabe também se fazer a mesma indagação de Silveira (2017) em seu artigo "[d]o dirigismo constitucional à interconstitucionalidade "com cheirinho de alecrim": o que esperar da magistratura brasileira diante de um poder político que não cumpre com suas mais elementares responsabilidades constitucionais? Importa destacar que esse protagonismo do Poder Judiciário é mais comum em países de tradição **common law** devido ao processo de criação jurisprudencial do direito. Todavia, é uma tendência mundial por causa da presença nos textos constitucionais de princípios que possibilitam interpretações construtivistas do ordenamento jurídico. No Estado brasileiro, o sistema jurídico é misto.

Ademais, em razão da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Congresso Nacional, há uma expansão do Judiciário em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e que, muitas vezes, inovam na ordem jurídica, com

caráter normativo geral (BARROSO, 2012, p. 27). Isso porque Constitucionalismo **significa que o poder deve ser limitado em respeito dos direitos fundamentais presentes na** Constituição, ainda que contra a vontade dos representantes eleitos – e o intérprete da Constituição é um Tribunal, no caso o STF (BARROSO, 2012, p. 28). Assim, conservar e promover os direitos fundamentais, ainda que contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição para o bom funcionamento do constitucionalismo democrático. Dessa maneira, pode-se dizer que a intervenção do Judiciário, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a **favor** e não contra a democracia (BARROSO, 2012, p. 23-31).

Ainda que os três poderes tenham o papel de interpretar a Constituição, e em sua atuação respeitar os valores nela expressos, tendo em conta a forma como estão estruturadas as instituições no Brasil, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário (BARROSO, 2012, p. 30) – um papel que é exercido, muitas das vezes, por meio da hermenêutica jurídica.

Nessa trilha de raciocínio, convém esclarecer que a hermenêutica jurídica é a **interpretação do direito que permite revelar o sentido da disposição normativa de forma mais harmônica com a ordem jurídica vigente – ou seja,** com os princípios e as regras constitucionais, bem como com os tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Estado brasileiro é signatário (DELGADO, 2017, p. 294).

Essa compreensão das normas que integram o ordenamento jurídico é de fundamental importância em um Estado democrático de direito, pois os direitos fundamentais agregam a essência de um Estado constitucional, assim como servem de parâmetro e limite para as atividades do Estado por meio de seus valores, direitos e liberdades fundamentais (SARLET, 2009, p. 58).

Nesse sentido, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais formam o núcleo substancial da ordem normativa a que está sujeito o Estado a fim de evitar abusos e totalitarismos (SARLET, 2009, p. 61). Cite-se como exemplos de direitos fundamentais previstos na Constituição a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o acesso à Justiça, dentre outros.

Portanto, direitos e valores fundamentais expressos na Constituição Federal são de suma importância para compreender o sentido e alcance das demais disposições normativas, situação que será tratada de forma mais pormenorizada no próximo item dessa pesquisa.

3. DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PELO SISTEMA JUDICIAL

Frente ao que foi dito acima, para possibilitar a existência harmônica do ordenamento jurídico brasileiro, há que se fazer uso da hermenêutica, técnica utilizada para interpretar uma disposição normativa, mais precisamente para desenvolver o seu sentido e alcance através de um ato intelectual. Essa hermenêutica reúne os princípios e teorias que orientam o intérprete na decodificação do direito (NADER, 2016, p. 162-163).

Importa ter em mente que toda disposição normativa é passível de interpretação. Ao interpretá-la deve-se levar em consideração todo o sistema em que ela está envolvida como, por exemplo, outras normas e princípios (NADER, 2016, p. 163-164). Além disso, interpretar pressupõe que haja um espírito lógico, capacidade de percepção e conhecimentos fundamentais da ciência, isso porque a experiência do intérprete é fundamental no processo de cognição do direito (NADER, 2016, p. 164-165).

Hoje, majoritariamente, entende-se que a vontade a ser buscada por meio da interpretação jurídica deve ser para além da vontade do legislador (NADER, 2016, p. 165). Ao intérprete cabe, nesta situação, decifrar o conteúdo normativo, inclusive através do processo de integração por meio da analogia e dos princípios gerais do direito (NADER, 2016, p. 166). Assim, é pela interpretação que o profissional do direito tem acesso ao saber jurídico, quando ele deve avaliar o momento histórico e as particularidades do caso em análise – e isso também permite que de uma lei mal elaborada seja possível, mediante recursos hermenêuticos, buscar uma interpretação harmônica com a ordem jurídica e com os interesses sociais envolvidos (NADER, 2016, p. 168-169).

Na visão de Leite, interpretar também é desvendar o sentido **e** o alcance dos textos com força normativa através de métodos, inspirando-se, ainda, nos princípios e valores que integram dado ordenamento jurídico. De entre os vários métodos tradicionais de interpretação, podem-se des-

tacar o gramatical, o lógico, o histórico, o teleológico e o sistemático. São técnicas que se complementam (LEITE, 2017, p. 110).

O Poder Judiciário para interpretar a disposição normativa também poderá utilizar a Teoria do Diálogo das Fontes que se baseia na compreensão de que o ordenamento jurídico é único e por essa razão as leis não devem ser aplicadas de forma isolada. Essa teoria foi desenvolvida na Alemanha pelo jurista e professor da Universidade de Helderberg, Erik Jayme. Ele explicita que o direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada, de modo que as normas não se excluem, mas se complementam (MARQUES, 2009, p. 89-90). A fim de compreender melhor do que se trata e as vantagens dessa teoria que diz respeito à interpretação das disposições normativas, ela será analisada isoladamente a seguir.

4. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Trata-se de uma ferramenta hermenêutica tendente a solucionar conflitos normativos de forma coordenada, sistemática e conforme os ditames constitucionais. Implica um diálogo porque se aplica a duas normas jurídicas ao mesmo tempo, seja de maneira a uma complementar a outra, seja de forma subsidiária, o que impede a exclusão de uma das normas (MARQUES, 2009, p. 89-90).

Nessa perspectiva, diante de um conflito entre normas constantes de leis, em vez de se utilizar os critérios clássicos que são a especialidade, o hierárquico e o cronológico em que uma norma é extirpada, a Teoria do Diálogo das Fontes permite que mais de uma norma seja aplicada ao caso concreto desde que haja uma interpretação coordenada, sistemática e harmônica delas, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser entendido como um só e, por isso, deve ter uma leitura congruente. Desse modo, repita-se, as leis não devem ser aplicadas de forma isolada, deve-se buscar um diálogo entre as normas presentes no ordenamento jurídico mesmo que pertencentes a ramos jurídicos distintos (MARQUES, 2009, p. 89-90).

A primeira justificativa para a utilização dessa teoria se relaciona com a enorme quantidade de leis existentes hoje na sociedade contemporânea, em razão do pluralismo presente no meio social, e o diálogo representa o consenso entre as diversas normas jurídicas existentes, permitindo a apli-

cação de mais de uma norma ao mesmo caso jurídico, de forma que ambas se complementariam (TARTUCE, 2019).

Inicialmente, foi adotada essa teoria no Brasil para o Código de Defesa do Consumidor e teve como premissas: sempre trazer um situação melhor do que a prevista no CDC caso fosse ele aplicado isoladamente; nunca esquecer das normas de ordem pública do CDC; lembrar dos metacritérios comuns para resolver antinomias que são o hierárquico, a especialidade e o cronológico, pois pode haver colisão entre as normas jurídicas a serem aplicadas em que esses critérios serão necessários, mas a tendência é que eles sejam substituídos pela Teoria do Diálogo das Fontes; sempre aplicar os princípios constitucionais, especialmente os que protegem a dignidade humana e a solidariedade social – leia-se, é necessário dialogar com a Constituição para a consolidação da lei (TARTUCE, 2019).

Nesse sentido, Bezerra Leite (2019, p. 183-185) relata que a herointegração proposta por esta teoria pressupõe a existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também de lacunas ontológicas (norma existente apresenta-se envelhecida) e axiológicas (norma existente é injusta). Ele relata que ela trata da harmonização dos mais diversos sistemas jurídicos, para obter a máxima efetividade dos direitos fundamentais diante do caso concreto.

Dessa forma, entende-se que a compreensão de que o ordenamento jurídico é um todo integrado permite que haja uma complementação entre os mais diversos ramos jurídicos para solucionar novas questões levadas ao Judiciário de forma a possibilitar que haja justiça ainda que não exista lei específica para solucionar a questão, e caso essa exista, a interpretação adequada com valores e princípios constitucionais garante a integridade do sistema em que ela está inserida, favorecendo o acesso à Justiça pelo jurisdicionado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que, atualmente, é notória a incongruência entre os direitos sociais presentes na Constituição e os direitos realmente efetivados, sabe-se que é ao Poder Judiciário que caberá o papel de superar essas limitações e possibilitar a concretização dos direitos fundamentais, por meio do acesso à Justiça, que é um direito humano fundamental de primeira geração.

E isso é feito por meio da interpretação da norma posta que deverá ainda levar em consideração que o sistema é um todo coerente e harmônico, razão pela qual os princípios constitucionais devem servir de baliza para a direção do sentido e alcance da norma. Além disso, é através da hermenêutica jurídica que o intérprete, utilizando a Teoria do Diálogo das Fontes, poderá afastar qualquer interpretação que tente diminuir ou restringir a atuação do Poder Judiciário e o acesso à Justiça por parte do cidadão.

Há que se levar em consideração, também, além da Constituição e das normas ordinárias, os tratados de direito internacional dos quais o Estado brasileiro é signatário, a fim de que normas de Direitos Humanos orientem a apreciação da legitimidade e alcance do sentido legal.

Pode-se afirmar, portanto, que é através de uma interpretação harmônica da ordem jurídica, contemplando as mais variadas disciplinas por meio do diálogo, que o magistrado conseguirá encontrar respostas para solucionar novos desafios sociais que possam porventura surgir e garantir com isso o pleno acesso ao sistema judicial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em: 28 maio 2019.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. 2005. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695. Acesso em: 15 jul. 2019.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantias. La ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, C. L. *et al*. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, P. **Curso de Direito Civil, v. 1: Parte geral.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SARLET, W. I. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVEIRA, A. Da ativação judicial dos direitos fundamentais sociais na União Europeia – Desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento. *In*: ROCHA, Maria Elisabeth *et al.* (org.). **O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

SILVEIRA, A. Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade "com cheirinho de alecrim". *In*: MIRANDA, Jorge (org.). **Nos 40 anos da Constituição**. Lisboa: AAFDL, 2017.

TARTUCE, F. **Direito Civil***: lei de introdução e parte geral.* 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO E O REDIMENSIONAMENTO DA TEORIA DA DECISÃO

Daniella Gomes Reis Peixoto [10]
Marcelo Pereira de Almeida [11]

INTRODUÇÃO

A complexidade das relações humanas exige das instituições o seu contínuo aperfeiçoamento e adequação às necessidades do corpo social. O Poder Judiciário também buscou se adaptar às diferentes demandas que foram apresentadas no decorrer da história. Dessa maneira, o processo judicial

10 Mestranda em Direito pela UCP. Pós-graduada em Advocacia Cível pela Universidade FUMEC/MG. Advogada.

11 Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor adjunto de Direito Processual da UFF. Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilassale/ RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilassale/ RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilassale/ RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil-ICPC. Advogado.

passou por gradativas transformações, possibilitando que a função interpretativa jurisdicional convergisse para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão e para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Com o constitucionalismo contemporâneo, a Constituição ganhou força normativa e os princípios externaram seu conteúdo axiológico. Permitiu-se, então, uma atuação com maior grau de abstração por parte dos operadores do Direito. Mesmo reconhecendo essa maior liberdade de atuação do Poder Judiciário, seja por conta da complexidade das relações humanas, seja em relação às lacunas legislativas, sempre houve a preocupação com as limitações do Estado pelo Direito. Nesse sentido, diversas teorias jurídicas se propõem a estudar a atividade judicial buscando encontrar um caminho entre a arbitrariedade e o formalismo legalista.

O presente texto tem por objetivo refletir sobre os limites de atuação do poder jurisdicional no estado contemporâneo e abordar a mudança paradigmática da teoria da decisão. Para isso, o texto está estruturado em cinco seções. Inicialmente, são traçadas algumas notas sobre o poder judicial nos modelos liberais. Em seguida, são feitas considerações sobre o positivismo jurídico em Kelsen e Hart. Nos terceiro e quarto momentos, abordam-se as mudanças de perspectivas do poder jurisdicional nos Estados Sociais e o constitucionalismo contemporâneo, respectivamente. Por fim, apresentam-se algumas críticas e reflexões acerca da discricionariedade e do ativismo judicial.

1. NOTAS SOBRE O PODER JURISDICIONAL NOS MODELOS LIBERAIS

Durante a Idade Média o processo era considerado manifestação de uma racionalidade prática e social. O Direito tinha natureza originária, sem uma regulamentação autorizativa externa. O juiz assumia uma posição neutra e era guiado pelos princípios da dialética e da ética. Com a formação do Estado Moderno, foi-se afirmando o princípio da estatalidade, do qual o soberano reivindicou o monopólio da legislação (PICARDI, 2008).

A partir desse momento surge uma nova Era, traduzida na sujeição do juiz à lei. Porém, essa sujeição não assumia um valor de garantia como se revestirá o modelo liberal, mas representava efetivamente que o Direito estava reduzido à lei e a lei, à vontade do rei (PICARDI, 2008). Durante

o período em que vigorava o absolutismo monárquico, no qual todos os poderes estavam concentrados nas mãos do soberano, o juiz assumiu uma função de controlador do processo e seu exercício interpretativo foi reduzido a uma atividade meramente reprodutiva.

Os revolucionários da Revolução Francesa enxergaram o Poder Judiciário como um grande aliado e uma arma poderosa contra o monarca. Porém, com a queda do Estado-Leviatã e o triunfo da burguesia, o Positivismo surgiu como uma filosofia contrarrevolucionária, com a qual foi possível conciliar os postulados liberais de igualdade, propriedade e liberdade com os ideais de certeza e de segurança jurídica (ALBUQUERQUE, 1997). Percebe-se que a burguesia aspirava por uma independência do juiz frente ao poder absoluto do monarca, mas sem qualquer pretensão de conceder uma liberdade interpretativa ou de criação do Direito à magistratura. A função do juiz estaria limitada à aplicação estrita da lei e amparada nos preceitos da estabilidade jurídica.

O Estado liberal, portanto, foi marcado pelo racionalismo, no qual se propunha a vinculação do juiz à lei e sua obediência estrita ao Direito positivado, sem possibilidades para o arbítrio estatal, desvinculando a função jurisdicional de qualquer caráter axiológico.

Esse Estado liberal fundamentado no paradigma positivista, livre de quaisquer elementos valorativos, assume um caráter radical de incognoscibilidade do absoluto e da verdade, trazendo condutas que, desvinculadas de um caráter ético, dá ensejo a um cenário de totalitarismo. Assim, a aplicação fria da lei, mesmo sob a justificativa de se impedir a arbitrariedade judicial, conduz posturas dogmáticas que colaboram para o radicalismo. Durante esse período, houve a equiparação da lei ao Direito e a vinculação do poder jurisdicional à legalidade. O positivismo dominou o pensamento jurídico na primeira metade do século XX, até o seu declínio, quando se viu a necessidade de incorporar elementos axiológicos ao Direito, em razão de crueldades cometidas sob o manto da Lei.

2. INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO EM KELSEN E HART

A orientação da atividade jurisdicional é trabalhada por diversas correntes do pensamento jurídico. Essas concepções assumem a tarefa de

amparar e sustentar a atividade judicial, fornecendo critérios orientadores para a localização das fontes do Direito. Nessa perspectiva, o positivismo jurídico também sofreu influências ideológicas, dentre os quais, Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, que enxergavam uma sutil abstração das leis na concretização de uma norma geral.

Ao elaborar a Teoria Pura do Direito, Kelsen pretendia estudar o Direito como uma ciência, necessitando, para isso, de uma delimitação da norma, livre de quaisquer interferências externas. Para alcançar esse objetivo primeiro, buscou isolar o fenômeno analisado, blindando-o de elementos não jurídicos, pretendendo realizar um objeto formal autônomo e independente. Dessa forma, a Teoria do Direito para Kelsen é descritiva e, por isso, avalorativa.

> Como teoria, ela pretende tão somente conhecer seu objeto. Ela procura responder à pergunta sobre o que é e como é o direito, mas não à pergunta sobre como ele deve ser ou como ele deve ser feito. Ela é ciência do direito, não política jurídica. Quando ela se denomina uma teoria "pura" do direito, ela o faz tanto por querer assegurar um conhecimento dirigido apenas ao direito quanto por querer excluir desse conhecimento aqueles determinados objetos que não pertencem precisamente ao direito. Isso significa que ela pretende libertar a ciência do direito de todos os elementos a ela estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2021, p. 13).

Kelsen traz ainda a ideia de um sistema jurídico para a identificação do Direito. Para ele é impossível descobrir a natureza do Direito analisando uma norma jurídica isoladamente. Essa norma deve ser trabalhada sob um plano de fundo de um sistema jurídico coerente e completo, no qual todas as normas possuem fundamento de validade em uma norma pressuposta e imediatamente anterior e superior. Percebe-se a existência de uma estrutura hierárquica em que uma norma básica (*grundnorm*) é a fonte e o fundamento de validade de todo o ordenamento.

A norma fundamental de Kelsen não é uma norma prescrita, pois se assim o fosse, ela também precisaria ser validada por algum outro mandamento. Ela é um pressuposto teórico do jurista, do cientista do direito.

Quando o jurista trata do ordenamento jurídico, ele tem de pressupor que as normas constitucionais têm de ser aceitas, porque senão não haveria ordenamento coerente a ser trabalhado teoricamente (MASCARO, 2021). É, portanto, uma regra ficta que pressupõe um ato de vontade de uma autoridade fictícia.

Kelsen define o Direito como um sistema hierarquicamente organizado de normas não morais e coercitivas, que delimitam os critérios pelos quais os agentes de Estado estarão autorizados a impor sanções (MORRISON, 2006). Portanto, o destinatário da norma jurídica para Kelsen é o Estado, a autoridade, e não o cidadão comum.

Para Hart, o ordenamento jurídico constitui um sistema aberto de normas, afirmando um caráter criativo e constitutivo da jurisdição. Assim, a teoria analítica hartiana admite a existência de lacunas legislativas e de um poder mais amplo aos juízes. Não se deve confundir com arbítrio judicial, pois para ele os juízes não dispõem do poder de criar o Direito. O esclarecimento deste equívoco remete ao problema da validade das normas (ALBUQUERQUE, 1997).

Hart admite a existência de normas impositivas de conduta, as denominadas normas primárias, que consistem em ordens obrigatórias acompanhadas de sanção. Mas para ele, o ordenamento jurídico de uma sociedade moderna e complexa também requer a existência de normas secundárias, com vistas a reparar suas fragilidades sistêmicas. Nesse contexto, Hart divide as normas secundárias em três espécies: "normas secundárias de alteração", "normas secundárias de julgamento" e "regras de reconhecimento". As normas de alteração são aquelas que conferem poderes a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos de introduzir novas normas primárias. As normas de julgamento são aquelas que disciplinam o processo e identificam os indivíduos que devem julgar. E as regras de reconhecimento são aquelas que identificam algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra deve ser tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo e que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. Essas regras secundárias trazem soluções para a estaticidade do regime, para a pressão social difusa e para a incerteza acerca de quais normas são válidas (ALBUQUERQUE, 1997).

As regras de reconhecimento comportam-se como pressupostos fáticos de existência, na medida em que elas são efetivamente aceitas e apli-

cadas pelos tribunais, servidores e particulares. Não possuem natureza de uma norma jurídica posta, consistindo em fatos sociais de natureza consuetudinária, reconhecidos como critérios dotados de autoridade para validá-la.

Hart, de maneira similar à norma fundamental de Kelsen, também contribui para a concepção de um sistema hierarquizado, no qual uma norma jurídica encontra seu fundamento de validade em outra norma, reconhecendo o caráter intrinsecamente normativo do Direito.

Apesar dessas semelhanças, a regra de reconhecimento de Hart e a norma fundamental de Kelsen possuem naturezas diversas. Enquanto a norma básica kelseniana é pressuposta e se encontra em um plano metafísico, a regra de reconhecimento de Hart constitui uma prática social, de caráter convencional e não transcendental. Explica Barzotto (2007, p. 105):

> Uma das preocupações centrais de Hart é diferenciar a sua regra de reconhecimento da norma fundamental kelseniana. Esta última, como Kelsen não cansa de repetir, é uma norma pressuposta. Para Hart, a regra de reconhecimento não é pressuposta, mas envolve dois pressupostos: a aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra; em segundo, a aceitação de tal regra por parte dos funcionários do sistema. Essas "pressuposições" formam o contexto normal da regra de reconhecimento.

Hart, portanto, aprimora o modelo interpretativo positivista de Kelsen, perfazendo a concepção de Direito através de normas primárias e secundárias, dentre elas, a regra de reconhecimento, e negando a finitude lógica do ordenamento. Diante disso, permite-se uma maior discricionariedade por parte de intérprete na atribuição de sentido jurídico ao texto normativo, por meio do consenso sobre os critérios presentes na norma de reconhecimento que dá validade às demais normas e à decisão judicial.

Ao analisar essas teorias, apesar das variações, foi possível perceber que o cerne do Positivismo Jurídico Clássico se caracteriza, principalmente, pela interpretação de que a validade do Direito seria determinada exclusivamente por considerações formais, ou seja, pela atribuição ou reconhecimento de competência normativa a sua fonte produtora, ou, simplesmente, pela eficácia social da norma. Assim, ao contrário do que ocorria no período

pré-moderno, a validade do direito passaria a não mais depender de sua conformação a uma determinada ordem de valores, afirmando-se, assim, a possibilidade de uma separação rígida entre Direito e moral.

Nessa linha de pensamento, o Direito poderia ser objetivamente descrito, sem uma valoração crítica dos seus preceitos, reservada aos domínios metajurídicos da Filosofia ou da Ciência Política. Ao intérprete, ficaria reservado um ato de conhecimento, realizado na revelação do sentido contido na norma, que incidiria silogisticamente sobre os fatos do caso posto, ou seja, empregar-se-ia a técnica da subsunção (BOBBIO, 2006), método mais próximo da tese kelseniana. Se, porventura, o texto permitisse mais de uma interpretação, a decisão transformar-se-ia em ato de vontade simplesmente, e assim o juiz teria discricionariedade para decidir a forma mais adequada, ao seu prudente critério.

A busca plena do Direito por intermédio da lei foi perseguida por boa parte dos países da Europa Continental com a confecção de códigos, conforme já destacado. Esse modelo configurou o monismo jurídico e consequentemente a sistematicidade, autoridade, soberania estatal, racionalidade dedutiva e a crença no controle do futuro. Nessa perspectiva, a lei anteciparia um estado de coisas possível e considerado previsível.

Havia a crença de que o legislador seria onisciente e onipotente, capaz de unificar todo o Direito, a partir do racionalismo fundacionista, radicado na tradição europeia, esta, sedimentada em códigos planejados e estáveis. Os alicerces dessa proposta estavam numa hipotética razão universal, que consagrou o princípio da igualdade, abolindo privilégios estamentais. Com isso, foi necessário construir um sistema jurídico único, aplicável a todas as pessoas, com características gerais e abstratas, de sorte a garantir a segurança jurídica e adequar-se à economia capitalista em expansão.

3. AS MUDANÇAS DE PERSPECTIVAS DO PODER JURISDICIONAL NOS ESTADOS SOCIAIS

Os séculos XVII e XVIII foram marcados pelos ideais iluministas que deram origem ao Estado Liberal. Essa ideologia pregava a liberdade individual e um distanciamento do Estado das relações pessoais. Surgiram os chamados Direitos de Primeira Geração, que englobam os direitos civis e políticos e exigem uma certa abstenção estatal, através das obrigações de

não fazer. O positivismo foi o referencial teórico nesse período, marcado pelo racionalismo e pela vinculação estrita do juiz à lei, ausente qualquer liberdade interpretativa e a valoração do caso concreto.

A atuação do juiz de forma restrita e vinculada à lei era retratada nos modelos processuais, que se configuravam como arenas privadas de disputas entre particulares. O formato do sistema processual típico do paradigma estatal do Estado Liberal, posterior às revoluções burguesas, no qual o Estado tinha parca incidência no cotidiano das pessoas, não se preocupava com as questões sociais. O indivíduo era visto como autossuficiente, prevalecendo os interesses individualistas e patrimonialistas, sobretudo dos burgueses. Nesse paradigma estatal, prevalecia, ainda, a sobreposição da função legislativa no quadro da tripartição de funções estatais e, por conseguinte, a legislação possuía a pretensão de ser completa, mitigando severamente a possibilidade de interpretação.

No modelo processual de matriz liberal, que traçava a identidade do Poder Jurisdicional, a ingerência do Estado nas relações jurídicas e sociais se mostrava muito tímida e conduzia a legitimação de uma perspectiva técnica, que enxergava o processo como instrumento quase privado dos cidadãos de resolverem seus conflitos.

A jurisdição atuava com um perfil de juiz, extremamente passivo, quase expectador, que somente se preocupava em resolver os conflitos mediante provocação constante, e o fornecimento de subsídios pelas partes. Por este motivo, o processo civil, nessa perspectiva, era visto como relativo às partes, pois o juiz somente atuava conforme a provocação destas e apenas julgava com o suporte de elementos formalmente constantes nos autos. Prevalecia o princípio dispositivo na essência e o princípio da escritura (ALMEIDA, 2014).

Esse modelo de processo se escorava na presunção de igualdade entre as partes, em uma perspectiva meramente formal, que legitimava um comportamento passivo do juiz. Este, como corporificação do Estado no processo, não podia estabelecer ingerências nas relações jurídicas fora dos limites desejados pelas partes.

Diante desse quadro, o processo apresentava uma duração demasiado longa em face dos constantes requerimentos de produção de provas pelos advogados e realização de audiências, sem que se estabelecesse uma direção técnica adequada do andamento do processo, o que muitas vezes levava o desdobramento do procedimento por muitos anos.

O Poder Jurisdicional de perfil socializante típico do século XX iniciou-se no final do século XIX e adquiriu força a partir dos contornos do Estado de Bem-Estar Social, pela ruptura com a perspectiva liberal, quando ocorreu um aumento considerável da atuação estatal, principalmente com o fortalecimento do Poder Executivo e a grande preocupação das questões sociais. Caracterizou-se, ainda, pela defesa de um perfil clientelista do cidadão, considerado, nesse contexto, hipossuficiente, e também pela defesa demasiada nas relações jurídicas.

As aspirações socializantes nos sistemas de justiça começam a adquirir espaço principalmente pela percepção nas últimas décadas do século XIX, pela doutrina austro-germânica das mazelas que o modelo liberal de processo conduzia (ALMEIDA, 2014). A edição das legislações sociais e o crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX fazem com que surja essa linha de pensamento que, diante da percepção da luta de classes, canaliza no Direito toda a carga destinada à transformação da sociedade.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram questionamentos acerca desse paradigma, visto que nesse período a lei foi utilizada para destruir a própria ideia de Justiça, convertendo-se em fundamento de justificação "racional" da arbitrariedade (ALBUQUERQUE, 1997). Nesse contexto de racionalidade exacerbada, a lei perde a sua função primeira de instrumento democrático e de proteção dos direitos do cidadão. Diante de uma sociedade complexa, apenas a norma jurídica não é capaz de abranger todas as demandas sociais, necessitando de um ordenamento mais flexível e de uma atuação mais independente do Poder Judiciário.

Em face deste cenário, viu-se a necessidade de um ordenamento com cláusulas abertas e da aproximação do Direito e da Moral, exigindo do magistrado uma liberdade de atuação incompatível com os imperativos positivistas. A sociedade necessitava de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais (os chamados Direitos de Segunda Geração) através de uma atuação mais intervencionista do Estado, que nesse momento era visto como o protagonista na manutenção e promoção do bem-estar político e social do cidadão.

Os ideais positivistas se tornaram, portanto, obstáculos para as demandas do Estado Social. Aquela jurisprudência mecanicista não correspondia aos anseios sociais, que exigiam uma atuação mais proativa do juiz na concretização de direitos, passando-se a enxergar a subjetividade judi-

cial como um instrumento de contenção das injustiças provocadas pela aplicação rígida da lei. Tavares (2020, p. 55) relata bem essa mudança de perspectiva:

> A exacerbação legislativa teve um marco bastante claro para o Ocidente: o surgimento do que se convencionou denominar *Welfare State*, com sua correlata e incrível intervenção normativa na liberdade individual e na vida social. Do Estado passou-se a exigir uma atuação indefinida, em áreas anteriormente imunes à interferência estatal normativa ou material. As normas passaram a dirigir-se ao futuro, proposições de uma nova realidade a ser implementada, paulatinamente, pelo próprio Estado, na sociedade e nas condições materiais existentes.

Percebe-se que a transição do Estado Liberal para o Estado Social depositou na jurisdição a confiança de uma atividade controladora da própria lei. O Direito se aproximou da filosofia e de discussões como legitimidade e Justiça. A partir do Estado Social, a preocupação do Direito era com a realização dos direitos prometidos e a decisão judicial se tornou o berço da justiça social.

4. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PODER JURISDICIONAL

O Constitucionalismo se apresenta como um movimento que, além de grande alcance jurídico, possui feições sociológicas inegáveis. Tavares (2020) destaca três aspectos do constitucionalismo: o aspecto jurídico, que se revela pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico, que está na movimentação social que confere a base de sustentação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus interesses e regras na condução do Estado. E, por fim, o aspecto ideológico, que está no tom garantístico (como decorrência da limitação do "poder") pregado pelo constitucionalismo.

Percebe-se que a nota marcante do constitucionalismo é a limitação do poder Estatal pelo Direito, trazendo a Constituição como a norma fundamental apta a impor esses limites. Entendendo o movimento do constitu-

cionalismo, passando por diferentes períodos desde a Idade Média até chegar aos dias atuais, o constitucionalismo contemporâneo busca, para além dessa limitação do poder político, a proteção e concretização dos direitos conquistados durante toda a evolução histórico-jurídica. Portanto, reconhece a concepção de uma Constituição dirigente, com normas programáticas e importante conteúdo social, e do Estado Democrático de Direito.

Uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo é desenvolvida a partir do século XXI, denominado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-positivismo, nas palavras de Wagner de Moura Agra (2008, p. 31):

> O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

O constitucionalismo contemporâneo está diretamente vinculado ao movimento de ampliação do Poder Judiciário. A noção de uma Constituição programática, por meio do estabelecimento de metas a serem atingidas pelo Estado, promove o caráter ideológico do constitucionalismo contemporâneo de concretização dos direitos fundamentais, através de uma atuação mais contundente dos magistrados. Nesse sentido, para que o ordenamento jurídico deixe de ter um caráter meramente retórico e passe a ser mais efetivo, a expansão dos poderes do juiz, seja em decorrência de omissões legislativas ou da falta de implementação de políticas públicas, mostra-se como um instrumento de preservação do Estado Democrático de Direito. Além disso, a ruptura da ideia de democracia como vontade da maioria contribuiu para essa ampliação do Poder Judiciário, que veio a assumir seu papel de poder contramajoritário.

Nessa nova perspectiva, a Constituição assume o centro do sistema jurídico, não apenas como um documento descritivo ou deontológico, mas marcado por uma intensa carga valorativa. Para além da forma pres-

crita, a lei e os poderes públicos devem estar em conformidade com o espírito e conteúdo axiológico da Constituição, especialmente no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Percebe-se, portanto, uma reaproximação do Direito com valores substantivos, como a Moral e a Ética.

As premissas desenvolvidas pela interpretação jurídica clássica já não são mais capazes de se ajustarem aos problemas referentes à realização da vontade constitucional. Como aponta Barroso (2006), ao juiz já não lhe cabe apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo, mas ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, o intérprete se torna coparticipante do processo de criação do Direito.

Essa atuação do intérprete representa uma nova dogmática da interpretação constitucional, não mais restrita aos elementos tradicionais de interpretação, como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico (BARROSO, 2006). Com o avanço do Direito Constitucional e a consolidação do caráter ideológico do neoconstitucionalismo, o poder jurisdicional assumiu o papel de concretizador dos valores primeiros e garantidor das condições dignas mínimas, necessitando de uma teoria interpretativa muito mais complexa.

5. CRÍTICAS À DISCRICIONARIEDADE E AO ATIVISMO JUDICIAL

A mudança de paradigma no constitucionalismo contemporâneo trouxe uma tendência de valorização da atividade jurisprudencial para a aplicação do Direito. Dedicado à concretização dos preceitos constitucionais, o movimento do neoconstitucionalismo expôs a existência de uma carga valorativa incorporada pela Constituição. A partir dessa nova perspectiva, os princípios ganharam força normativa e a atuação do intérprete ganhou protagonismo.

O Estado Democrático de Direito demanda um ordenamento jurídico mais complexo, com novas ferramentas e procedimentos que permitam a adequação do Direito à realidade histórico-social do intérprete. Em vista disso, justifica-se a adoção de técnicas legislativas flexíveis no texto constitucional, como cláusulas genéricas ou termos indeterminados,

por representarem a intenção do Constituinte de permitir ao magistrado a adaptação da Constituição às novas demandas jurídicas ou, ainda, autorizar uma decisão fundamentada em algum apelo ao método teleológico em termos que invocam a vontade dos *founding fathers* para a atualidade (RAMOS, 2015).

O Poder Judiciário se apresenta como um instrumento de combate à ineficácia de diplomas constitucionais. Busca-se na jurisdição a incorporação dos verdadeiros valores à justiça através de uma atuação jurisprudencial mais ativista, visando evitar que as normas sirvam apenas como uma retórica política ou mesmo álibi das autoridades públicas. Entretanto, a abertura ao subjetivismo e a possibilidade de um afastamento da legalidade estrita promovem a discricionariedade e o ativismo judicial que podem contribuir para a corrupção do próprio texto constitucional.

Lênio Streck (2014) assegura que não se pode confundir a necessária e adequada intervenção da jurisdição com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Alega ainda que defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção na justiça constitucional não pode significar que os magistrados se assenhorem da Constituição, nem mesmo permitir a atribuição de sentidos de forma arbitrária aos textos, como se o texto e norma estivessem separados e, portanto, como existência autônoma.

Diante dessa premissa, o exercício interpretativo irrestrito, sem limites ou critérios, pode conduzir a uma arbitrariedade ou mesmo a um autoritarismo decisório decorrente de um solipsismo judicial. A anarquia metodológica vai na contramão de tudo aquilo que se almejava para o Estado de Direito, pois os verdadeiros valores constitucionais podem estar comprometidos ao se permitir que o Direito positivado seja exposto ao decisionismo ladeado de sentimentos e valores pessoais do intérprete.

Conforme assevera Barroso (2009), o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. Ele o compara a um antibiótico poderoso, na medida em que deve ser eventual e controlado, e que em dose excessiva há risco de se morrer da cura. Dessa forma, o Direito não é aquilo que escraviza o intérprete, mas também não é algo pelo qual ele utiliza como adorno. Nessa linha, concebe-se não haver falar em Justiça se para alcançar a efetivação dos dogmas constitucionais o ordenamento jurídico é desrespeitado em seu âmago, percebido no

momento em que a atuação do exegeta se tornar abusiva, exercendo preferências pessoais e políticas em lugar de realizar as prestações materiais prometidas à sociedade.

Ademais, não se pode permitir que o juiz negligencie seu dever de fundamentar racionalmente suas decisões, deslumbrado diante do elevado grau de abstração inerente aos princípios. E mais do que isso, deve-se condenar a utilização destes como álibis teóricos para amparar julgamentos sem um conteúdo firme. A respeito do uso indiscriminado dos princípios, Streck (2010) pontua que utilizá-los para contornar a norma constitucional ou ignorar dispositivos legais, sem lançar mão da jurisdição constitucional, é uma maneira de prestigiar tanto a irracionalidade constante na Teoria Pura do Direito de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Hart.

As prerrogativas do Poder Judiciário devem estar em harmonia com o texto normativo bem como com o processo político democrático. Conforme preconizado pelo constitucionalismo contemporâneo, a jurisdição deve assumir o seu papel na proteção do corpo social contra o arbítrio estatal e na concretização dos axiomas constitucionais. Uma atuação abusiva constitui uma ameaça à segurança jurídica e à democracia. Ademais, a crise de representatividade, funcionalidade ou legitimidade do Executivo e Legislativo não pode servir como justificativa para a quebra da independência e equilíbrio entre os poderes, deslegitimando o próprio exercício jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio filosófico em que se desenvolveu o pós-positivismo permitiu um redimensionamento da Teoria da Decisão. A hermenêutica mecanicista deu lugar a uma dimensão criativa do intérprete. O exegeta passou a ser instrumento de concretização dos direitos constitucionais e a sua atividade foi exposta ao subjetivismo. Aquele procedimento concatenado, fechado, não garante a efetivação dos direitos ou a isonomia material almejada, sendo necessário que o Poder Judiciário esteja em consonância com o caráter axiológico do sistema constitucional. Entretanto, esse protagonismo assumido pelo poder jurisdicional não pode ser veículo para a insegurança jurídica ou para decisões arbitrárias. É necessário que o juiz

busque um instrumental teórico que permita que ele fuja de um cenário de abstração absoluta e alcance um nível de razoabilidade e objetividade no ato interpretativo.

A decisão judicial se integra ao ordenamento como uma verdadeira norma jurídica, perfazendo valores de igualdade, continuidade e coerência. Em vista disso, a preocupação com o seu conteúdo e com as suas consequências deve ser uma constante ao julgador. Tal fato potencializa a importância do debate na teoria da decisão acerca do equilíbrio entre a arbitrariedade e o formalismo legalista. Ademais, mesmo diante de uma disfunção que assola a democracia brasileira e um apelo por uma reforma política, o Poder Judiciário não pode extrapolar os limites de sua atribuição. A crise de legitimidade e representatividade do Executivo e Legislativo não deve servir como justificativa para o desrespeito à separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **O órgão jurisdicional e a sua função:** Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais:** Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan-dez. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constituição do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar-abr. 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. ***O positivismo jurídico contemporâneo*:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto**. O positivismo jurídico:** lições de Filosofia do Direito. São Paulo: ícone, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. ***Introdução ao Estudo do Direito.*** *7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.*

MORRISON, Wayne. ***Filosofia do Direito:*** *dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.*

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a "letra de lei" é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, 2010. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article /view/2308. Acesso em: 30 abr. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. ***Curso de direito constitucional.*** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ACESSO À JUSTIÇA, JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A COVID-19: UM PANORAMA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Ana Carolina Almeida de Souza[12]

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988, escrita durante o período de redemocratização do Brasil após o fim da Ditadura Militar, adotou novo arcabouço jurídico-institucional no país com a ampliação das liberdades civis e dos direitos e garantias individuais.

Houve forte revalorização dos direitos fundamentais na Carta Magna, inseridos logo no início do texto constitucional, com a previsão de diversos direitos que não constavam nas constituições pretéritas e que fazem parte da segunda e terceira geração de direitos fundamentais. Os novos direitos sociais e difusos consagrados são aqueles que buscam atingir igualdade material e solidariedade, relacionados ao bem-estar social, e consagram o Estado-providência e o Estado de economia liberal, que têm posição ativa na prestação de políticas públicas e recursos que efetivem os direitos constitucionais (TAVARES, 2019).

A introdução dos novos direitos sociais e difusos e o consequente aumento da litigância exacerbaram a discrepância existente entre a procura e

12 Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Conciliadora no Juizado Especial Cível – Anexo Mackenzie.

a oferta da justiça, diminuindo os novos direitos socioeconômicos a meras normas positivadas e declarações políticas que não tinham aplicabilidade na realidade fática. Mormente em relação aos direitos reivindicados pelas minorias e grupos vulneráveis, historicamente afetados pela falta de acesso à justiça por obstáculos de diferentes ordens.

Os obstáculos para o acesso efetivo à justiça por parte das classes populares são de três tipos: econômicos, sociais e culturais. Os obstáculos econômicos, observados nas sociedades capitalistas, tratam dos custos elevados da litigância para a população em geral, em que a relação entre o valor da causa e o custo de sua execução aumenta à medida que o valor da causa diminui, sendo que os cidadãos mais débeis se encontram em posição interseccional, já que duplamente vitimizados, uma vez que são estes os protagonistas e interessados nas ações de menor valor. Acrescente-se a isso a lentidão do bom andamento dos processos, que pode chegar a quase 5 anos na instância de 1° Grau, como demonstram os dados do relatório *Justiça em Números* divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2020, fato que pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos. Os obstáculos sociais e culturais demonstram a distância dos cidadãos, principalmente os mais carentes, em relação à administração da justiça, uma vez que: (1) tendem a desconhecer os seus direitos, ou não reconhecer seus problemas como sendo jurídicos; (2) uma vez reconhecido o problema como jurídico, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação, fato que muitas vezes não ocorre em razão de experiências negativas anteriores com a Justiça ou por uma situação de dependência geral e de insegurança que produz o temor de represálias caso venha a recorrer aos tribunais; (3) ainda que se reconheça o problema como sendo jurídico e haja disposição para interpor ação, é muito difícil que um cidadão vulnerável tenha acesso a advogados, menos provável ainda é que saiba onde e como contatar um advogado e maior é a distância geográfica do lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (SANTOS, 1986).

Na tentativa de superar tais obstáculos de acesso efetivo à justiça, principalmente obstáculos econômicos, a Constituição Federal prevê, no art. 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais, o qual foi regulamentado pela Lei n° 9.099/95, prevendo a gratuidade de taxas e procedimentos

simplificados que visam solucionar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os Juizados Especiais são a instrumentalização da garantia fundamental do acesso à Justiça e estão em consonância com os direitos humanos, uma vez que apresentam enorme contribuição social, resguardando a efetividade aos direitos da pessoa humana e garantindo o pleno exercício da cidadania. Ocorre que, com o advento da Covid-19, adotou-se como medida preventiva à disseminação da pandemia, por força da Resolução n° 313, de 19 de março de 2020, do CNJ, a suspensão das atividades presenciais do Judiciário nacional, mediante a implementação do trabalho remoto, restando a realização de atos presenciais em hipóteses excepcionais, restritas à adoção de medidas de caráter urgente em regime de plantão judiciário, fato que agravou a vulnerabilidade dos cidadãos mais débeis no efetivo acesso à justiça.

O objetivo do presente artigo é verificar a eficiência do acesso à justiça, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em meio à pandemia da Covid-19.

1. DA CONTRIBUIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é previsto na Constituição Federal, art. 5°, inciso XXXV e dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", e também no Código de Processo Civil, como princípio subsidiário do devido processo legal. Trata-se de princípio basilar de direitos humanos, uma vez que não é possível proclamar, reconhecer, assegurar e reivindicar direitos sem o efetivo acesso à justiça. A fim de superar os obstáculos econômicos, sociais e culturais do efetivo acesso à justiça por parte das classes populares foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, regulamentados pela Lei n° 9.099/95.

Os Juizados Especiais Cíveis são orientados pelos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, procedimentos próprios e com a finalidade de, sempre que possível, obter a conciliação.

O procedimento dos Juizados busca tornar o processo menos burocrático e mais acessível, de modo a aproximar o judiciário dos litigantes, uma vez que a conciliação é método de solução de conflitos que busca estabelecer diálogo entre as partes para que estas possam chegar a um acordo comum e benéfico para ambas, além de lhes conferir autonomia para interpor uma ação, afastando a parte da necessidade de constituir advogado, exceto nas causas que excedam o valor de 40 salários-mínimos.

Destaca-se, ainda, a criação dos Anexos Acadêmicos dos Juizados Especiais Cíveis, que são instrumento da garantia fundamental à educação, prevista na Constituição Federal, art. 205, que dispõe:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os Anexos Acadêmicos oferecem aos alunos a oportunidade de desenvolverem a prática jurídica, através da atuação na realização de triagens, atendimento ao público, análise de documentos, redação de petições iniciais, auxílio em Audiências de Conciliação e acompanhamento de Audiências de Instrução e Julgamento, além da realização de atividades relacionadas ao Serviço de Cartório.

É efetivo instrumento de preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho, uma vez que propicia o contato direto do aluno com a sociedade e seus problemas tangentes, incentivando o exercício e aplicação prática do que se vê nas salas de aula, além do desenvolvimento de habilidades de negociação e redação jurídica. Destaca-se, ainda, o incentivo à pesquisa e dedicação aos diferentes meios de solução de conflito, tão necessários à atualidade, perante o congestionamento do Judiciário, e em consonância com os objetivos do Código de Processo Civil de 2015, que tratou da conciliação como uma das formas de combate ao excesso de litigiosidade.

De acordo com dados do relatório *Justiça em Números* de 2020 do CNJ, o índice de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis é de 20%, valor relevante para uma sociedade que, embora venha diminuindo o volume anual de casos pendentes, ainda conta com 77,1 milhões de processos em tramitação, enquanto o tempo de tramitação processual é reduzido a

1 ano e 2 meses. Trata-se, portanto, de tutela estatal efetiva na garantia do acesso à justiça, promovendo soluções céleres e, em considerável parcela dos casos, sem a interferência de um juiz, fato que denota um amadurecimento populacional na resolução dos litígios através de meios alternativos, dentre estes, a conciliação, mediação e arbitragem, representando avanço que contribui para desafogar o Judiciário.

No entanto, com a adoção da Resolução n° 313 do CNJ para combater a disseminação da Covid-19, houve regresso na garantia do acesso à justiça, uma vez que, a partir da implementação do trabalho remoto, os desconectados, ou seja, aqueles que não têm acesso à internet ou não dispõem de conhecimento técnico suficiente para usá-la, se encontraram excluídos da tutela jurisdicional ou na dependência de amigos e parentes que os auxiliassem na interposição da ação que busca garantir seus direitos.

2. DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

O procedimento de atendimento jurisdicional adotado pelos Juizados Especiais Cíveis, em especial os Anexos Acadêmicos, durante a pandemia é orientado pelo Comunicado CG n° 610/2020 da Corregedoria Geral da Justiça e se dá através da plataforma virtual Microsoft Teams.

A realização de atos processuais e audiências de conciliação ou de mediação através de meio eletrônico é prevista no CPC/15, art. 193:

> Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.

E art. 334, §7°:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
>
> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

No entanto, tratava-se de método pouco utilizado, cenário que mudou com a instauração da atual crise sanitária da Covid-19. O processo para interpor ação no Juizado Especial Cível, em especial tratando-se dos Anexos Acadêmicos localizados na capital de São Paulo, durante a pandemia da Covid-19, dá-se através da plataforma Microsoft Teams. O jurisdicionado deve, primeiramente, enviar e-mail, disponibilizado no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, para o Juizado Especial em que está buscando tutela jurisdicional, com um resumo dos fatos que o levaram a buscar o Judiciário, além de documentos pessoais. Em seguida, é realizada uma triagem, cujo objetivo é ter um contato inicial com o autor da possível ação, que expõe suas razões e é orientado sobre seus direitos. Então, é marcada uma nova reunião, com o fim de que a petição inicial seja lida e, autorizada sua distribuição pelo requerente, este já sai intimado da Audiência de Conciliação, que também se realizará através de meio eletrônico, na qual se irá buscar a autocomposição das partes por um conciliador que, caso reste frutífera, o acordo convencionado será redigido a termo, sendo, posteriormente, homologado pelo juiz, obrigando as partes de todo o seu conteúdo. Caso a conciliação reste infrutífera, ou o processo seguirá para julgamento antecipado da lide para o juiz responsável pela Comarca, que prolatará sentença no processo eletrônico, a ser enviada, também, via carta, ou será realizada a Audiência de Instrução e Julgamento, com a oitiva de testemunhas, e posterior proferimento da sentença.

Importante salientar, no atual cenário, a realidade fática da população brasileira. A pesquisa TIC Domicílios 2019, realizada pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (CETIC.br) em 23.490 domicílios em todo o território nacional, constatou que um a cada quatro brasileiros não usa a internet e que, embora crescente nos últimos anos, nas classes D e E, ou seja, aquelas que comportam renda salarial de até um salário-mínimo, 50% dos domicílios têm acesso à internet, enquanto na classe A, que comporta domicílios com renda salarial superior a 15 salários-mínimos, o acesso à internet é de 99%.

Infere-se, então, que, apesar de as tecnologias e métodos para comunicação terem tido considerável avanço a partir da década de 1990 e, destaca-se, desde aquela época o acesso já era limitado à população com determinado poderio econômico, e estarem tais tecnologias cada vez mais entranhadas nos serviços judiciários, principalmente a partir do advento

do processo eletrônico, ferramenta consolidada pela Lei n° 11.419 de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, o acesso à internet ainda não é a realidade de toda a população.

Os custos de acesso à internet são muito elevados e some-se a isso os problemas de acesso à rede, em algumas regiões inexistente, devido à infraestrutura de telecomunicações, fatos que levam o Brasil a ocupar a 111ª posição no mundo em qualidade e velocidade de Internet, circunstância que possibilita a barreira tecnológica ainda constituir grande obstáculo no acesso à justiça via eletrônica (RIBEIRO; SOUZA, 2020) O atendimento prestado unicamente pela via remota exclui parte da população do efetivo acesso à justiça, sobretudo os economicamente mais vulneráveis, que também enfrentam obstáculos sociais e culturais. Acentua-se que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE em 2019, ou seja, não reflete os danos causados pela pandemia, o Brasil é o nono país mais desigual do mundo, a partir de dados do Banco Mundial, de modo que não pode o Judiciário ser negligente na omissão de atendimento aos desconectados, sendo seu dever prestacional, no papel de Estado-providência, que possui *status positivus* na classificação de Jellinek, promover medidas que busquem inclusão digital dos desconectados, quais sejam, aqueles que não têm acesso à Internet ou conhecimento técnico para utilizá-la, garantindo efetividade às medidas já previstas, a exemplo do que aduz o art. 10, §3°, da Lei do Processo Eletrônico:

> Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.
>
> § 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

Relaciona-se diretamente com as disposições da Lei do Marco Civil da Internet, que trata, no art. 7, do acesso à internet como elemento es-

sencial de cidadania, e também no art. 27, inciso I e II, sobre as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social que deve promover a inclusão digital e buscar reduzir as desigualdades.

As desigualdades do acesso à justiça durante a pandemia da Covid-19 se acentuam ainda mais quando os usuários de internet são observados à luz das diferenças de raça e educação: a população branca tem 4% mais acesso à internet do que a população preta (CENTRO REGIONAL..., 2019) e apenas 16% da população analfabeta ou que completou a educação infantil possui acesso à internet, porcentagem que hoje corresponde a 11 milhões de pessoas (PNAD, 2019). Embora sejam decrescentes os níveis de analfabetismo nos últimos anos e a diferença de acesso à internet entre a população branca e preta seja ínfima, ainda se trata de desigualdade que deve ser combatida pelo Estado, uma vez que um dos objetivos do Estado Brasileiro, preconizado no art. 3°, incisos I e III da Constituição Federal, é justamente construir uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Insta destacar, enfim, que apenas 34% da população com 60 anos é usuária da internet, de sorte, mesmo a porcentagem de idosos que têm acesso à internet encontra grande dificuldade na efetivação do acesso à justiça, vez que muitas vezes não possuem familiaridade e conhecimento técnico para interpor e prosseguir com os demais atos do processo sozinhos, necessitando recorrer à ajuda de vizinhos, parentes e amigos (CENTRO REGIONAL..., 2019).

Constata-se, a partir do exposto, que, embora crescentes as parcelas da população com acesso à internet, ainda não se pode dizer que há igualdade material para todos, sendo a paralisação dos serviços judiciários em decorrência da rápida disseminação da COVID-19 fator decisivo para o agravamento das desigualdades sociais no acesso efetivo à justiça.

CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou o propósito de verificar a eficiência do acesso à justiça, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em meio à pandemia da Covid-19.

O acesso à justiça, que busca equacionar as relações entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, é histórico e passou a ser

mais debatido a partir dos novos direitos sociais consagrados pela Carta Constitucional de 1988, motivo que levou a uma procura mais acentuada da justiça civil, que muitas vezes não era possível de ser ofertada pelo Estado, transformando o direito de acesso à justiça em um direito charneira, cuja denegação acarretaria a de todos os demais, ou seja, os novos direitos passam a se resumir a meras normas positivas sem os devidos meios que pudessem garantir sua aplicabilidade prática.

A fim de solucionar os obstáculos econômicos, sociais e culturais que impediam, sobretudo, a população mais débil de acessar a justiça, foi promulgada, em 1995, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que, através de princípios como a oralidade, informalidade, simplicidade e economia processual, buscaram a solução de casos mais recorrentes no cotidiano e de menor complexidade de forma mais célere e a desburocratização do processo, estreitando a relação sociedade e Judiciário, através de um processo gratuito, em que se busca a autocomposição benéfica entre as partes.

Os Juizados Especiais Cíveis cumprem papel de serem meio efetivo de acesso à justiça, superando, especialmente, os obstáculos econômicos. Constituem efetivo instrumento de cidadania que garante a autonomia do agente de reivindicar seus direitos ante o Poder Judiciário. Ocorre que, com a instauração da atual crise sanitária da Covid-19, os atendimentos presenciais foram interrompidos, devendo a tutela jurisdicional ser interpelada através de atermação *on-line*, assim como os demais atos do processo.

Mormente os avanços dos meios de comunicação e tecnologia, cada vez mais entranhados nos serviços jurídicos, a contar da consolidação do processo eletrônico, a barreira tecnológica ainda constitui obstáculo que afasta parcela da população do efetivo acesso à justiça.

Sábia e tempestiva foi a decisão do Conselho Nacional de Justiça em interromper os serviços jurídicos para evitar a disseminação e agravamento da pandemia da COVID-19. Todavia, é necessário se atentar às negligências quanto à população desconectada, que não têm acesso à internet, ou não dispõem de conhecimento técnico para utilizá-la, sendo dever, na posição de Estado-providência, promover medidas que busquem a inclusão digital e a redução das desigualdades sociais, objetivo que a legislação pátria persegue, a fim de assegurar a garantia fundamental de acesso à justiça, que possui aplicabilidade imediata.

Destarte, o acesso à justiça teve evolução considerável desde a promulgação da Lei 9.099/95, constituindo os Juizados Especiais Cíveis importante instrumento de contribuição social. A crise sanitária da Covid-19 exacerbou as desigualdades existentes não somente no campo da saúde, mas também as econômicas e culturais, de modo que a população desconectada e idosa teve seu direito fundamental comprometido. É necessário dar efetividade prática para as determinações previstas no art. 10, §3°, da Lei de Processo Eletrônico, e inovar para assegurar a plena inclusão digital, em consonância com a Lei do Marco Civil da Internet, uma vez que o direito à informação e acesso à informação também é direito fundamental consagrado na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALTHAUS, Ingrid Giachini. **Da contribuição dos Juizados Especiais Cíveis na consagração do direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/694/2355. Acesso em: 30 mar. 2021

BRASIL. Casa Civil**. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 01 abr. 2021

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N% C3%-BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Brasília, DF: CNJ 2020b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249. Acesso em: 30 mar. 2021

_____. Corregedoria Geral da Justiça. **Comunicado CG n° 610/2020, de 13 de julho de 2020**. Brasília, DF: CG. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigo-Comunicado =19019&pagina=1. Acesso em: 31 mar. 2021

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, DF: 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.Acesso em: 31 mar. 2021

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet, aponta pesquisa TIC Domicílios 2019.** Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; LABRUNA, Felipe; AGUIAR, Gisele Pereira. **O Acesso à Justiça pelos Grupos Vulneráveis em Tempos de Pandemia de COVID-19.** Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3714. Acesso em: 30 mar. 2021

RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **Efetividade do Acesso Eletrônico à Justiça diretamente pelo Cidadão em Tempos de Pandemia:** atermação *online*. Disponível em: http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/LexCult/article/view/476/300. Acesso em: 30 mar. 2021

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, nº 21, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

A REPRESENTATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMUNIDADE QUILOMBOLA-KALUNGA RIACHÃO: UM RELATO

Fátima Gonçalves Messias Takahashi[13]

INTRODUÇÃO

O artigo que ora se apresenta faz parte de um capítulo da tese de doutorado intitulada *As Políticas Públicas em Saúde no Território Quilombola-Kalunga/Goiás – Brasil: um estudo exploratório* da Universidad de Ciencias Políticas (UCES) em Buenos Aires, Argentina, cujo objetivo consiste em verificar se as políticas públicas em saúde, afirmadas pela Constituição Federal do Brasil (1988) a todos os brasileiros, chegam de fato aos cidadãos Quilombola-Kalunga.

Diante da necessidade de solicitar políticas públicas em benefício da comunidade, constata-se que seus membros demonstram temor e receiam reivindicar direitos já garantidos e legalizados, deixando de usufruir deles por medo ou insegurança para chegar aos seus representantes e aos órgãos responsáveis por suprir essas carências. É aqui que o Ministério Público, cuja missão é defender os menos favorecidos, pode intervir com o propó-

13 Doutora em Saúde Pública pela UCES-Argentina/IESLA-MG. Mestra em Gerontologia pela Universidade Católica de Brasília-DF. Pós-graduada em História e Cultura Afro-Brasileira e Africana UFG/GO. Servidora pública da Secretaria Estadual da Saúde (Secretaria Municipal da Saúde em Monte Alegre de Goiás).

sito de fazer/trazer a justiça aguardada e tão desejada para o bem viver das famílias ali estabelecidas que já sofreram e ainda padecem com a ausência de políticas públicas em seu território, como a saúde.

A base teórica para a elaboração deste artigo busca o auxílio da Constituição Federal de Brasil (1988), do Ministério Público do Estado de Goiás (1998) e de autores como Canclini (1987), Moscovici (1978), Takahashi (2019) e outros.

No tocante à promotoria de justiça que atende à região destaca-se uma atuação crescente nos últimos anos, envolvendo diferentes solicitações, desde a requisição de visita às comunidades Quilombola-Kalunga para conhecer as necessidades locais até a construção de um posto de saúde (Unidade Básica de Saúde - UBS), entre diversos assuntos. Outro importante aspecto do trabalho nessa Promotoria é o incentivo para o envolvimento da comunidade local na discussão das prioridades por meio da realização de palestras, visitas e de audiências públicas.

O trabalho está distribuído da seguinte forma: uma breve exposição sobre a instituição Ministério Público, o Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO) e as atribuições dos órgãos de execução; O Ministério Público em defesa do cidadão Quilombola-Kalunga.

1. METODOLOGIA

A metodologia usada nesta pesquisa é a etnográfica/qualitativa como fundamentação científica e registro do que possa emergir da realidade dos sujeitos pesquisados, valorizando seus discursos. As informações coletadas serão centradas e comparadas ao problema. Elas fazem parte de um capítulo da tese de doutorado citada acima.

A investigação será sustentada epistemológica e metodologicamente nas ideias expostas pelos entrevistados fazendo uso de flexibilidade e amplitude, que é uma orientação naturalista e fenomenológica. A partir das entrevistas foi criada uma tabela de códigos visando facilitar o entendimento para o leitor de quem está sendo entrevistado, sem a necessidade de identificação pessoal, garantindo assim o anonimato dos participantes.

Tabela de Códigos

Código	Representação	Entrevistado
K	Cidadãos Quilombola-Kalunga	Usuários (as) dos serviços Saúde
S	Servidor Público	Hospital, Secretaria, PSF, Agente de Saúde
G	Gestores	Sec. Saúde, coordenador (a) Núcleo: Vigilância Sanitária, Endemias, Regional da Saúde Nordeste-I
F	Sexo Feminino	
M	Sexo Masculino	
C	Cidade de Cavalcante	
A	Cidade de Monte Alegre de Goiás	
T	Cidade Teresina de Goiás	

Fonte: Takahashi (2019).

A partir da descoberta interpretativa no campo individual e coletivo direcionada aos membros da comunidade, será também mediada a pesquisa com foco na metodologia dialética e suas práxis.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988, no âmbito constitucional, faz referência à possibilidade de o Ministério Público utilizar e instaurar inquéritos civis públicos para apurar violações a direitos (art. 129, Inciso III). A Carta de 1988 foi, inclusive, avançada neste aspecto, vedando que a legitimidade ativa para a propositura desta ação fosse exclusiva do Ministério Público, permitindo que a sociedade civil organizada também atuasse neste setor. Estes interesses transcritos na lei máxima brasileira são independentes dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e esta junção, através das novas garantias constitucionais, promoveu e fortaleceu as estruturas para o redimensionamento da ação da promotoria pública, não se efetivando somente através da formalidade da burocracia brasileira, concretiza-se também por meio dos direitos da sociedade civil e seus padrões organizados, sendo parte do Estado de Direito.

2.1. CONCEITUANDO

É relevante conceituar Ministério Público, buscando entender sua necessidade e o diálogo com as suas funções e seus desenvolvimentos no contexto sociocultural do cidadão afrodescendente.

O artigo 127 da Constituição Federal define o Ministério Público como uma "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (BRASIL, 1988, art. 127). Em se tratando de um órgão público autônomo, tem como função principal institucional seguir a Constituição Federal, garantindo a efetivação da lei e visando defender os interesses de todos os cidadãos brasileiros.

O Ministério Público da União abrange o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Ministério Público dos Territórios, assim como os Ministérios Públicos dos Estados. Nota-se que o Juiz de Direito tem uma função diferenciada, não podendo agir espontaneamente, somente através das ações judiciais.

A representação efetiva do Ministério Público é a Promotoria de Justiça, que tem como diferencial a declaração em sua nomenclatura, o interesse público: ou seja, visa afirmar e corrigir o que se encontra ilegal em casos sociais e individuais, promover as necessidades dos direitos sociais e os interesses individuais indisponíveis, sendo um ouvidor/mediador / participativo dos cidadãos de bem.

2.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

O Ministério Público do Estado de Goiás, bem como, os dos demais estados brasileiros, está orientado segundo o artigo 127 da Constituição Federal, sendo a sua função essencial "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (BRASIL, 1988, art. 127).

Está presente em todas as comarcas do estado, por meio das promotorias, sendo regido pela Lei Complementar Estadual nº 25, julho/1998, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO). A fim

de cumprir com suas responsabilidades, o MP-GO apresenta a seguinte estrutura: Procuradoria Geral de Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior e a Corregedoria Geral.

Os componentes do Ministério Público Estadual são os promotores de Justiça e os procuradores de Justiça, que são auxiliados por servidores, assistentes jurídicos e estagiários, segundo o site do MP-GO (2021).

Ainda que o promotor de justiça seja um funcionário do Estado, é sua responsabilidade fiscalizar, tanto o órgão que o contratou, quanto advogar e inspecionar as celeridades em favor de toda a comunidade que lhe compete, sendo relevante na administração pública para a ação dos direitos sociais, fortalecendo e concretizando o firmamento de uma sociedade democrática, percebendo assim que a promotoria pública interage diretivamente com os problemas dos cidadãos, buscando afirmar seus direitos sociais.

Essa atuação constante, regular e conhecedora da situação da sociedade, constitui-se assim em cidadania para todos. É o que tem acontecido nos últimos anos com a presença constante do Ministério Público na Chapada dos Veadeiros, Nordeste do Estado de Goiás, onde estão geograficamente alojadas as comunidades Quilombola-Kalunga das cidades de Teresina de Goiás, Cavalcante e Monte Alegre de Goiás, ao assessorar o cidadão afrodescendente, fiscalizando o cumprimento da lei com o intuito de legitimar e inserir na ação efetiva seus direitos constituídos, na área específica das Políticas Públicas em saúde.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO CIDADÃO QUILOMBOLA-KALUNGA

Quilombola-Kalunga é o nome dado à população afrodescendente que vive em quilombos nos arredores dos municípios de Cavalcante, Monte Alegre de Goiás e Teresina de Goiás, a aproximadamente 350 km de Brasília-DF.

> O povo Kalunga é uma comunidade de negros originalmente formada por descendentes de escravos que fugiram do cativeiro e organizaram um quilombo, há muito tempo atrás, num dos lugares mais bonitos do Brasil, a região da Chapada dos Veadeiros, no norte de Goiás (BRASIL, 2001, p. 14).

Por viverem em uma região isolada, tendo pouco contato com as zonas urbanas, as comunidades Quilombola-Kalunga preservam seu modo de vida, suas tradições e os costumes. Atualmente, grande número de afrodescendentes que vivem em comunidades quilombolas perderam sua cultura devido ao contato com outros tipos de organização social, enquanto os Kalungas de Goiás vivem e se organizam conservando as particularidades dos seus ancestrais (TAKAHASHI, 2013).

Essa forma de viver, no entanto, teve seu preço: esse povo que durante muito tempo mantinha contatos raros com as instituições governamentais brasileiras percebe que foram "privados das coisas que a vida da cidade traz. Educação sistematizada, facilidade de transporte, mais conforto, tratamento de saúde [...]" (BRASIL, 2001, p. 71). Viver em locais afastados, entre montanhas e cachoeiras, onde as estradas de terra só permitem o acesso utilizando carro com tração nas quatro rodas ou motocicleta e nos períodos chuvosos ficam intransponíveis, nem sempre é fácil. As políticas públicas demoram ou não chegam até essas comunidades que precisam recorrer a ervas medicinais para tratar doenças, como picadas de cobras, animais peçonhentos e outras enfermidades que podem levar à morte.

E assim, o acesso à saúde é um desafio a ser conquistado pelo Quilombola-Kalunga, que necessita dos direitos sociais como todos os cidadãos brasileiros. De acordo com a Constituição: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social" [...] (BRASIL, 1988, art. 6).

Obter benefícios sociais a que têm direito e ainda não alcançaram e encontram-se afirmados na Constituição, artigo 6º, é uma dificuldade muito grande e é nesse ponto que o Ministério Público pode e vem trabalhando no meio das comunidades do povo Kalunga com o propósito de auxiliar e fazer justiça.

A promotoria de justiça presente na comunidade Quilombola-Kalunga Riachão tem um valor ético e de justiça, imensurável, e sua influência traz um novo ânimo, revitalizando a esperança em conseguir políticas públicas em saúde para os cidadãos que até aquele momento viviam sem perspectivas, apenas vivendo a sombra de promessas eleitoreiras.

Compreende-se que políticas públicas não se restringem apenas ao recebimento da bolsa família. Está interligada também a um conjunto de ações sociais para o bem viver com dignidade humana, sendo o Estado de

direito estabelecido no direito fundamental à saúde afirmadas na Constituição Federativa, no artigo 196, que assim dispõe: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas" [...] (BRASIL, 1988, art. 196). Cabe à justiça buscar aplainar diferenças como a exclusão social, por exemplo, para que ocorra mudanças significativas no quadro atual. Fato que tem ocorrido por meio da ação de alguns promotores (as) de justiça, que buscam encurtar o distanciamento entre o cidadão Quilombola-Kalunga e a lei, através de visitas a essas comunidades afrodescendentes com o intuito de constatar as necessidades e projetar ações afirmativas para saná-las.

3.1. A PROMOTORA DE JUSTIÇA E A COMUNIDADE QUILOMBOLA-KALUNGA RIACHÃO

Durante o encontro da Conferência Municipal de Saúde das Mulheres e da Conferência Municipal de Vigilância Sanitária, em 31 de maio de 2017, em Monte Alegre de Goiás, com gestão direcionada pela Secretaria Municipal de Saúde e Regional de Saúde Nordeste-I, houve grande empenho para que os cidadãos da comunidade Quilombola-Kalunga participassem do evento.

A conferência foi uma verdadeira ação democrática, com a presença significativa dos cidadãos Quilombola-Kalunga, nos debates em grupos, principalmente os da comunidade Riachão, enfatizando as reais necessidades de sua região. Nessas reuniões, a participação da comunidade é um dos objetivos propostos pelas estratégias do Sistema Único de Saúde (SUS), para organização e gestão da formulação e execução da Política de Saúde em todo território Brasileiro, onde é possível expressar-se e afirmar-se institucionalmente, através de seus representantes, no contexto do Conselho Municipal de Saúde, abrangendo os reais problemas enfrentados pela comunidade, reestruturando e reformulando as diretrizes para o controle da execução das políticas públicas de saúde.

Entre os presentes estava a matriarca e líder da Comunidade Quilombola-Kalunga do Riachão (AK71F), que procurou conversar com a promotora de justiça, convidá-la para visitar sua comunidade a fim de constatar as reais necessidades na área de Políticas Públicas em Saúde.

A representante judicial comprometeu-se com a líder e a visita concretizou-se no dia 5 de setembro de 2017, sendo a comitiva formada pelos juízes Pedro Piazzalunga Pereira e Fernando Marney Oliveira de Carvalho, o Prefeito Municipal de Monte Alegre os Secretários Municipais de Saúde e da Educação, alguns vereadores, entre outras autoridades. Na ocasião, a promotora de justiça ministrou uma palestra sobre os direitos e deveres do cidadão e deixou um tempo disponível para eles argumentarem as suas solicitações para a comunidade; para surpresa, todos permaneceram em silêncio. Diante da insistência da promotora de justiça e depois de alguns minutos, a líder/matriarca manifestou-se dizendo:

> Eu vou falá... eu tenho que falá, explicá o que tá passando... doutora...prumotora bom dia, dona Úsula... eu quero conversá com a senhora um pouco, contá a necessidade que eu tenho na minha comunidade, nós num temo um posto de saúde, nós num temo atendimento médico, é muito devagá, quando adoece, Doutora. Nós tem que fretá carro pra levá, de cobra, tem que fretá carro pra levá. Eu queria, Dona, que a senhora me ajudasse, fizesse uma força pra tè um posto de saúde na minha comunidade, não tem um lugá do povo ficá, viu? (TAKAHASHI, 2019, p. 114).

Percebe-se a força evidenciada pela líder e o empoderamento ao expressar-se de forma consciente, com o intuito de declarar as prioridades em Saúde Pública para a sua comunidade. Essa conscientização lógica demonstrada pela matriarca ocorre devido ao conhecer e valorizar a própria cultura, não necessitando de uma educação sistemática para alavancar as reais necessidades do seu povo, mas sim da vivência.

Enquanto o legislador eleito, representante da comunidade Quilombola-Kalunga, ao tomar a palavra deixou de apresentar as necessidades em saúde pública ou em outras áreas para a comunidade, seu povo. Sua fala foi para enaltecer a pessoa do executivo municipal, presente no local, com um discurso eleitoreiro, confirmando as ideias de Canclini (1987, p. 25), que se refere à possibilidade de ver a cultura: "Como parte de la socialización de las clases y los grupos en la formación de las concepciones políticas y en el estilo que la sociedad adopta en diferentes líneas de desarrollo".

No contexto das políticas partidárias observa-se que as posturas dos representantes ali presentes divergiam, girando em torno dos interesses particulares, dificultando a hegemonia para a justiça e equidade social. O momento era para reforçar necessidades autênticas das comunidades e não apenas para os políticos fortalecerem ideologias partidárias.

Durante o encontro, em momento algum ouviu-se uma declaração efetiva dos representantes do município, para elencar as dificuldades dos cidadãos presentes. Sendo essas representatividades políticas partidárias atuantes e eficazes não haveria a necessidade de a líder/matriarca entregar à promotoria um abaixo-assinado reivindicando uma Unidade Básica de Saúde (UBS) para a comunidade Riachão, uma vez que em uma sociedade democrática a voz é uma arma eficaz para as reivindicações. Portanto, com o intuito de garantir os direitos estabelecidos pela lei aos cidadãos Quilombola-Kalunga, a promotoria de justiça acata a petição feita, colaborando e dando respaldo legal a esses afrodescendentes e deixando o grupo de representantes políticos sem ação.

A promotora de justiça convidada Dra. Úrsula solicita ao secretário de Saúde Municipal a necessidade de alugar uma casa na comunidade e adaptá-la para que possa dar a assistência aos doentes ou parturientes até que o socorre se efetive, levando-os até a cidade para o atendimento no hospital.

A cultura do povo Kalunga está baseada em cumprir o seu papel a cada quatro anos, nas urnas eleitorais, votando e exercendo a sua cidadania, como declara AK58M: "A urna chega – em tempo de eleição chega. Vota prá render a eleição mais voto." Verifica-se, nessa fala, o orgulho de poder votar e manter o seu compromisso, demonstrando assim respeito pela comunidade e pela terra em que nasceram, mesmo sem a possibilidade de ter retorno das políticas públicas, direito instituído.

A líder ressalta que todos da comunidade, assim como a sua família, necessitam de ajuda para viver e esta declaração está direcionada, não aos políticos ou representantes das políticas públicas, mas sim a Deus, à religiosidade.

AK71F continua:

> Nóis tudo é sofrido, nóis tudo nascemos num mundo e sofreno. E num cabe todo mundo, né? Num cabe! Tem que ficar fora, né? É

> e lá no meu colégio tem o ensino médio, os menino é muito, tem dia que pra dá aula pros meninos debaixo do pau, porque o colégio num cabe, e tô precisando disso tudo. Isso que eu recramo, eu quero vê tudo bem arriado, porque, olha, Saco Grande, o colégio é bonito, quando... o colégio... lá no Vão de Armas, o colégio é bonito e o desmonte do povo tudo é cá no meu colégio, porque é cá é que tem luz, lá é que tem tudo, tudo a coisa que eles qué fazê, vai é pra cá, aí (TAKAHASHI, 2019, p. 119).

Por meio dessa fala, percebe-se o quanto a visita da promotora de justiça a sua comunidade era desejada pela anciã que, em seus 88 anos de vida, não perdeu a sensibilidade humana para retratar as necessidades do seu povo. Ela nos dá uma lição de cidadania, pois com sua idade está desobrigada de ir às urnas para votar, ela o faz por reconhecer a sua dignidade diante de sua participação, na esperança de um retorno efetivo de seu voto, através das promessas dos seus representantes.

Sendo a matriarca uma cidadã brasileira, íntegra, membro do Estado e com seus direitos democráticos afirmados para que possa efetivar a sua vida política e de sua comunidade, a ela não deve ser vedado esse benefício, pois neste novo cenário político do século XXI a mulher pode vislumbrar este direito, através do art. 5°, caput e inciso I, que afirma que: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988, art. 5).

E assim, consciente de sua representação diante da comunidade, a líder da comunidade ergue-se com seu corpo já cansado, fazendo uso de uma muleta, e em bom tom de voz solicita ajuda à promotora de justiça e aos juízes presentes, sendo o seu desejo maior o bem-estar para a comunidade.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

O artigo intitulado "A representatividade do Ministério Público na comunidade Quilombola-Kalunga: um relato" pretende apresentar a comunidade afrodescendente Riachão, que vive sem acesso à saúde de qualidade, garantida na Constituição Federal de 1988, e, a partir da intervenção da promotoria de justiça, o que tem e pode ser transformado para melhorar o bem-estar e a qualidade de vida dessa população.

De acordo com a Constituição Federal, o Ministério Público, no que tange às Funções Essenciais à Justiça, tem autonomia e independência administrativa e financeira, portanto não tem vínculo com os demais Poderes do Estado, podendo assim fiscalizar se as leis estão sendo cumpridas, "defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis" (BRASIL, 1988, art. 127).

Ao adentrar as comunidades Quilombola-Kalunga, verifica-se que os acessos aos benefícios sociais, como a saúde, encontram-se aquém do que seria o ideal para o bem-estar de um cidadão e de acordo com a Lei nº 8080/90, art. 2º: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (BRASIL, 1990, art. 2).

Das comunidades do Nordeste Goiano, a que se encontra em situação de maior desigualdade com as políticas públicas em saúde é a do Riachão, localizada no Município de Monte Alegre de Goiás, que somente tem acesso aos trabalhos dos agentes de saúde e às vacinas diretivas do Ministério da Saúde. Nesse contexto, questiona-se o porquê de a matriarca da comunidade, em sua solicitação, não aproveitar a oportunidade da presença dos representantes políticos e reforçar os pedidos anteriores, em vez disso, a sua fala é direcionada especificamente à promotora de justiça, desconsiderando as outras autoridades: será que ela estava sem esperança quanto às solicitações feitas aos representantes conhecidos?

Esta forma de expressar tem correlação com o pensamento de Moscovici (1978, p. 27), ao afirmar que "a finalidade de todas as representações é tornar familiar algo não-familiar, ou a própria não-familiaridade". Por acaso os representantes do município não tinham familiaridade com os problemas da comunidade ou essas reivindicações se tornaram tão naturais a ponto de não serem mais consideradas prioridade para a gestão e a política partidária?

Segundo Moscovici (1978, p. 57):

> Os sujeitos em processos interativos, contextualmente situados, manifestam suas capacidades inventivas, suas afirmações, explicações e conceitos construídos no cotidiano referente a qualquer objeto, social ou natural para torná-lo familiar e garantir a comunicação no interior do grupo ao qual pertencem.

Os cidadãos da comunidade ali presentes não manifestaram seus desejos e necessidades, percebendo o distanciamento entre os representantes da gestão e da política partidária, tornando não familiar a comunicação, confirmando o não pertencimento com as autoridades locais, pois é impossível acontecer uma dialógica aberta sem ocorrer antes uma familiaridade. Conforme relata o cidadão CS68M:

> E na época da política, eles promete que vai fazê. Na hora que qué ganhá, vixe, é tanta coisa que vai fazê. Mas eles promete que vai fazê. Promete, promete que vai fazê isso e vai fazê aquilo e é tanta coisa... a hora que ganha.... Na boca é facinho mesmo, né? Mas na ação é difíci, né?... (TAKAHASHI, 2019, p. 255).

Nota-se que a política partidária vem sempre com uma roupagem ideológica inovadora, fazendo com que os cidadãos acreditem e voltem a sonhar, mas na verdade é apenas uma modalidade diferenciada para ressignificar a chibata ideológica oculta dos direitos estabelecidos pela lei e ausentes na realidade local. Como afirma AK62M: "Não, até hoje nunca fui atrás de político... depois que eles promete a gente acredita que sim, que vai... que vai fazê, né?". A descrença fica evidenciada pela inexistência de uma representação positiva direcionada à comunidade, pois como acrescenta Moscovici (2012, p. 216): "Representar significa, a uma vez e ao mesmo tempo, trazer presentes as coisas ausentes e apresentar coisas de tal modo que satisfaçam as condições de uma coerência argumentativa, de uma racionalidade e da integridade normativa do grupo."

A falta de coerência argumentativa dos políticos, em cumprir as promessas feitas durante as campanhas eleitorais, faz com que os cidadãos se calem por saberem que esses compromissos serão descumpridos e essa falta de representatividade e comprometimento leva-os a desacreditar em suas participações em órgãos significativos, como o Conselho Municipal da Saúde, que tem como objetivo traçar metas, supervisionar, controlar e propor intervenções positivas em saúde pública para a sua comunidade.

Com a visita da promotora de justiça pública à comunidade do Riachão nota-se que o espaço do Ministério Público tem possibilitado mudanças e benefícios para os cidadãos. Outrora para se ter acesso e reivindicar algo era necessário agendar horário em gabinetes estruturados, se

tornando um grande entrave. Hoje a promotoria pública vai aonde estão as necessidades da população, para ouvir, observar e conhecer as suas maiores necessidades, sendo conhecedora da história/cultura, convivendo com os cidadãos e com os problemas que os afetam. Sendo mediadora de uma dialógica ampla e sem maiores protocolos da burocracia, respeitando os critérios éticos, com o objetivo de proteger os direitos e o bem-estar dos seres humanos, facilitando e cumprindo a afirmação da Constituição Federativa do Brasil quanto aos direitos fundamentais, pois para a lei todos são iguais, "sem distinção de qualquer natureza" [...]. (BRASIL, 1988, art. 5). Dessa forma, a participação efetiva do Ministério Público, aos poucos, vai estabelecendo, com o seu poder, o direito, não apenas à vida, mas a viver com dignidade, deliberando aos cidadãos Quilombola-Kalunga a escuta de seus problemas e de sua consciência, vedando a discriminação e assegurando a igualdade entre os iguais diante das leis.

Uma vez que a promotora de justiça é residente na região e conhecedora da história e cultura desses cidadãos torna-se um facilitador de mediação dos problemas vivenciados, sendo esse contato direto e interativo com a comunidade fator diferencial, predominante e acessível para o ser humano que necessita dos trabalhos desse profissional. Os valores dessas relações humanas são afirmados por Geertz (1989, p. 15) como uma teia de significados construída pelo homem e esta capacidade decodificará a teia de informações em um esforço contínuo que levará ao objetivo final.

A ação de visitar e conhecer a realidade da comunidade, dando atenção, informando os direitos e deveres dos cidadãos, assim como a capacidade humana de decodificar a teia de informações, sendo conhecedora da importância dessa ação afirmativa para a comunidade, foi essencial. Quando um profissional conhece a história e a cultura de um povo, a chance de alcançar resultados positivos é grande, e também é bem maior a solubilidade dos problemas existentes, podendo também levar a uma continuidade através da observação, informações colhidas e metas propostas. Essa ação foi ampliada com o intuito de favorecer os cidadãos, com uma visão dos direitos de todos da coletividade, beneficiando a ação da jurisprudência nas demandas sociais mais relevantes e prioritárias, abrangendo o maior número de pessoas (coletivo): como exemplo, o direito à saúde pública para a comunidade Quilombola-Kalunga ou direitos individuais homogêneos.

O papel do Ministério Público não é punir, ele é um mentor da lei para a ação afirmativa: é o intermediário entre o cidadão, o estado de direito e a justiça institucional, indo em defesa dos cidadãos que são englobados nos direitos metaindividuais.

Para Sartre (1997, p. 307), o "valor do reconhecimento de mim pelo outro depende do valor do reconhecimento do outro por mim." Enquanto o tempo continua o seu percurso e a comunidade não têm respostas dos representantes para as necessidades/prioritárias, vivendo à mercê da espera, eles traçam novos caminhos buscando novos representantes e almejando, na Promotoria Pública, uma porta aberta pela qual possam entrar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a efetivação da pesquisa, conferimos a importância e a representatividade do Ministério Público do Estado de Goiás para as comunidades remanescentes de quilombos, mais especificamente a comunidade Quilombola-Kalunga Riachão, de Monte Alegre de Goiás, que sobrevive às margens dos direitos fundamentais estabelecidos pela lei máxima do país e efetivados através das Políticas Públicas em saúde.

Ao levantar questões de cunho social, verifica-se que a promotoria de justiça do Estado de Goiás, aos poucos, tem adentrado as matas da Chapada dos Veadeiros, até chegar aos quilombos onde encontram-se pessoas esquecidas pelas leis, levando conhecimento, muitas vezes, ignorado por esses cidadãos, direitos e deveres, e esclarecimentos sobre questões relevantes para a sociedade em que vivem.

O perfil ético da promotora de justiça, Dra. Úrsula, que vai conhecer a realidade dessa população, tem conseguido alavancar ações positivas em várias áreas, principalmente a efetividade nas políticas públicas em saúde, promovendo mudanças de paradigmas, em que a confiabilidade e a postura-ação são consideradas fundamentais e valorativas para esses excluídos no contexto das leis.

A troca de representatividade efetivada pela matriarca se torna um ato de bravura que poucos conseguem executar com tanta clareza e decisão, e não ocorreu em um casulo-burocrático, mas sim com uma presença forte do direito democrático. A ação da matriarca vai ao encontro, diretivamente, com a representação social da teoria de Moscovici (1978), sendo que este ato democrático transforma algo não familiar em familiar, clas-

sificando, denominando e estruturando o objeto que se deseja, de forma individual para o bem coletivo, expressando sua identidade e a alteridade de sua liderança, que carimba também a sua representação e afirma a sua hegemonia diante da comunidade.

Esse ordenamento do poder judiciário se estabelece diretamente no contexto legal do Estado, firmado no contexto do Estado Democrático Social de direito dos cidadãos brasileiros. E esse consenso democrático deliberado pela Constituição Federal/1988 faz emergir para o cidadão comum o direito de procurar o direito democrático jurídico e cobrar do próprio estado o direito à saúde para o seu bem-estar, através da Lei nº 8080/90, que lhe oferece esta seguridade. Igualmente, o Ministério Público tem toda a autonomia de intervenção legal firmando a democracia, sendo um gigante mediador entre o Estado e o estado de direito dos cidadãos, especialmente os afrodescendentes Quilombola-Kalunga.

O Ministério Público, sendo em sua representatividade escolhido para ser olhos e ouvidos, através da promotora de justiça pública, efetivará ação/positiva e eficaz, através das necessidades dessa comunidade de afrodescendentes, agrupando em consenso ético ao lado dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, resguardando os direitos efetivos da lei e os direitos civis.

Nesse sentido amplo de humanidade, a relação com os outros, e contemplando a essência do ser humano, inserindo a postura ética de comportamento em sociedade, percebe-se que enquanto a consciência da palavra humano não sobrepor a todo e qualquer tipo de Lei os cidadãos desta comunidade continuarão em silêncio, às margens da sociedade, sempre esperando, à mercê da chibata ideológica oculta, como se a falta das ações em Políticas Públicas em Saúde fosse vista com a naturalidade da visão histórica do passado. E atualmente, em seu mundo pessoal, contexto histórico e situacional da matriarca, ela ressignifica as lideranças em sua representação, na esperança de obter saúde pública para a sua comunidade, conforme a lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saú-

de, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Ministério da Educação. **Uma história do povo Kalunga.** Brasília, DF: Secretaria de Educação Fundamental. 2001. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001936.pdf. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANCLINI, N. G. Políticas culturales y crisis de desarrollo: un balance latinoamericano. *In*: CANCLINI, N. G. (org.). **Políticas culturales en América Latina.** México: Editorial Grijalbo, 1987, p. 29.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Trad. de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989. 213 p.

GOIÁS. **Lei Complementar nº 25, de 6 de julho de 1998**. Disponível em: http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=7069. Acesso em: 24 jan. 2021.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Organização do MP no Brasil e em Goiás**. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/organizacao-do-mp-no-brasil-e-em-goias#.YF8XeYxv_IV. Acesso em: 21 jan. 2021.

MOSCOVICI, Serge. **A representação social da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

_____. **Representações sociais:** investigações em psicologia social. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

SARTRE, Jean Paul. **O Ser e o Nada**. Petrópolis: Vozes, 1997.

TAKAHASHI, Fátima Messias Gonçalves. **Imagens Representacionais das Políticas Públicas Endereçadas à Educação e à Saúde, no Imaginário de um grupo de Idosos da Comunidade Quilombola-Kalunga de Monte Alegre de Goiás.** 2013. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF.

_____. **As Políticas Públicas em Saúde no Território Quilombola-Kalunga/Goiás – Brasil:** um estudo exploratório. 2019. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2019.

ANÁLISE DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV E DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Isabela Ramalho de Souza[14]
Marina Silveira[15]

INTRODUÇÃO

Diante de uma sociedade massificada e da esgotabilidade do Poder Judiciário, faz-se necessário repensar alguns institutos jurídicos, com o intuito de realizar uma releitura compatível com a essência e com os fins preconizados para a concretização dos direitos fundamentais. Nesse ínterim, é válido o estudo do princípio do acesso à justiça, tendo em vista que se trata de direito fundamental capaz de efetivar demandas e interesses da sociedade.

14 Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais FCHS, Franca/SP.

15 Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais FCHS, Franca/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca-FDF-Franca-SP.

Para tanto, o presente trabalho, ainda que de forma breve, pretende fazer algumas considerações a respeito do princípio citado, com o objetivo de analisar determinadas situações em que há a exigência de prévio requerimento administrativo como condição para ajuizamento da ação e se esse fato se consubstancia em uma limitação, verificando sua compatibilidade com o princípio do acesso à justiça. Ademais, será analisada especificamente a possibilidade da aplicação desse entendimento em relação às demandas consumeristas, por meio da exigência da utilização prévia da plataforma do consumidor.gov, como requisito necessário para o ajuizamento da ação, visando verificar se esse instituto se coaduna com o princípio do acesso à justiça.

1. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio constitucional e infraconstitucional, consagrado pela Magna Carta a título de direito fundamental, em seu art. 5º, XXXV, o qual reza que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", direito esse também afirmado no art. 3º, caput, do Código de Processo Civil: "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". Esse mandamento garante a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça, e tem como consequência a construção de uma sociedade mais igualitária (SADEK, 2014).

Tal princípio também pode ser denominado como inafastabilidade do controle jurisdicional, cujo conteúdo se consubstancia na garantia outorgada ao cidadão da concretização de seus direitos fundamentais, sendo disponibilizado para isso todos os meios e instrumentos adequados e efetivos à realização de seus direitos, com o amplo acesso ao Poder Judiciário e a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere (BARREIROS, 2009).

> Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do

> devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, giusto (BEDAQUE, 2003, p. 71).

É válido destacar que o direito de acesso à justiça abrange a via repressiva (lesão) e a via preventiva (ameaça a direito), dessa forma, é vedada a possibilidade de exclusão da alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido. Ademais, embora o direito de o acesso à justiça ser considerado um direito fundamental, não é um direito absoluto, comportando limitações, como as condições da ação (interesse de agir e legitimidade *ad causam*), além de outras hipóteses estabelecidas pela legislação infraconstitucional (GONÇALVES, 2020).

1.1 PROPOSTA DE RELEITURA DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme destacado, apesar de o princípio do acesso à justiça estar consagrado como direito fundamental, não é um direito absoluto. Dessa maneira, há hipóteses em que tal direito pode ser obstado, de forma temporária ou em virtude de razão específica. É válido ressaltar que essa limitação deve apresentar uma especificidade, tendo em vista que a impossibilidade total e absoluta do acesso à justiça, em todo e qualquer caso, traria como consequência uma aniquilação de tal direito e uma flagrante inconstitucionalidade (BARREIROS, 2009).

Nesse sentido, a jurisprudência atual tem se inclinado a exigir requerimento administrativo prévio como condição para ajuizamento da ação (interesse processual necessidade), afirmando que esse requisito tem o intuito de justamente demonstrar que existe resistência da outra parte, ou seja, o acesso à justiça está sendo limitado à exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito, consagrando a visão de que o Poder Judiciário deve sempre ser a *ultima ratio* (GAJARDONI, 2019a).

Assim, no próximo tópico, mesmo sem pretensão de esgotamento do tema, serão citados alguns exemplos em que a limitação do acesso à justiça tem se verificado.

1.2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

Há alguns anos era desnecessário qualquer prévio requerimento administrativo para que o cidadão pudesse ajuizar uma ação visando receber benefício previdenciário.[16] Contudo, após inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores[17] e um grande debate jurisprudencial, o Superior Tribunal Federal, em decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral, firmou a tese de que o segurado somente pode propor a ação pleiteando a concessão do benefício previdenciário se anteriormente formulou junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) o requerimento administrativo e este foi negado (STF, RE 631.240 RG/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 03.09.2014).

A referida decisão do STF foi no sentido de que a legislação infraconstitucional pode sim estabelecer requisitos para o ajuizamento de ações sem que isso implique limitação ao acesso à jurisdição. Isto porque a exigência de prévio requerimento administrativo liga-se ao interesse processual sob o aspecto da necessidade.

Desse modo, não há interesse de agir em juízo sem o prévio requerimento administrativo porque o sujeito passivo – no caso, o INSS – não tem o dever de satisfazer espontaneamente a correspondente prestação. Afinal, o dever de satisfazer a entrega da prestação somente nasce quando e se requerida pelo polo ativo ou pelo menos deve ser demonstrada de alguma forma que houve resistência por parte do polo passivo da demanda.

Cumpre observar que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas, que prevê a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis, o que seria inconstitucional e limitador do acesso à justiça.

16 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE-AgR/SP 548.676, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.06.2008, Dje 20.06.2008; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no Resp 772.692/RR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.08.2008, Dje 08.09.2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 545.214 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02.03.2010, Dje 26.03.2010.

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE-AgR/SP 548.676, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.06.2008, Dje 20.06.2008; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.310.042/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.05.2012, Dje 28.05.2012.

É válido ressaltar algumas condições estabelecidas no RE 631.240-MG: a) a exigência de prévio requerimento administrativo não é cabível quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; b) não é cabível também em caso de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração; c) há certa flexibilidade em relação aos locais sem estrutura da entidade para atender à população; d) além de ter havido modulação dos efeitos em relação às ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do Recurso Especial.

Portanto, tal decisão do STF encerrou o debate jurisprudencial determinando a exigência do prévio pedido administrativo junto ao INSS antes do ajuizamento de ação previdenciária, salvo algumas exceções, de forma que tal entendimento do Tribunal Superior se mostrou acertada e se coaduna com o princípio do acesso à justiça, além dos inúmeros benefícios à máquina judiciária, como muito bem acentuou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto:

> Louvo também o aspecto prático da solução dada por Sua Excelência, porque nós todos estamos empenhados, e essa Presidência em particular, em resolver esse problema dos cem milhões de processos que se encontram em tramitação aqui em nosso País – número que cresce em progressão geométrica. Eu acho que essa é uma contribuição bastante importante nesse sentido (STF, RE 631.240 RG/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 03.09.2014).

Nessa mesma toada, deve ser mencionado o julgamento do Superior Tribunal de Justiça – Resp 1.349.453/MS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02/02/2015) – o qual decidiu sobre a exigência de requerimento prévio junto à agência bancária para ação de exibição de documentos.

Restou mais uma vez decidido que para se caracterizar a presença de interesse em agir é preciso haver necessidade de ir a juízo. Assim, o interesse de agir fica configurado se o cliente comprovar recusa ou inércia da instituição de fornecer determinado documento. Como no RE 631.240, entendeu-se também desnecessário o esgotamento da via administrativa. Ademais, levou-se em consideração que o dever de exibição de documen-

tos por parte da instituição bancária decorre do direito de informação ao consumidor (art. 6º, III, do CDC).

Assim, mais uma vez a jurisprudência consolidou o entendimento de que a exigência do prévio requerimento administrativo — no caso concreto, em relação à ação de exibição de documentos junto às instituições bancárias – não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois, sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito, além de o requerimento prévio caracterizar o interesse de agir.

Tal entendimento do Tribunal Superior de necessidade de prévio requerimento administrativo ainda se irradiou para inúmeros outros casos como em cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) junto à Seguradora Líder (STF, RE 839.353/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.02.2015, Dje 09/02/2015). Nesta mesma toada, é válido citar as decisões exigindo prévio requerimento administrativo para os pedidos para fornecimento de medicamentos/insumos pelo Estado (STJ, AgRg no REsp 1492148/SC, Rel. Min. Assussete Magalhães, j. 10/03/2016, Dje 17.03.2016). Bem como decisões do STJ exigindo prévio requerimento administrativo para os requerimentos formulados à Secretaria da Receita Federal concernentes às contribuições previdenciárias (STJ, REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.06.2018, DJe 28.11.2018).

Portanto, há uma tendência da jurisprudência em exigir prévio requerimento administrativo antes do ajuizamento de demandas como condição da ação – mais especificamente caracterizando o interesse de agir – sem que isso viole o acesso à justiça. Por mais que ainda haja certa resistência à aplicação da *ratio* dos precedentes qualificados supra alinhavados, a tendência é que cada vez mais a prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia seja erigida à condição de acesso ao Poder Judiciário como regra geral (GAJARDONI, 2019a). Contudo, no que concerne às demandas consumeristas, parece ainda não haver uma pacificação do tema, como será analisado a seguir.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor foi introduzida no Brasil apenas no final do século XX com a Constituição Federal de 1988, no patamar de

direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF), como princípio da ordem econômica nacional (art. 170, CF) e princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, reconhecendo assim um novo sujeito especial de direitos, o consumidor individual e coletivo.

É possível afirmar que o reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos e sua proteção se dá diante do contexto de uma sociedade capitalista, industrializada, massificada, globalizada e informatizada, em que os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017, p. 42).

> A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico. [...] a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V) (STF, ADI nº 2.591).

Diante disso, a defesa do consumidor como um direito fundamental é considerada um direito subjetivo público a uma atuação protetiva (direito de defesa) e a uma prestação positiva do Estado em favor dos consumidores (direito a prestações), que deve ser reclamado e efetivado seja contra o próprio Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017, p. 44).

Com o intuito de promover a defesa do consumidor, sua tutela especial foi sistematizada na ordem infraconstitucional por meio de um Código. Em 1990 foi criada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, consistente em um microssistema jurídico, considerado o sistema mais inovador e revolucionário do ordenamento jurídico brasileiro do século XX, vez que rompeu com diversos paradigmas, no campo contratual e extracontratual (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017, p. 43).

Dessa maneira o direito do consumidor pode ser compreendido como um novo ramo do direito, que visa proteger um sujeito especial de direitos, o consumidor, como agente privado vulnerável, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor. Tendo como finalidade a redução da desigualdade entre os dois agentes econômicos (fornecedor e consumidor), por meio de inúmeras garantias aos consumidores e várias vedações aos fornecedores, com o intuito de proteger o agente mais vulnerável nessa relação (princípio da vulnerabilidade, art. 4º, I, CDC) (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 466).

> O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger a este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta ideia básica de proteção de apenas um sujeito "diferente" da sociedade de consumo: o consumidor. É um Código especial para "desiguais", para "diferentes" em relações mistas, entre um consumidor e um fornecedor. É Código (todo construído sistemático) de Proteção (ideia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor (sujeito de direitos protegido) (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 71-72).

Nesse interim é dever do Estado proteger imperativamente o sujeito consumidor em suas relações intrinsicamente desiquilibradas com os fornecedores de produtos e serviços. Dessa maneira, a tutela do consumidor se dá em virtude do reconhecimento de seu papel de sujeito vulnerável nas relações de consumo e da necessidade de sua proteção no mercado, perante a sociedade massificada, globalizada e informatizada.

> [...] o consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços (AMARAL JR., 1993, p. 27-33).

A vulnerabilidade do consumidor pode ser enquadrada como técnica (ausência de conhecimento específico sobre o objeto de consumo), ju-

rídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo), fática (situações em que a insuficiência econômica, física, psicológica do consumidor o coloca em circunstâncias de desigualdade frente ao fornecedor), informacional (dados insuficientes sobre o objeto de consumo capazes de influenciar no processo decisório de compra) política ou psicológica, econômica, social e ambiental. É possível destacar várias situações ou formas de tornar o consumidor vulnerável, como o tecnicismo dos contratos; a complexidade e extensão contratual; a generalidade dos contratos; a utilização de conceitos vagos e indeterminados; o regime de monopólio; a complexidade de inéditos produtos e serviços, entre outros (MORAES, 1999).

2.1 TUTELA DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE FACILITAR O ACESSO À JUSTIÇA

Para a concretização da defesa do consumidor, conforme o mandamento constitucional (arts. 5º, XXXII e 170, V, ambos da CF), foram necessárias, além da previsão de novos direitos subjetivos, regras de responsabilidade, contratuais, também normas processuais para assegurar a efetividade dos direitos materiais do consumidor. Dessa forma, o CDC conferiu ao consumidor garantias processuais para a efetivação de sua defesa no plano processual, como forma de garantir seu amplo acesso à justiça e a real igualdade entre as partes litigantes (GRINOVER, 2001, p. 719-720).

Diante da situação de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor apresentou a preocupação de tutelar os interesses do consumidor de modo integral e nos mais variados aspectos.

> Ressalta-se, por derradeiro, que o CDC trata de maneira desigual o consumidor não para conferir-lhe privilégios ou vantagens indevidas, mas, sim, prerrogativas legais – materiais e instrumentais – para que atinja o desiderato constitucional da igualdade real. A igualdade, na aristotélica lição de Rui Barbosa, importa em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 39).

Para isso, em seu art. 6º, VIII, o CDC garante o direito de acesso à justiça, afirmando que é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência". Isso se dá com intuito de prevenção e reparação de danos materiais, morais, individuais e coletivos aos consumidores.

Ainda como mecanismo que beneficia o consumidor e facilita seu acesso à justiça há o instituto do foro privilegiado (art. 101, I, CDC), que possibilita ao consumidor ajuizar, no foro do seu domicílio, a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços e o instituto da inversão do ônus da prova, que consiste na verificação pelo magistrado da presença, alternativa, da verossimilhança da alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente (espécie de vulnerabilidade processual).

Dessa maneira, o objetivo do CDC é facilitar a defesa dos interesses do consumidor no campo da instrução probatória, para permitir a igualdade substancial também no campo processual, de forma que seja possibilitado ao juiz se aproximar mais da verdade para proferir uma decisão de melhor qualidade (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 523). Como ensina o próprio STJ, em matéria de defesa do consumidor a Constituição Federal e seu art. 5º, XXXII, deve prevalecer, ou o acesso à Justiça ficará cada vez mais retórico:

> [...] 4. Referentemente à cláusula constitucional pétrea que dispõe que é dever do Estado proteger o sujeito vulnerável na relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor – CDC estabeleceu, entre seus direitos básicos, o "acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos" e à "facilitação da defesa" desses mesmos direitos (art. 6º, VII e VIII). 5. O acesso à Justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais. Na acepção que lhe confere o Estado Social, a expressão vai além do acesso aos tribunais, para incluir o acesso ao próprio Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e avessa à presunção de igualdade), conhecida (= social

> e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva) (STJ, REsp 347.752-SP, Rel. Min. Herman Benjamin DJE 04.11.2009).

3. A TENTATIVA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CONFLITO É CONDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA O ACESSO À JURISDIÇÃO NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS?

Questiona-se: a exigência de requerimento administrativo prévio fere o acesso à justiça nas demandas consumeristas?

Como explicado anteriormente, observa-se uma evolução jurisprudencial no sentido de exigir a busca da via administrativa antes do ajuizamento de determinadas ações. Seguindo a mesma lógica dos julgados acima citados, parece não haver nenhum óbice à implantação do requerimento extrajudicial prévio nas demandas do consumidor. Como explica Fernando Gajardoni (2019a):

> Fato é que a nova leitura do princípio do acesso à Justiça leva à conclusão de que o Judiciário deve mesmo ser a *ultima ratio*. Sendo possível a apresentação de prévio requerimento administrativo junto a órgãos oficiais constituídos (como é o caso da plataforma consumidor.gov.br), sem que existam quaisquer óbices nesse sentido, ausente também qualquer prejuízo pelo tempo de resposta destes órgãos, tal requerimento deve ser considerado como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual – necessidade) perante o Judiciário.

Deve ser ressaltado que apenas seria inconstitucional tal exigência se o meio administrativo fosse ineficaz. Como bem salientado:

> Conquanto sejamos simpáticos à tese, ela pressupõe e exige a estruturação adequada dos contenciosos administrativos, a fim de oferecer respostas rápidas e com qualidade aos administrados. No contexto atual, em que o procedimento administrativo, ressalvadas algumas exceções, apresenta baixa performance, inviável exigir seu prévio exaurimento, sob pena de erigir mais um obstáculo ao aces-

> so à justiça (GAJARDONI; DELLORE; ROQUE; OLIVEIRA JUNIOR, 2019. p. 124).

Desse modo, parece correto o entendimento de Fernando Gajardoni (2019a) de exigir o prévio requerimento administrativo como requisito para o exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário nas demandas consumeristas, desde que a solução extrajudicial tenha uma alta performance, por isso será analisada a plataforma do consumidor.gov.

3.1 SOLUÇÃO ALTERNATIVA PARA CONFLITOS DE CONSUMO: PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR

Sobre o tema, ganha especial destaque a plataforma do consumidor.gov, que é um serviço público e gratuito, o qual permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet, as quais se comprometem a receber, analisar e responder às reclamações em até 10 (dez) dias, sendo que atualmente, em razão da pandemia da Covid-19, tal prazo alargou-se para 15 (quinze) dias.

Lançada oficialmente em 27 de junho de 2014, a plataforma já registrou mais de 3,8 milhões de reclamações e conta com uma base de 2,7 milhões de usuários cadastrados e mais de 992 empresas credenciadas. O índice médio de solução das empresas no consumidor.gov.br foi de 78,4%, e o prazo médio de resposta foi de 8 dias. Desse modo, o site é um instrumento acessível de qualquer lugar por meio da internet para buscar a solução dos seus problemas de consumo, de forma mais rápida que a via judicial.

Claro que ainda são necessárias algumas melhorias na plataforma, como um maior número de empresas cadastradas. Há que se levar em conta que uma parcela da população não tem acesso à internet, bem como é preciso dar maior publicidade e visibilidade para que a população possa acessar o site. Assim, parece razoável que o exercício do direito de ação consumerista perante o Judiciário seja condicionado à prévia tentativa de solução do conflito por meio da mencionada plataforma, desde que se trate de fornecedores/órgãos da administração previamente cadastrados no sistema e que tenham histórico razoável de solução extrajudicial de litígios por esta plataforma (GAJARDONI, 2019-a)

Cabe destacar que, em que pese uma pequena parcela da população não tenha acesso à internet, normalmente o ajuizamento de ação é feito por meio de advogado, por peticionamento eletrônico, assim seria muito difícil que um advogado tenha dificuldades de acessar a plataforma e/ou auxiliar seu cliente. Mesmo nas demandas propostas pela parte diretamente no Juizado Especial, nada impede que os funcionários orientem sobre o uso da plataforma.

Como sugere Fernando Gajardoni (2019-a), ajuizada diretamente ação judicial sem que a parte, nos casos em que isso seja possível e recomendável, tenha tentado extrajudicialmente a solução do conflito, deve o Judiciário, com base nos artigos 3º e 6º do CPC (dever de autocomposição e cooperação), suspender o feito (e não indeferir a inicial) para que seja, então, feita a postulação pela via administrativa própria pelo autor.

Portanto, o que se propõe neste artigo é a utilização da plataforma do consumidor.gov ou mesmo outros meios extrajudiciais antes do ajuizamento das demandas consumeristas, desde que atendidos certos requisitos, estimulando a solução dos conflitos por meios alternativos.

3.2 ANÁLISE DOS CASOS PRÁTICOS: PROCESSO Nº 1001606-68.2019.8.26.0426 E 1000371-32.2020.8.26.0426

Parece haver uma movimentação doutrinária e prática dos magistrados no sentido de exigir o acesso à plataforma do consumidor ou outros meios, como, por exemplo SAC das empresas, como condição da ação nas demandas consumeristas.

Este artigo analisou o processo nº 1001606-68.2019.8.26.0426, no qual o autor ajuizou demanda declaratória de inexigibilidade de débito. Nesse processo, o magistrado determinou que o polo ativo esclarecesse se tentou solucionar extrajudicialmente a questão, apresentando o pedido ao demandado diretamente ou pela plataforma consumidor.gov, inclusive explicando como acessá-la. Ademais, o magistrado foi cuidadoso ao observar que o polo passivo estava devidamente cadastrado na plataforma e ainda concedeu um prazo de 15 dias para comprovação do pedido administrativo junto ao consumidor.gov, caso em que o processo seria suspen-

so por 45 dias, e somente caso não fosse feito o pedido administrativo, a inicial seria indeferida.

No caso concreto, diante do não cumprimento da determinação do magistrado pela parte autora, o processo foi extinto sem resolução de mérito. Contudo, houve recurso de apelação do autor e a 38ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento para desconstituir a sentença, com fundamento de que é desnecessária a demonstração de prévia tentativa de resolução do litígio pela via administrativa, que somente é exigida nos casos de exibição de documento (TJSP; Apelação Cível 1001606-68.2019.8.26.0426; Relator: Flávio Cunha da Silva, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 10.08.2020).

Infelizmente, de acordo com o posicionamento deste trabalho, perdeu-se a oportunidade de modificar o entendimento já ultrapassado que em muito atola o poder judiciário com um número imenso de demandas similares, desprestigiando os meios alternativos de solução de controvérsias tão incentivados pelo Código de Processo Civil.

Analisando o processo nº 1000371-32.2020.8.26.0426, no qual novamente o magistrado determinou a emenda da inicial para que a parte procurasse acessar a plataforma consumidor.gov, a empresa do polo passivo – OI Telefonia – resolveu o problema por meio da plataforma, o que apenas reforça o sucesso deste meio alternativo de solução de conflitos.

Insta destacar que neste caso a demanda prosseguiu em relação ao pedido de danos morais, principalmente por ter havido negativação indevida, mas o magistrado ponderou que o polo passivo, "ainda que a destempo, tentou solucionar extrajudicialmente a questão (cancelando os débitos e cessando as cobranças)", motivo pelo qual o valor dos danos morais foi reduzido. A atitude do juiz da causa em muito prestigia e incentiva os meios alternativos e deve ser incentivada e replicada. Ressalta-se ainda que talvez poderia ter sido totalmente evitada tal ação se a parte tivesse buscado anteriormente a plataforma de modo a impedir a negativação indevida, uma vez que a questão foi resolvida administrativamente.

Portanto, tais casos práticos demonstram que a plataforma pode ser facilmente acessada e espera-se que mais magistrados adotem tal postura a fim de incentivar as partes a resolverem seus conflitos na via administrativa.

CONCLUSÃO

O direito de ação descrito no art. 5º, XXV, CF e art.3º caput do CPC é o direito amplo de que o Poder Judiciário deve atender aos pedidos que lhe foram formulados. Nas palavras de Marcus Vinicius (2020, p. 162), "o direito de acesso à justiça é incondicionado, independe do preenchimento de qualquer condição: a todos assegurado, em qualquer circunstância; mas nem sempre haverá o direito a uma resposta de mérito". Assim, o direito de acesso à justiça é limitado pelas condições da ação, as quais são o interesse de agir e legitimidade, além de a legislação infraconstitucional poder traçar outras hipóteses (GONÇALVES, 2020).

Não há dúvidas de que o Judiciário passa por uma crise e enfrenta diversos problemas, de modo que não é apenas benéfico, mas também necessário fazer uma releitura do princípio do acesso à justiça. Este trabalho apontou que, positivamente, há hoje uma tendência da jurisprudência em exigir prévio requerimento administrativo antes do ajuizamento de demandas como condição da ação – mais especificamente caracterizando o interesse de agir –, sem que isso viole o acesso à justiça, de modo que tal prática deve ser aplicada nas demandas consumeristas em geral, o que encontra respaldo na própria doutrina de proteção ao consumidor.

Assim, parece correto o entendimento defendido por Fernando Gajardoni (2019a) de exigir o prévio requerimento administrativo como requisito para o exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário nas demandas consumeristas, desde que a solução extrajudicial tenha uma alta performance.

Portanto, pelos números de demandas e soluções frutíferas indicados na plataforma do consumidor.gov, foi comprovada a alta performance do site como meio alternativo de solução de conflitos, devendo ser incentivado seu uso, desde que a parte ré esteja devidamente cadastrada e bem avaliada, bem como deve ser dada maior publicidade à plataforma a fim de que as pessoas a conheçam e possam acessá-la antes de ingressar com reclamações no Judiciário. Pretende-se com isso fomentar o uso responsável do sistema de Justiça, com a participação ativa das partes na busca da solução consensual do conflito (GAJARDONI, 2019a).

Por fim, concluiu-se que a atitude do magistrado relatada nos dois casos práticos demonstrados acima merece ser incentivada, pois determina

que o prévio requerimento administrativo seja considerado como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual – necessidade), sem ferir o acesso à justiça e sem desrespeitar os direitos do consumidor.

REFERÊNCIAS

AMARAL JR., Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 6, 1993.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos.** 10. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2020.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista Direito UNIFACS**. n 112. 2009. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/835. Acesso em: 02 abr. 2021

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Consumidor.gov.br.** Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/. Acesso em: 28 mar. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade do prévio requerimento administrativo e o uso da plataforma consumidor.gov. **Migalhas**, 17 jun. 2019a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-deprevio-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr. Acesso em: 29 fev. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério. **Migalhas**, 2 fev. 2019b. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/310064/levando-o-dever-de-estimular-a-autocomposicaoa-serio. Acesso em: 29 fev. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo:** comentários ao CPC de 2015; parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas considerações sobre a crise da Justiça**. Disponível em: http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf. Acesso em: 29 fev. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O Código de Defesa do Consumidor:** princípio da vulnerabilidade. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP,** (101), 55-66, 2014. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814. Acesso em: 02 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1492148/SC**. Rel. Min. Assussete Magalhães, j. 10/03/2016, Dje 17.03.2016.

_____. **AgRg no Resp 772.692/RR.** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.08.2008, Dje 08.09.2008.

_____. **REsp 1.310.042/PR**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.05.2012, Dje 28.05.2012.

_____. **REsp 1.734.733/PE**. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.06.2018, DJe 28.11.2018.

_____. **REsp 347.752-SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 04.11.2009.

_____. **REsp nº 1.349.453/MS** (2012/0218955-5). Rito dos Repetitivos. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10.12.2014, DJe: 02.02.2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591**. Rel. Ministro Carlos Velloso.

_____. **RE 545.214 AgR/MG.** Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02.03.2010, Dje 26.03.2010.

_____. **RE 631.240 RG/MG.** Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 03.09.2014, Tema 350.

_____. **RE 839.353/MA.** Repercussão Geral. Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.02.2015, Dje 09.02.2015.

_____. **RE-AgR 548.676/SP.** Rel. Min. Eros Grau, Dje 20.06.2008.

_____. **RE-AgR/SP 548.676.** Rel. Min. Eros Grau, j. 03.06.2008, Dje 20.06.2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível 1001606-68.2019.8.26.0426**. Relator: Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado, j. 10.08.2020.

_____. **Processo nº 1000371-32.2020.8.26.0426**. Juiz Fernando da Fonseca Gajardoni, Comarca de Patrocínio Paulista, Vara Única.

_____. **Processo nº 1001606-68.2019.8.26.0426.** Juiz Fernando da Fonseca Gajardoni, Comarca de Patrocínio Paulista, Vara Única.

A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: PRELÚDIO DO CÁRCERE?

Larissa Maria Reis Barbosa[18]

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da nossa Constituição Federal, em 1988, uma questão bastante controversa vem sendo alvo de discussões entre juristas, parlamentares e toda a sociedade civil: trata-se da diminuição da maioria penal de 18 para 16 anos. Embora não seja o cerne deste trabalho, impossível não trazer o assunto dos adolescentes em conflito com a lei sem que nos esbarremos nesse nó, do porquê preferimos jogar a culpa da criminalidade no sistema penal como um todo e nos sujeitos infratores em vez de tentarmos resolver os problemas que geram a violência e todo o mal que assola a nossa sociedade.

De acordo com o artigo 27 do Código Penal, "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"; essa norma especial a que se refere o Código Penal é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, que reforça a inimputabilidade das crianças e adolescentes até 18 anos incompletos no artigo 104: "são penalmente inimputáveis os

18 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Módulo. Mestre em Linguística pela Universidade Cruzeiro do Sul. Graduada em Letras e Pedagogia, pós-graduada em Docência da Língua Portuguesa, Docência da Língua Inglesa e Literatura.

menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei." Ainda assim, mesmo que as crianças e adolescentes estejam à margem do Código Penal, todos os atos infracionais cometidos por eles remetem aos tipos penais previamente definidos na lei geral.

Destarte, ao verificar os argumentos utilizados por aqueles que defendem a redução da maioridade penal nos últimos 30 anos, um deles diz respeito à impunidade, ao fato de que adolescentes menores de 18 anos são impunes aos "delitos" cometidos, em virtude de não serem presos em penitenciárias como os imputáveis. Esquecem, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é indulgente com a prática de atos infracionais, como também se propaga no senso comum. Pelo contrário, os adolescentes entre 12 e 18 anos são responsabilizados por seus atos, após terem direito ao devido processo legal, e se a autoridade responsável verificar prática de ato infracional, aplicará as medidas socioeducativas ou protetivas adequadas à gravidade da infração, tal como ocorre num processo penal de um sujeito imputável. Para além da nomenclatura e do diploma legal, a diferença principal consiste em considerar a condição de pessoa em desenvolvimento.

Convém salientar, ainda, que o sistema carcerário brasileiro se mostra a cada ano mais longe de suas funções, dado ao aumento no número de presos e as condições indignas a que eles são submetidos. De acordo com o último levantamento, em dezembro de 2019, a população carcerária se aproximava dos 750 mil em todas as unidades prisionais do país. Se esse número estivesse decaindo, talvez fosse possível acreditar que o encarceramento é uma das formas de solução para a criminalidade; no entanto, esses números crescentes nos mostram o contrário: há mais pessoas cometendo delitos em todo o país e ocupando vagas inexistentes nos centros de detenção e reclusão, uma vez que os presídios não têm capacidade suficiente para as cerca de 700 mil pessoas confinadas. Faz-se mister lembrar que, dentre esse total, 500 mil pessoas já tiveram seus processos transitado em julgado; há, no entanto, 220 mil pessoas em prisão provisória, ou seja, que estão presos, mas não foram julgados e condenados, de modo que, até que o processo seja concluído, eles são presumidamente inocentes. Além disso, ao verificar tamanho número de casos sem julgamento, há de se falar em falha no sistema penal brasileiro também, pois a demanda de processos é tão grande que o sistema judiciário não consegue resolvê-los celeremen-

te, como preconiza o nosso ordenamento jurídico. E nesse cenário caótico em que se encontra o sistema penal e carcerário, como é possível pensar que colocar mais presos pode ser salutar para ambos, tanto sistema quantos usuários? Caso a maioridade penal fosse reduzida, em vez de resolver o problema da criminalidade, como se argumenta, o sistema prisional entraria em colapso total, pois receberia os adolescentes de 16 a 18 anos e eles ali permaneceriam, sem que houvesse um trabalho diferenciado para a ressocialização desses sujeitos. O que deveria ocorrer, portanto, é o oposto: aos adultos presos e condenados, é necessário que seja dado tratamento digno e estabelecidas ações de políticas públicas para que eles não mais vejam o crime como única possibilidade em suas vidas e possam voltar ao convívio social. Se isso é desejável aos adultos, civilmente capazes, penalmente imputáveis, qual procedimento deve ser adotado com aqueles que estão em formação física, biológica, comportamental e psíquica?

Com base nessa explanação inicial, este trabalho tem por objetivo discutir a internação como medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a verificar se ela é condizente jurídica e ideologicamente com o que se espera para uma pessoa em desenvolvimento. Para isso, será traçado o panorama na justiça brasileira com relação ao adolescente em conflito com a lei, a legislação que permeia a proteção e garantia dos direitos das crianças e adolescentes, as funções da pena em analogia às funções das medidas socioeducativas; e posteriormente serão vistos os números e perfil dos adolescentes atendidos na Fundação Casa e as principais infrações cometidas.

Com esta análise, espera-se colaborar para um melhor entendimento da situação desses adolescentes, a fim de que mais ações de políticas públicas sejam desenvolvidas visando esse público e o número de casos de criminalidade diminua progressivamente em nosso país.

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Antes de falar sobre a legislação propriamente que garante os direitos e deveres das crianças e adolescentes na atualidade, será explorado o modo como a figura da infância era concebida nas legislações penais anteriores a que está em vigência, na mesma linha de condução do título anterior.

Durante a fase colonial no Brasil, não havia um Código Penal como hoje. Assim, no livro das Ordenações Filipinas,[19] a imputabilidade penal se dava a partir dos 7 anos. O tratamento dos infratores com idade de 7 a 17 anos era similar ao dos adultos, porém havia uma atenuação nas penas.

Já no período imperial, com a promulgação do primeiro Código Penal Brasileiro, em 1830, a imputabilidade penal era atribuída a partir dos 14 anos, porém havia uma ressalva no artigo 13, dizendo que, ainda que os menores de 14 anos não pudessem ser julgados criminosos, como dizia o artigo 10, caso ficasse provado que o crime cometido havia sido feito com "discernimento", o menor poderia ser recolhido à casa de correção, pelo tempo que o juiz determinasse, desde que não excedesse a idade de 17 anos. A questão, nesse caso, é que essa ressalva deixava totalmente à análise subjetiva do juiz, levando às casas de recolhimento as crianças mais pobres, consideradas por si só "delinquentes", e deixando de fora os filhos dos mais abastados.

Com a Proclamação da República, em 1889, com a qual o país deixou de ser monarquista e passou a ser uma república, um novo Código Penal foi necessário. Assim, em 1890, o Brasil passou a ter um Código Penal. Se em outras legislações foram incorporados os ideais republicanos da nova época, o mesmo não parece ter se sucedido com relação à concepção de infância e adolescência, pois pouco mudou na redação do Código Penal, ao compararmos o Código Penal de 1830 e o de 1890. Aliás, com relação à inimputabilidade penal, essa sofreu um retrocesso. Se antes os menores de 14 anos não eram considerados criminosos, no Código Penal essa idade caiu para 9 anos, ressalvando, no parágrafo 2º, que entre os 9 e 14 anos não seriam considerados criminosos, caso "obrassem sem discernimento". No artigo 30, expõe que aqueles que tivessem obrado com discernimento seriam recolhidos aos estabelecimentos disciplinares industriais, não excedendo a idade de 17 anos. Apesar de ter mudado o nome de "casa de correção" para "estabelecimento disciplinar industrial", o foco desse centro era o de corrigir, de disciplinar, de punir.

19 No período em que o Brasil foi colônia de Portugal, não existiu um Código Penal propriamente e sim ordenações do Reino. De 1603 a 1822, as Ordenações Filipinas foram os livros que dispunham sobre diversos temas, sendo o de número V o responsável pelos delitos e as penas.

O fim da escravidão no Brasil, em 1888, e a Proclamação da República, em 1889, foram episódios que marcaram a ampliação do número de habitantes nos centros urbanos, trazendo, assim, graves problemas estruturais nas cidades, como falta de moradias, de emprego, de alimentação e condições de higiene. Diferente do que aconteceu em outros países, aqui a república não tinha ideologia revolucionária, não ansiava por direitos democráticos nem ocorreu em decorrência de anseios e movimentos populares. Pelo contrário: a república adveio da insatisfação com o império pelos militares e fazendeiros de café, que queriam manter o poder oligárquico, mantendo seus privilégios à custa do trabalho da classe popular e dos ex-escravos. Já a classe média urbana era conivente e, de certa forma, se mostrava satisfeita com o modo como a classe dominante conduzia a sociedade e o Estado. Era, em sua grande maioria, elitista, conservadora, anti-industrialista e agrarista, concordando com as ideias aristocráticas em voga. É por essa razão que pouco ou quase nada mudou no texto do Código Penal brasileiro, mantendo o mesmo preconceito e descaso com os pobres e negros como acontecia na época do Império, e proporcionando mais possibilidades de que essa classe subjugada e marginalizada lançasse mão desses pequenos crimes e contravenções para a subsistência própria e de sua família.

O Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de *1940, trouxe o novo Código Penal, que, apesar de suas reformas e alterações, continua em vigor. Esse Código instituiu a maioridade penal aos 18 anos, utilizando o termo "irresponsável", o qual foi alterado pelo termo "inimputável", em 1969 (*Decreto-Lei n° 1.004, de 21 de outubro de 1969), *quando os militares, durante a Ditadura, tentaram substituir o Código Penal de 1940. Porém, diante de inúmeras críticas, a vacatio legis foi sendo adiada, até que em 1978 foi revogada sem nunca ter entrado em vigor. Nesse Código de 1969, apesar de o menor de 18 anos ser inimputável, o artigo 33 dizia que o maior de 16 anos poderia ser responsabilizado pelo crime, caso revelasse "*suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento (*sic*)". Nesse caso, a pena era diminuída de um terço até a metade. E complementava, em seu artigo 34, que "os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial". Dentre essa legislação especial citada nesse artigo está o Código de Menores, co-

nhecido também por Código Mello Matos, a primeira lei que tratou do assunto referente às crianças e adolescentes em conflito com a lei e os abandonados pela família. Ele foi substituído pelo Novo Código de Menores de 1979, documento elaborado durante a Ditadura Militar. Com o início do período democrático no Brasil, em 1984, houve uma ampla reforma na Parte Geral do Código Penal de 1940. Seguindo os anseios de uma sociedade marcada por um período de 20 anos de repressão, em 1988 foi formada a Assembleia Constituinte, que aprovou a nova Constituição Federal Brasileira, consolidando os direitos das crianças e adolescentes em conformidade com os direitos fundamentais próprios a todo ser humano. Em 1990, imbuídos desse sentimento de proteção de direitos, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores e está vigente até o presente momento.

2. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 9069/1990, trouxe em seu texto a vertente da proteção integral a todas as crianças e adolescentes e esses como sujeitos de direito. Em todo o corpo de seu diploma, há menção àqueles que são responsáveis solidários pela proteção e garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, que são a família, o Estado e a sociedade. Além disso, como já dito em capítulos anteriores, o ECA rompeu com a ideia que se desenhava do menor de idade considerado "infrator", "delinquente" e "em situação irregular" e inaugurou um novo viés da criança e do adolescente que pratica ato infracional, não se referindo a eles com qualquer outro termo que não o de "criança" ou "adolescente". Esse é um aspecto que pode parecer banal, porém é de extrema significância para a visão que se espera que a sociedade tenha desta criança e deste adolescente: não o de um "marginal" ou "infrator" e sim de uma criança e adolescente que praticou um ato análogo ao delito e que, portanto, deve responder por ele, considerando, porém, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo VII do Título VIII – Da ordem social, que dispõe sobre os direitos da Família, das crianças, dos adolescentes, dos jovens e dos idosos, no artigo 227, traz quais são os

direitos genéricos que formam essa proteção integral; ainda, em seu parágrafo 3º, incisos IV e V, apresenta dois direitos à proteção especial que têm as crianças e adolescentes, no que diz respeito à relação processual e defesa técnica nos casos de cometimento de ato infracional e a necessidade de observância dos princípios da brevidade e excepcionalidade, ao aplicar qualquer medida privativa de liberdade. Por fim, traz no artigo 228 que todo menor de 18 anos é inimputável, os quais ficam sujeitos à legislação especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado dois anos após a promulgação da nossa Magna Carta.

A parte do Estatuto da Criança e do Adolescente que versa sobre as medidas de proteção inicia no artigo 98, quando são expostas as razões que levam as crianças e adolescentes a prescindirem dessas medidas:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
>
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
>
> III - em razão de sua conduta.

Essas medidas protetivas, que são detalhadas nos artigos 99 a 102, são aplicadas a todas as crianças e adolescentes que forem, de algum modo, negligenciados pelos pais ou pelo Estado, assim como no caso em que seus direitos são ameaçados em virtude de sua própria conduta. Isso porque, no caso das crianças até 12 anos incompletos, o artigo 105 ressalva que são as medidas contidas no artigo 101 que devem ser tomadas no caso de ato infracional praticado por crianças.Isso não significa que as medidas previstas no artigo 101 são exclusivas das crianças, podendo ser aplicadas cumulativamente ou isoladamente aos adolescentes, nem são elas específicas para crianças e adolescentes que praticam atos infracionais, elas são válidas para qualquer caso em que haja omissão do Estado ou da família, além dos casos em que a conduta deles levarem a infligir essas medidas.

Dentro do título III do ECA, que dispõe sobre a Prática de Ato infracional, os artigos 106 a 111 vão tratar dos Direitos Individuais dos adolescentes e as Garantias Processuais a que eles têm direito. No artigo 112,

encontramos o rol taxativo de medidas socioeducativas possíveis de serem aplicadas aos adolescentes que cometem algum ato infracional.

As medidas socioeducativas existentes são: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a liberdade assistida; a inserção em regime de semiliberdade; a internação em estabelecimento educacional; e qualquer uma prevista no artigo 101, I a IV, ou seja, as medidas protetivas, conforme já explicado. Os parágrafos 1º, 2º e 3º ainda trazem algumas ressalvas: I - a medida deve levar em conta a capacidade de o adolescente cumpri-la, uma vez que elas são personalíssimas, devendo ser cumpridas pelo próprio adolescente; II - nenhum serviço prestado pode ser forçado; III - no caso de adolescentes que possuem alguma doença ou deficiência mental, esses deverão ser encaminhados a centros médicos especializados, algo que ocorre também com os adultos. Quando acometidos de alguma deficiência mental se tornam inimputáveis e são recolhidos em hospitais de custódia para tratamento psiquiátrico, sendo a eles aplicadas as medidas de segurança em vez das demais penas existentes.

Do artigo 115 ao artigo 125, vemos o detalhamento dessas medidas socioeducativas, porém será explicitada somente a internação, que é o foco deste artigo.

2.1 DA INTERNAÇÃO

Quando falamos em internação, em primeiro lugar devemos nos ater aos princípios constantes no artigo 121: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Isso indica que, devido ao fato de ser adolescente, ele está em formação, e, assim, é preciso que a internação não seja banalizada nem aplicada a qualquer ato infracional; além disso, deve ser proporcional o tempo de cumprimento da medida ao ato infracional cometido. Por esse motivo, o § 2º fala que a decisão judicial que determinou a internação deve ser reavaliada a cada seis meses, não podendo ele ser superior a três anos (§ 3º).

O segundo ponto de suma importância é trazido pelo artigo 122, que diz em quais situações a medida de internação pode ser aplicada: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumpri-

mento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ou seja, em atos infracionais que houver grave ameaça ou violência à pessoa; quando há reiteração no cometimento de ato infracional; e quando há descumprimento de outra medida, como no caso da liberdade assistida ou semiliberdade, por exemplo. E nesse último caso, o § 1º ressalta que a internação poderá durar três meses no máximo. Em outros casos, essa medida, que é tão gravosa por cercear o direito de liberdade da pessoa, não pode ser aplicada.

Nos artigos 124 e 125, temos o rol de direitos dos adolescentes que são internados e também o dever do Estado de garantir a integridade física e mental dos internos, haja vista as inúmeras denúncias que houve enquanto vigorava o Código de Menores e o estabelecimento de internação era controlado pela Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor de São Paulo (FEBEM).

3. ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE INTERNAÇÃO NAS UNIDADES DA FUNDAÇÃO CASA

As informações analisadas neste estudo foram retiradas do boletim da Fundação CASA, do Estado de São Paulo, que consta no site da fundação e são datadas de novembro de 2020. Estes dados, no entanto, se apresentam abaixo da média em virtude da pandemia da Covid-19, que assolou o país e o mundo e levou os juízos a decidirem pela liberdade de alguns internos. Houve, em relação a dezembro de 2019, uma redução de 33% de internações. Ainda assim, por serem os dados atuais, serão eles os usados neste trabalho.

Em todo o Estado de São Paulo, são 5.085 adolescentes e jovens até 21 anos que se encontram em uma das medidas de internação: 32 em atendimento inicial; 766 em internação provisória; 29 em internação-sanção; 3.871 em internação; atualmente não há adolescentes em semiliberdade em decorrência da pandemia (mas o número costuma girar em torno de 300 adolescentes em situação de semiliberdade); 4 em atendimento externo e 383 estão em suas residências devido à pandemia.

Dentre os atos infracionais cometidos, estão: tráfico de drogas (51,3%); roubo – qualificado, simples, tentado (35,8%); homicídio – simples, qualificado, privilegiado, tentado (2,6%); estupro (1%); latrocínio (0,9%); furto – simples, qualificado (2,7%); ameaça (0,7%); outros atos infracionais (5%).

Desse total de adolescentes, 95,5% são do sexo masculino e 4,5% do sexo feminino. A faixa etária dos adolescentes atendidos é: 265 adolescentes têm entre 12 e 14 anos; 3.625 têm entre 15 e 17 anos; 1.586 têm entre 18 e 21 anos. Em relação à cor da pele, 2.874 se declaram pardos; 1.510 se declaram brancos; 656 se declaram pretos; 32 se declaram indígenas; 12 se declaram amarelos; e 1 não declarou a cor. A respeito da escolaridade, 3.000 estão cursando os anos finais do Ensino Fundamental; 1.685 estão cursando o Ensino Médio; 198 estão cursando os anos iniciais do Ensino Fundamental; 52 têm o Ensino Médio completo; 7 estão cursando o Ensino Superior e 143 não informaram.

Com base nesses dados, é possível perceber que o perfil dos adolescentes internados é um retrato da desigualdade social em nosso país: a maioria dos internos são meninos, pardos, entre 15 e 18 anos, com Ensino Fundamental incompleto, cujo principal ato infracional é o tráfico de drogas, ou seja, são, na maioria das vezes, meninos com poucas oportunidades na vida e que veem no tráfico de drogas uma chance de "ascender" financeira e socialmente dentro da comunidade em que vivem. Embora os dados não tragam o local onde moram, esse perfil social normalmente é de crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade social, moradores de favelas ou bairros muito carentes, provenientes de famílias numerosas, que são, em sua maioria, criados apenas pelas mães, que vivem de "bicos" – empregos informais.

Assim, pode-se depreender dessa análise que não se trata de internações a necessidade premente da nossa sociedade e dos nossos adolescentes: o que falta em nosso país e, consequentemente, em nosso estado, são políticas públicas de prevenção, de acolhimento a essas crianças e adolescentes, que precisam que o Estado intervenha mais, a fim de propiciar uma vida mais digna e com mais oportunidades, que os ponha a salvo da criminalidade. É preciso investir mais na educação, no esporte, no lazer, nas atividades que os mantenham distante do vício e da chamada "vida fácil".

4. ATOS INFRACIONAIS E INTERNAÇÃO: UMA RELAÇÃO JUSTA?

A internação, como medida socioeducativa, tem um caráter repressivo no tratamento do adolescente em conflito com a lei, mas, acima de

tudo, deve ter um caráter socioeducativo, como o próprio nome diz. Sem dúvida alguma, o adolescente precisa ser responsabilizado pelo ato cometido, pois isso também é um modo pedagógico: conforme vamos crescendo, tornamo-nos sujeitos de direitos e deveres, portanto, se infringimos alguma norma, devemos ser responsabilizados. O que acontece no Brasil, entretanto, é que essas medidas socioeducativas, que deveriam ter o condão de ressocialização, adquirem um caráter punitivo muito forte, levado, sobretudo, pela opinião pública, especialmente quando se trata de adolescentes pobres e negros que cometeram ato infracional contra pessoas da elite do país. A questão punitivista se torna ainda mais evidente e reacende o debate sobre a redução da maioridade penal, como se o aumento no número de encarcerados fosse resolver o problema da criminalidade em nosso país.

Quando se fala em socioeducação, os princípios da brevidade e da excepcionalidade devem ser plenamente considerados; o que parece ser de praxe é a determinação da internação como regra e a duração dos três anos, mesmo em casos que não deveriam ser aplicados. De acordo com a defensora pública Fabiana Zapata, a execução da medida socioeducativa da internação coloca que a conquista da liberdade está atrelada a uma mudança de personalidade do adolescente, quando deveria ser o preparo do adolescente para o convívio social, de modo a ele respeitar as normas sociais vigentes. Todas as atividades oferecidas nesses centros socioeducativos devem ter o propósito "de desenvolver o potencial do educando para ser e conviver" (ZAPATA, 2019, p. 46). Ainda segundo Zapata, "a permanência em uma instituição total por um período considerável pode, assim, ocasionar a mortificação do 'eu', normalizando o indivíduo" (2019, p.46).

Sobre a banalização da internação, se analisarmos os dados apresentados, veremos que o tráfico de drogas é a maior causa de internação no Estado de São Paulo. Interpretando o conteúdo do ECA, em seu artigo 122, I a III, veremos que o tráfico de drogas por si só não é ato infracional cabível para a medida socioeducativa da internação: esses incisos taxativamente falam em ato infracional cometido mediante grave ameaça; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e no descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. Em qual desses itens podemos encaixar o tráfico de drogas? Ainda que as leis

penais tenham sido endurecidas nos últimos anos com relação ao tráfico de drogas, o que está previsto na legislação especial não pode ser desconsiderado pelas Varas da Infância e Juventude. Mesmo equiparado a um crime hediondo, esse ato infracional não pode dar ensejo à restrição da liberdade. Acontece, porém, que a justiça precisa dar uma resposta à sociedade em relação ao alto número de pessoas, entre elas os adolescentes, envolvidas com o tráfico de drogas. E em vez de pensar em políticas de prevenção e promoção de saúde aos nossos jovens, preferem punir aqueles que são pegos cometendo o ato infracional. Outra medida socioeducativa seria mais viável a esses adolescentes, como no caso da liberdade assistida ou ainda a aplicação de uma medida protetiva (cumulativamente ou não), para que esse adolescente fosse assistido por uma equipe multidisciplinar e ele tivesse um aparato de cuidados voltados para a sua formação plena. Também, nesses casos, o trabalho com a família desse adolescente seria de extrema importância, para que todos fossem amparados pelo Estado e tivessem a chance de uma vida diferente.

Ainda sobre a tipificação dos atos infracionais e a proporcionalidade da internação como medida aplicada, importante frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no artigo 126, o instituto da remissão, que pode ser concedido por representante do Ministério Público, como forma de exclusão do processo, se entender ele que as circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, a personalidade do adolescente e sua participação no ato infracional dão causas a essa opção. Assim, nos casos mais brandos, como o furto, receptação, entre outros, o "perdão" pode ser concedido e o processo instaurado para a responsabilização do adolescente será excluído, extinto ou suspenso. De acordo com Thiago Souza (2019, p. 121), com a remissão "deseja-se evitar a judicialização dos casos de delinquência juvenil e a banalização da aplicação das medidas socioeducativas, que, importante frisar, possuem, também, caráter retributivo, servindo como sanção ao adolescente infrator". Ele ainda ressalta que, mesmo que o ato infracional seja mais grave em abstrato, a legislação permite a remissão se a personalidade, o contexto, os antecedentes e as consequências do delito "indicarem a possibilidade de ressocialização e reeducação extrajudiciais" (SOUZA, p. 123).

Sobre o segundo item do rol taxativo que permite a aplicação da internação como medida socioeducativa, o qual diz que deve haver reitera-

ção no cometimento dos atos infracionais, importante ressaltar a distinção feita pelo Superior Tribunal de Justiça sobre reiteração e reincidência. Segundo o STJ, "somente se vislumbra reiteração quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais". Assim, de acordo com esse entendimento, quando não há aplicação de medida socioeducativa ou no caso de ter sido aplicado o instituto da remissão, configura-se tão somente reincidência, e não reiteração. Ainda assim, muitas vezes um único ato infracional cometido reincidentemente já é considerado para aplicar a internação como medida socioeducativa, principalmente quando se trata de atos infracionais mais gravosos. Eduardo Newton expõe, no entanto, que o simples fato de ser grave o ato infracional não afasta o dever de verificar se é cabível outra medida que não seja restritiva de liberdade.

A prosperar a tese da gravidade, em si, como único elemento necessário para estabelecer a medida socioeducativa, desnecessário seria não só a preocupação com o processo justo, mas com a assistência da figura do juiz, que poderia ser facilmente substituída por programas capazes de proferir decisões de maneira automática (NEWTON, 2019, p. 36).

Quando se trata de privação de liberdade, ainda mais de uma pessoa que está na fase da adolescência, construindo-se como ser social e como indivíduo, o papel da justiça deve ser mais humanizado, ainda que estejamos falando de alguém que cometeu um ato infracional, que lesou ou retirou de outra pessoa um bem jurídico tutelado como a vida. Mais uma vez, reforçar que o adolescente deve ser responsabilizado pela sua ação é fundamental. Mas não se pode esquecer o caráter principal da medida socioeducativa que é o de reeducá-lo, de propiciar atendimento que seja capaz de fazê-lo aprender com esse ato, de conduzi-lo para dentro da sociedade e não de marginalizá-lo ainda mais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qual o papel da internação? Se considerarmos os documentos que norteiam a justiça juvenil, certamente nossa resposta será a de que o foco de qualquer medida socioeducativa é a ressocialização do adolescente. Entretanto, tentamos mostrar que, ao mesmo tempo, ela tem um viés punitivista, que está arraigado ao nosso sistema penal, e todo o histórico norma-

tivo infantojuvenil dos últimos séculos, que talvez ainda demoremos a nos desvencilhar. Este trabalho não tem por objetivo vitimizar os adolescentes que cometem atos infracionais, dar a eles o perdão para qualquer de suas ações nem os isentar da responsabilidade pelo que fazem. O objetivo é evidenciar que as medidas socioeducativas devem ser aplicadas em conjunto com as medidas protetivas, de modo a dar uma resposta à vítima e à sociedade (função repressiva), mas, acima de tudo, fazer com que o adolescente de fato consiga compreender suas ações e voltar a ser inserido na sociedade. E sendo a internação a medida mais grave, será que esse adolescente, que está em condição de desenvolvimento, só conseguirá a sua recuperação se ficar internado por anos em um centro socioeducativo? Ou será que esse tempo que ele passará com sua liberdade privada não será ainda mais negativo para ele?

Como dito anteriormente, a maioria dos adolescentes que cometem atos infracionais são crianças que não tiveram um escopo familiar favorável para dar suporte em sua formação. Ao serem mandados para as unidades de internação, ainda que a proposta seja a de que ele esteja próximo a sua casa e a sua família, esse adolescente se envolverá com outros adolescentes e será submetido às regras institucionais. Em muitos casos, tal qual ocorre com os presidiários, esses adolescentes passam a vivenciar uma nova realidade que pode levá-los a se envolverem ainda mais com o mundo paralelo da criminalidade, por isso muitos voltam a reincidir, demonstrando, assim, que não houve a eficácia pretendida com a aplicação da medida socioeducativa.

Por essa razão, a internação é defendida como medida socioeducativa somente para os casos extremamente gravosos, quando outra medida não for suficiente por si só para ressocializar esse adolescente. Para a maioria dos casos, no entanto, acreditamos que outra medida socioeducativa possa ser benéfica se aplicada em substituição à privativa de liberdade, em consonância com medidas protetivas favoráveis à condição social do adolescente. Mas, certamente, nossa principal defesa neste trabalho é a da prevenção. O Estado não deve aguardar o problema aparecer para resolvê-lo. Em nossa sociedade há várias questões de grande urgência para serem deliberadas, a fim de prevenir esses atos que beiram a criminalidade. É preciso investir em políticas públicas efetivas de educação, esporte, lazer e programas de assistência familiar, de criação de empregos, de habitação e

moradia etc. Quando as pessoas passarem a ter uma vida digna, certamente os números da violência e criminalidade começarão a baixar e daremos oportunidade aos adolescentes de se preocuparem apenas com as questões que são próprias à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de *1940***. *Disponível em:* https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html. *Acesso em: 22 de junho de 2020.*

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

GRECO, R. **Código Penal**: comentado. 11. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JUNQUEIRA, I. C. **Ato infracional e Direitos Humanos**: A internação de adolescentes em conflito com a lei. Campinas: Servanda, 2014. 248 p.

MACHADO, A.C. C; LAMENZA, F. **Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2012. 464p.

NEWTON, E. J. O processo justo e o ato infracional: um encontro a acontecer. Por uma defensoria pública comprometida com a prioridade absoluta da criança e do adolescente. **Revista EDEPE**. Edição especial da Defensoria Pública, p. 21-42, 2019.

ROSA, R. Z. **Das medidas socioeducativas e o ato infracional (do ECA ao SINASE).** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 240p.

SOUZA, T. S.; REIS, R. F. O direito ao perdão judicial: A remissão como direito subjetivo fundamental do adolescente acusado da prática de ato infracional. Por uma defensoria pública comprometida com a prioridade absoluta da criança e do adolescente. **Revista EDEPE**. Edição especial da Defensoria Pública, p. 113-126, 2019.

VOLPI, M. (Org.) **Adolescentes privados de liberdade:** a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal**.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2014. 223p.

ZAPATA, F. B. Internação: medida socioeducativa? Reflexões sobre a socioeducação associada à privação da liberdade. Por uma defensoria pública comprometida com a prioridade absoluta da criança e do adolescente. **Revista EDEPE**. Edição especial da Defensoria Pública, p. 43-50, 2019.

COVID-19 E ACESSO À JUSTIÇA: IMPACTOS NA CONCILIAÇÃO E NO RESGATE DOS DÉBITOS FISCAIS

Silvana Maria Parfieniuk [20]
Vinicius Pinheiro Marques [21]

INTRODUÇÃO

O presente estudo, ainda que de forma breve, tem o propósito de responder ao questionamento acerca dos impactos que a Covid-19 vem surtindo no acesso à Justiça de um modo geral e, também, no âmbito particular da conciliação aplicada aos débitos fiscais, objeto de pesquisa que os autores desenvolvem no Programa de Pós-graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que, nesse período inédito de pandemia, apesar de os serviços judiciais estarem sendo mantidos de forma permanente e contínua, de modo a garantir, na grande maioria dos casos, o acesso à justiça, mediante incorporação do aparato tecnológico aos procedimentos judiciais durante o período de distanciamento social, o certo é que, em algumas situações, os recursos virtuais são incapazes de superar as dificuldades práticas para assegurar a célere tramitação dos feitos

20 Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Juíza de Direito titular da 6ª Vara Cível da Comarca de Palmas.

21 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor do programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins.

comprometendo o acesso à justiça e, consequentemente, a garantia legal da razoável duração do processo.

Nessa perspectiva, após a abordagem geral do tema, que já mudou e continuará mudando radicalmente a prestação jurisdicional, será analisada a limitação de acesso à justiça no que concerne à realização de sessões de conciliação no âmbito fiscal, além de se discorrer sobre o impacto econômico da pandemia que, por um lado, gera queda na arrecadação e, por outro, reduz a capacidade contributiva do cidadão.

1. O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE CORONAVIRUS

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Tal decisão buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus

Em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia, anotando-se que, o termo "pandemia" se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. Tal designação reconhece que existem surtos de Covid-19 em vários países e regiões do mundo, entre os quais, como se sabe, o Brasil.

Ao se deparar com essa situação sem precedentes e no período intermediário entre uma e outra declaração da OMS, o Brasil, inaugurando as medidas para enfrentamento da Covid-19, editou a Lei nº 13.979, de 06/02/2020 que se tornou o marco inicial da resposta estatal à pandemia. Desde então, houve a publicação de um vasto conjunto normativo destinado a regular as situações jurídicas de direito público e direito privado, nascidas durante a pandemia de Covid-19.

Cumprindo sua missão institucional e para garantir o acesso à justiça, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, adotando o **trabalho remoto como modo de prestação jurisdicional** durante o período mais crítico da pandemia, cujo ato normativo foi prorrogado pela Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020.

Na mesma linha dos atos normativos acima citados e para regulamentar a questão a nível local, com intuito de garantir o acesso à justiça em tempos de pandemia, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins editou o Decreto Judiciário nº 109, de 13 de março de 2020, adotando medidas temporárias de prevenção da disseminação do coronavírus (Covid-19) e, depois, em face da natureza essencial e do caráter ininterrupto da atividade jurisdicional que deve ser garantida ao cidadão, expediu as Portarias-Conjuntas nº 1, de 17 de março de 2020, nº 2, de 23 de março de 2020, nº 7, de 31 de março de 2020, nº 8, de 7 de abril de 2020, nº 10/2020, de 24 de abril de 2020 e nº 18, de 27 de maio de 2020, a primeira instituindo e as demais prorrogando o trabalho remoto, além da Portaria-Conjunta 09/2020, de 07 de abril de 2020, que autoriza a realização de audiências por videoconferência durante a crise sanitária provocada pelo coronavírus (Covid-19).

A adoção de tais medidas, a par de garantir a contenção e isolamento sociais indispensáveis para enfrentamento da Covid-19, produziu significativo impacto na forma de atuação de **todo o sistema de justiça** – tribunais, varas, cartórios, salas de audiências, escritórios de advocacia etc. Assim, num verdadeiro esforço de reengenharia do Poder Judiciário e para mitigar os efeitos da pandemia, todos os operadores do direito passaram a atuar de forma remota e virtual. Houve, por assim dizer, uma veloz transição do *status* "em casa" para o "e-casa" com reorganização dos serviços judiciários, levada a efeito pela majoritária adoção do trabalho remoto, suspensão temporária dos prazos processuais, suspensão de audiências e de atendimentos físicos, salvo em casos considerados urgentes.

Em destaque, a tecnologia constituiu interessante ferramenta estatal para facilitar o acesso à justiça em tempos de pandemia, sendo possível mencionar a distribuição digital de novos processos e petições, a realização *on-line* de audiências por videoconferências, o uso de métodos virtuais de resolução consensual de conflitos, além do uso de aparelhos de telefonia celular, e-mail eletrônico ou outras ferramentas digitais para franquear a comunicação com jurisdicionados, advogados e defensores públicos.

Inegável que levar a qualidade do atendimento do balcão para o modo remoto se apresenta como um grande desafio para os servidores e a administração. Contudo, como os processos estão digitalizados hoje em dia, magistrados e servidores continuam trabalhando de forma remota, reali-

zando normalmente a maioria dos atos processuais e atendendo às demandas da sociedade, sem prejuízo de manter uma estrutura física mínima para atender casos de urgência que demandem a intervenção imediata do Poder Judiciário e que não possam ser resolvidos por meio virtual.

Quanto ao acompanhamento dos processos pelas partes e seus procuradores, este pode ser feito de modo ininterrupto pelos interessados via *on-line*, já que é praxe disponibilizar ao cidadão o número do processo e o endereço de acesso à internet onde devem acompanhar a tramitação

Também não está havendo prejuízo para recebimento de eventuais valores porquanto estão sendo regularmente analisados e decididos os pedidos de alvarás eletrônicos, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor (RPVs) e expedição de guias de depósito.

A seu turno, as audiências por videoconferência estão se popularizando graças ao funcionamento sem interrupções do sistema WebEx-Cisco, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que vem gerando tranquilidade às partes e garantindo, na medida do possível, o desenvolvimento dos trâmites processuais.

Já é uma realidade, também, a realização de sessões virtuais no Tribunal de Justiça e a implantação do sistema de sustentações orais realizadas via videoconferência. Não obstante os avanços tecnológicos possibilitarem um funcionamento quase "normal" do Judiciário, ainda existem situações que não podem ser supridas pela tecnologia, a exemplo do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, deveres estes suspensos temporariamente o pelo prazo de noventa dias.

Com certeza, enfrenta-se hodiernamente um marco histórico e não se pode ignorar suas implicações até porque estão sendo emprestados novos significados a velhos signos, vez que cabe ao Poder Judiciário cuidar das expectativas da população no que diz respeito ao acesso à Justiça e à velocidade de sua prestação, sob pena de gerar instabilidade social que, além de agredir o princípio da segurança jurídica, provoca impacto negativo no desenvolvimento do Estado e reflexamente da própria Nação.

Importante destacar, ademais, que o Estado Democrático de Direito tem relação direta com a estabilidade da ordem jurídica e, especialmente nesse momento de mudança, exige a simplificação do Judiciário, com mudanças estruturais, inclusive, para atender ao "novo normal" que se apresenta. Muitas dessas mudanças, ao que tudo indica, inclusive pelo conteúdo da novel Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 322, de 1º de junho de 2020, não ficarão limitadas a esta fase de pandemia e acabarão se prolongando por tempo indefinido ou, até mesmo, se incorporando à rotina forense daqui em diante, modernizando ainda mais o judiciário

No mais, a problemática envolvendo a Covid-19 e o acesso à justiça revela a complexidade da questão, que entrelaça a manutenção do trabalho de forma virtual com o distanciamento humanitário da justiça, apontando para uma realidade até então pouco visível, no sentido de que a manutenção dos serviços judiciários de forma remota, embora necessário neste momento, não pode servir de pretexto para a robotização da justiça com absoluta indiferença ao ser humano que está por traz do processo. Nessa ordem de ideias, o processo não pode ser visto como um mero arquivo documental, mas sob o enfoque mais abrangente de ser a materialização de situações humanas conflituosas que exigem uma resposta estatal impregnada de caráter humanístico nem sempre perceptível e aplicável no ambiente virtual.

É desejo uníssono o retorno à normalidade o mais rápido possível, especialmente das nossas atividades profissionais, fonte de subsistência própria e familiar. Entretanto, esse momento passageiro de pandemia exige precaução extrema, de tal sorte que, na ponderação de valores, o acesso à justiça, por mais importante e necessário que seja, cede ante a prevalência do direito fundamental de máxima hierarquia, que é a dignidade de cada uma das pessoas humanas envolvidas na prestação jurisdicional.

2. O IMPACTO DA COVID-19 NAS CONCILIAÇÕES NA ÁREA FISCAL: UMA LIMITAÇÃO NO ACESSO À JUSTIÇA

Embora a incorporação do aparato tecnológico aos procedimentos judiciais durante o período de distanciamento social seja uma realidade cada vez mais inexorável como meio de permitir que os serviços da Justiça sejam mantidos de forma permanente e contínua, de modo a garantir,

na grande maioria dos casos, o acesso à justiça, o certo é que, em algumas situações, os recursos virtuais são incapazes de superar as dificuldades práticas para assegurar a célere tramitação dos feitos, comprometendo o acesso à justiça e, consequentemente, a garantia legal da razoável duração do processo.

Uma das hipóteses que, particularmente, sofre limitação no acesso à justiça é a conciliação processual e pré-processual na área fiscal. Isso se verifica porque, ainda que esteja disponível o sistema para realização de audiências por videoconferência, essa tecnologia nem sempre é capaz de alcançar o contribuinte, seja porque muitos devedores fiscais não tenham acesso a ela, seja porque o ente público credor ou o próprio Judiciário não disponham de dados – *número de telefone celular ou endereço de e-mail eletrônico* – do contribuinte de forma a viabilizar o contato virtual indispensável para realização da audiência conciliatória através de videoconferência. Além disso, por óbvias razões, a necessidade de distanciamento social inviabiliza a realização de mutirões de negociação fiscal, cuja prática tem se revelado como um dos métodos mais eficiente de resgate dos débitos fiscais.

Necessário pontuar que, no âmbito do CEJUSC da Comarca de Palmas-TO, o mutirão de conciliações fiscais pré-processuais que estava programado para o mês de maio de 2020 restou inviabilizado em função da pandemia, sendo postergado para momento futuro após o retorno às atividades presenciais.

Ainda no que tange à realização das audiências por videoconferência, a própria Resolução 314 do CNJ em seu artigo 6º, § 3º preconiza:

> As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.

Nessa toada, as dificuldades que, de forma percuciente, foram apontadas no dispositivo acima transcrito se fazem presentes com muita intensidade no âmbito das conciliações de natureza fiscal em função do perfil

dos contribuintes – *pessoas físicas e pessoas jurídicas* –, muitos dos quais sem endereço eletrônico, outros com acesso limitado e alguns sem acesso à internet, o que, por si só, recomenda a não realização de audiências conciliatórias durante o sobejante período de isolamento social, medida mundialmente consagrada como a melhor no enfrentamento da pandemia do coronavírus.

Assim, em que pese ser louvável o esforço da Administração em manter o funcionamento dos serviços judiciários neste excepcional período de pandemia, o certo é que todo o aparato tecnológico disponível ainda não é capaz de superar as limitações físicas para, nos termos alhures citados, garantir a regular realização das audiências conciliatórias no âmbito fiscal.

3. O IMPACTO ECONÔMICO DA COVID-19 NO RESGATE DOS DÉBITOS FISCAIS: UMA IMPLACÁVEL REALIDADE

Conquanto ainda seja inescrutável a herança que será deixada pela emergência sanitária provocada pela Covid-19, o certo é que dela transborda uma crise de múltiplas dimensões e deletérios efeitos, notadamente um colapso econômico sem precedentes que, ao que tudo indica, se estenderá por longo tempo e, em alguns aspectos, ficará para a posteridade, não se tendo clareza ou previsão de como e quando a economia irá se reerguer.

Com efeito, as várias restrições sociais impostas pelos governos para contenção da pandemia trouxeram o amargo efeito colateral da estagnação econômica de vários setores produtivos, o que provocou o fechamento de inúmeras empresas, a redução da demanda e da atividade produtiva da indústria, do comércio e dos profissionais autônomos prestadores de serviços, a demissão de milhões de trabalhadores e a quase aniquilação do ritmo do trabalho informal.

A propósito, oportuna a citação das conclusões da pesquisa realizada pelo SEBRAE ainda no início da pandemia:

Os primeiros dias de restrição à circulação de pessoas e isolamento social, em decorrência do Coronavírus, já atingem o equilíbrio financeiro das empresas e ameaça a sobrevivência de milhões de pequenos negócios no país. Segundo pesquisa feita pelo Sebrae, 89% das micro e pequenas empresas brasileiras já observam uma queda no seu faturamento. E 36% dos em-

preendedores afirmam que precisarão fechar o negócio permanentemente, em 1 mês, caso as restrições adotadas até agora permaneçam por mais tempo. A pesquisa, feita entre os dias 20 e 23 de março, junto a um universo de 9.105 donos de pequenos negócios, revelou que, na média, a redução no faturamento das empresas foi de 69%. Os empresários ouvidos pelo Sebrae ressaltam que, mesmo adotando uma estratégia de venda online, o faturamento anual do negócio sofreria uma queda de 74%, caso as políticas de isolamento social sejam mantidas por um período de dois meses.[22]

Fruto da pandemia da Covid-19, toda essa situação gerou a queda abrupta da produção de bens e serviços e o arrefecimento da renda originada do trabalho, com forte impacto no faturamento das empresas e no consumo das famílias, o que, conseguintemente, derivou na queda da arrecadação estatal e gerou o total desequilíbrio entre os aspectos tributários e financeiros que envolvem a questão.

Há meses o país vive sob a já apontada situação de calamidade pública, a qual está se prolongando por tempo superior àquele inicialmente previsto, e ao experienciar seus efeitos, desde já temos que reconhecer a necessidade de repensar o sistema fiscal para mitigar as consequências da Covid-19, inimiga comum de toda a humanidade. Essa curiosa sincronia que de forma implacável atinge tanto o Estado – que vê sua arrecadação desabar – como o cidadão – que perde cada vez mais sua capacidade contributiva – exige a adoção de providências que permitam a subsistência de ambos.

Equacionar esse problema é uma dificuldade que se apresenta no porvir imediato e, por imperativo de lógica, exige atitudes inovadoras que, a um só tempo, assegurem o resgate dos créditos tributários para manter hígida a arrecadação e facilitem o pagamento dos tributos, até porque, ao confrontar-se com a redução da renda e tendo que optar entre as despesas necessárias para garantir a própria subsistência e a quitação dos débitos fiscais, o contribuinte certamente elegerá aquela em detrimento desta.

Neste cenário, como é de intuitiva evidência, há que se pensar em alternativas que podem ir desde a redução da carga tributária, a concessão

22 Pesquisa do Sebrae revela que 89% dos pequenos negócios enfrentam queda no faturamento. Disponível em: http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pesquisa-do-sebrae-revela-que-89-dos-pequenos-negocios-ja-enfrentam-queda-no-faturamento,3776b1b5d5931710VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso em: 08 jun. 2020.

de descontos até a ampliação do prazo de parcelamento, pois, em sendo mantido o atual estado de letargia do ente arrecadador associado â queda da capacidade contributiva do cidadão, haverá forte desequilíbrio orçamentário, no qual as despesas irão superar fortemente as receitas.

Em tais condições, o novo desenho de mundo imposto pela pandemia da Covid-19 trouxe consigo um complicador a mais para resgate dos débitos fiscais, já que limita o acesso à justiça, cujo fato inviabiliza a manutenção de uma rotina de audiências presenciais para conciliações das dívidas tributárias e impede a realização de mutirões de negociações fiscais. Desta sorte, neste momento ímpar da história e no estágio de quase hibernação da economia que vivenciamos, cabe ao ente tributante estabelecer uma maior equidade fiscal com medidas que incentivem e facilitem o pagamento dos débitos fiscais, pois somente assim, sem prejudicar a sustentabilidade econômica e as pessoas mais vulneráveis, evitará o desastre maior que seria a significativa perda de arrecadação.

CONCLUSÃO

Não obstante a excepcionalidade advinda do surto do novo coronavírus e ressalvadas algumas situações pontuais, as medidas que foram e continuam sendo adotadas no âmbito do Poder Judiciário, notadamente a regulamentação do trabalho remoto e a implantação do sistema de audiências por videoconferências, estão proporcionando aos jurisdicionados o amplo acesso à Justiça em homenagem ao postulado da razoável duração do processo categoricamente adotado como norte da atividade jurisdicional pelo artigo 4º do CPC.

A recente incorporação de um maior aparato tecnológico aos procedimentos judiciais durante o período de distanciamento social está permitindo que os serviços da Justiça sejam mantidos – de forma permanente e contínua – na grande maioria das demandas processuais, que, desterritorializadas das dependências judiciais, passaram a ser movimentadas pelos magistrados e servidores de dentro de suas próprias casas. Por mais sofisticados que possam ser, os recursos virtuais nem sempre são capazes de suplantar as dificuldades práticas ou as limitações físicas para assegurar a célere tramitação dos feitos, limitando em alguns aspectos o acesso à Justiça, como no caso das audiências de conciliação no âmbito fiscal.

Somada a essa limitação de acesso à Justiça, a dificuldade de resgate dos débitos fiscais se potencializa em função das dificuldades financeiras derivadas da pandemia, o que exige a adoção de medidas que incentivem e facilitem o pagamento dos tributos, pois só assim será possível minimizar a perda de arrecadação dos entes estatais sem que haja prejuízo à sustentabilidade econômica e às pessoas mais vulneráveis.

Dentro dessa nova realidade e almejando a breve superação da crise que se instalou em decorrência da Covid-19, cabe a todos os operadores do direito fazer o máximo para garantir o acesso à Justiça a todos os cidadãos que dela precisarem e ao Poder Público criar mecanismos de equidade fiscal, observando a primazia das pessoas envolvidas que esperam e merecem uma resposta estatal que, acima de tudo, preserve a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Camila. **Coronavírus – Perguntas e respostas para quem precisa da Justiça ou tem ação em andamento durante a pandemia**. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/coronavirus-justica-como-recorrer/. Acesso em: 26 maio2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020**, que prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências, Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 322, de 1º de junho de 2020**, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, me-

didas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção do contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 07 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. OPAS Brasil. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:-covid19&Itemid=875. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Decreto Judiciário nº 109, de 13 de março de 2020**, que adota medidas temporárias de prevenção da disseminação do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, as quais devem vigorar até 30 de abril de 2020. DJe nº 4696 de 13/03/2020. Disponível em: http://wwa.tjto.jus.br/elegis/. Acesso em: 26 maio 2020.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves; AZEVEDO, Júlio. **Uma análise global do acesso à Justiça em tempos de pandemia**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/opiniao-acesso-justica-tempos-pandemia. Acesso em: 27 maio 2020.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Acesso à Justiça e Sessões Virtuais em tempos de COVID-19.** Disponível em: http://genjuri-

dico.com.br/2020/05/08/justica-sessoes-virtuais-covid-19/. Acesso em: 27 maio 2020.

GOUVÊA, Luciana. **Fazer justiça em tempos de pandemia**. Disponível em: https://monitormercantil.com.br/fazer-justica-em-tempos-de-pandemia. Acesso em: 27 maio 2020.

SEBRAE. **Pesquisa do Sebrae revela que 89% dos pequenos negócios enfrentam queda no faturamento**. Disponível em: http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pesquisa-do-sebrae-revela-que-89-dos-pequenos-negocios-ja-enfrentam-queda-no-faturamento,3776b1b5d5931710VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso em: 08 jun. 2020.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

Lucio Picanço Facci[23]

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será feita a análise do contexto fático e jurídico da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, da sua estrutura, composição e atribuições, bem como dos métodos que utiliza para a composição dos conflitos.

Os dados dos processos aqui referidos constam dos "ementários de conciliação da Câmara de Conciliação e Arbitragem", disponibilizados pela Advocacia-Geral da União para livre consulta em seu sítio eletrônico.[24]

1. HISTÓRICO

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) é um órgão da Consultoria-Geral da União (CGU) da Advoca-

23 Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Especialista em Direito Público pela UnB. Graduado em Direito pela UFRJ. Professor universitário de Direito Processual Civil, nos níveis de graduação e pós-graduação. Procurador Federal.

24 Cf. http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/141676.

cia-Geral da União (AGU), cujo objetivo é resolver administrativamente os litígios entre os órgãos e entidades federais, evitando, assim, a judicialização desses conflitos.

A CGU é um dos órgãos de direção superior da AGU, à qual incumbe colaborar com o assessoramento jurídico da União. O art. 4º da Lei Complementar nº 73/93 (Lei Orgânica da AGU) dispõe competir ao Advogado-Geral da União prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos integrantes da Administração Pública (inc. XI). A Medida Provisória nº 2.180-35/2001, por sua vez, conferiu à Advocacia-Geral da União a incumbência de adotar medidas na esfera administrativa para a solução de controvérsias entre entes da Administração indireta, e entre aqueles e a União (art. 11, parágrafo único).

O art. 8º-C da Lei nº 9.028/95 autorizou ao Advogado-Geral da União avocar, coordenar ou integrar a atividade exercida judicial e extrajudicialmente de empresa pública ou sociedade de economia mista, quando houver interesse da União e houver possibilidade de se trazer consequências econômicas ao erário federal, estendendo o poder conciliatório também quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por força desses permissivos legais, foram iniciadas na AGU, dentro de sua Consultoria-Geral, algumas experiências autocompositivas. O bom resultado das mesmas resultou na criação da CCAF pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007. A iniciativa de sua criação recebeu, em 2008, o Prêmio Innovare, que tem por objetivo identificar e disseminar práticas jurídicas pioneiras e bem-sucedidas na Justiça brasileira, o que revela, em certa medida, o seu bom recebimento pelo meio jurídico.

Por meio da Portaria da AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, a CCAF passou também a conciliar as controvérsias com os Estados e o Distrito Federal, visando sobretudo estreitar o relacionamento com esses entes políticos e, dessa maneira, propiciar, através da diminuição das demandas judiciais e administrativas envolvendo aqueles entes da Federação e a União, maior celeridade na implementação das políticas públicas.

Por fim, foi editado o Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, que estabelece a estrutura orgânica da Advocacia-Geral da União, e o art. 18 do seu anexo I se refere expressamente às atribuições da CCAF, examinadas adiante, em tópico próprio.

A Câmara tem recebido especial atenção da AGU, o que pode ser notado pela ampla divulgação feita a respeito da atuação do órgão nos meios oficiais de comunicação da AGU ao longo de mais de uma década de funcionamento, tendo sido publicadas sucessivas cartilhas sobre a CCAF,[25] onde constam informações gerais sobre o órgão.

Pode-se dizer que a iniciativa da instalação e funcionamento da CCAF teve como propósito implementar uma cultura de conciliação, fomentada, no plano *normativo*, desde a Lei Orgânica da AGU, e, no *concreto*, pelas experiências conciliatórias havidas na própria AGU. A criação da CCAF resultou do amadurecimento dessas experiências e o seu pleno funcionamento, pouco mais de dez anos depois do seu advento, tem sido estimulado pela grande importância que lhe tem sido conferida pela AGU.

2. ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO

Todo o trabalho desenvolvido pela CCAF e pelos demais órgãos da AGU se processa eletronicamente por meio do sistema SAPIENS, que é um gerenciador eletrônico de documentos que possui avançados recursos de apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de fluxos administrativos, integrado com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo. A utilização desse sistema dispensa a utilização de documentos físicos e mesmo a necessidade de arquivos digitalizados. Os processos mais antigos que tramitavam por meio físico foram digitalizados e incluídos no SAPIENS, possibilitando a consulta de todos os processos por intermédio do mencionado sistema.

Na CCAF não há especialização de Câmaras por tipo de conflito. Isso seria possível de ser realizado, pois, embora as controvérsias submetidas à CCAF sejam de fato bastante heterogênea (FACCI, 2019, p. 215-299), podem ser agrupadas por tema, como matéria ambiental, patrimonial, de competência administrativa etc. Para ficar em um exemplo, são inúmeras as divergências conduzidas pela CCAF em tema fiscal. Poderia haver, assim, divisão do órgão por matéria. Embora não haja especialização de Câmaras por matéria na sede, a CCAF delega, em muitos casos, a conciliação para as Câmaras Locais de Conciliação, que fazem parte da Consultoria

25 V. 3ª edição, publicada em 2012 em file:///C:/Users/windows/Downloads/cartilha_ccaf.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

Jurídica da União nos Estados, considerando, por exemplo, a proximidade com o fato objeto do processo em trâmite na CCAF.

O processo poderá ser descentralizado para as unidades das Consultorias Jurídicas da União existentes em cada Estado, quando do exame prévio de admissibilidade do processo ou em qualquer fase do procedimento, por sugestão do Conciliador, e decisão do Diretor da CCAF, como assim determina a Portaria da Consultoria-Geral da União nº 41, de 22 de novembro de 2016. Ainda que ocorra a delegação, as atividades conciliatórias são supervisionadas pela CCAF.

A CCAF possui Diretor, a quem compete dirigir as suas atividades institucionais em interface com os organismos de gestão e de suporte da execução da CGU e da AGU. Poderão atuar como Conciliadores, de acordo com o art. 13 da Portaria da AGU nº 1.281/2007, os integrantes das carreiras da Advocacia Pública Federal, a saber: Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central.

O Conciliador atua como um facilitador da negociação, criando, de acordo com a Cartilha da CCAF publicada pela própria AGU,[26] um contexto propício para o entendimento mútuo, aproximação dos interesses e harmonização das relações controvertidas. Sinaliza o documento para o dever do conciliador de buscar a melhor composição para a controvérsia jurídica e de observar as seguintes premissas básicas: manutenção de postura imparcial e adoção de visão prospectiva da controvérsia; delimitação da controvérsia jurídica existente entre os interessados por meio de diálogo cooperativo que evite a animosidade e estimule a efetiva participação e não a competição; viabilização da análise multidisciplinar do conflito, de forma a reconhecer e articular os diversos fatores que componham a controvérsia; e auxílio na identificação dos interesses preponderantes para a solução do conflito.

A exigência de que o Conciliador seja integrante da AGU, obviamente, não inibe a presença de representantes dos Estados e Municípios nas reuniões de conciliação. Atuarão estes últimos como partes interessadas no conflito objeto do processo na Câmara. Embora tenham funções diferentes do Conciliador, uma vez dentro do contexto de busca pelo enten-

26 Cf. 3ª edição, publicada em 20012 em: file:///C:/Users/windows/Downloads/cartilha_ccaf.pdf, p.18. Acesso em 10 dez. 2017.

dimento mútuo que caracteriza as reuniões havidas na CCAF, e para que o propósito de construir consensualmente uma decisão para o caso seja alcançado, deverão os representantes dos Estados e Municípios estarem pautados pelas mesmas premissas que informam a atuação do Conciliador, acima referidas.

Da mesma forma, nada impede a participação de órgãos de controle interno e externo, quando for o caso. Em se tratando de conflito administrativo, é recomendável que sejam informados representantes de órgãos como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, por exemplo, sobre a instauração do processo na CCAF, convidando-os inclusive para participar das reuniões conciliatórias.

Essa abertura de participação não deve ser restringida, obviamente, apenas ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, aqui destacados pela sua importância institucional e pertinência em muitos casos submetidos à CCAF. Assim, outros entes federativos, entidades de classe e outros órgãos, e não apenas entes/entidades afetados pelo conflito, merecem participar dos processos conduzidos pela Câmara, nos casos em que se verifique que possam contribuir para a construção consensual da melhor solução à controvérsia.

Isso é especialmente relevante quando se trata de conflitos coletivos, nos quais é de enorme importância a participação dos grupos afetados pela disputa. Essa participação confere legitimação ao processo e possibilita a construção democrática e informada da solução a ser eventualmente alcançada. A participação dos grupos afetados contribui, assim, na efetivação das medidas acordadas, posto que construídas de forma consensual e esclarecida.

3. ADMISSIBILIDADE: COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE

É no Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, que constam atualmente normatizadas as atribuições da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Com efeito, ao tratar da estrutura da AGU em seu anexo I, o art. 18 deste diploma legal versa sobre a competência da CCAF em sete incisos.

Da leitura desse ato normativo extrai-se que caberá à Câmara, inicialmente, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos,

por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Vale dizer, uma vez submetida a controvérsia à CCAF, é preciso verificar se estão presentes os pressupostos para a instalação da Câmara de Conciliação para a condução da divergência. Por força da Portaria da CGU nº 41/2016, compete ao Diretor da CCAF realizar o juízo de admissibilidade dos pedidos de resolução administrativa de controvérsias (art. 2º, IV, letra *a*), bem como arquivar os processos de composição extrajudicial quando não for possível dirimir o conflito (art. 2º, IV, letra *c*).

As condições necessárias para a instalação da CCAF e prosseguimento do processo na Câmara não são claramente descritas, sendo possível dizer que o exame de verificação dos pressupostos para a instauração de processo na CCAF pode ser extraído da interpretação que se faz das demais atribuições cometidas ao órgão pelo art. 18 do Decreto nº 10.608/2021, que prosseguiremos analisando neste tópico.

Assim, o inciso II do referido dispositivo legal determina que caberá à CCAF requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito. Tal medida é importante para que sejam trazidos elementos ao Conciliador e aos demais interessados a respeito da matéria controvertida, viabilizando os esclarecimentos necessários quanto à matéria fática e ao posicionamento jurídico de cada um dos entes envolvidos na divergência.

A vinda de tais informações ao processo contribuirá para fornecer aos seus atores uma maior compreensão do quadro fático e dos pontos de divergência, sendo possível cotejar as interpretações jurídicas lançadas pelos órgãos e entidades públicos federais sobre o mesmo fato. O exame de tais informações poderá, inclusive, tornar despicienda a designação de reunião de conciliação, se verificado, apenas através das manifestações trazidas previamente ao processo por escrito, que não há divergência a ser superada.

Ainda que das manifestações fique clara a existência de conflito a ser solucionado, as informações terão o condão de possibilitar ao Conciliador exercer a sua função no que se refere à delimitação da controvérsia jurídica existente entre os interessados, da viabilização da análise multidisciplinar do conflito, de forma a reconhecer e articular os diversos fatores que com-

ponham a controvérsia, e do auxílio na identificação dos interesses preponderantes para a solução da divergência.

Recomendável que a requisição de tais informações seja feita logo no início do processo conciliatório. Da análise da atuação concreta da Câmara, é possível perceber que tais manifestações são solicitadas pelo Conciliador logo em sua primeira nota no processo. Porém, entendemos que essa atitude, embora seja na maior parte dos casos a mais adequada, deve ser deliberada caso a caso, de forma a ser feita em conjunto com a verificação quanto à oportunidade da realização da primeira reunião conciliatória.

Isso porque, em alguns casos, o conflito pode ter sido submetido à CCAF apenas quando já judicializada a questão, em fase de julgamento no Poder Judiciário. Pode suceder, ainda, que o expediente encaminhado para a CCAF dando conta da existência da controvérsia esteja suficientemente instruído com manifestações recentes de órgãos e entidades no processo judicial, deixando clara a posição de cada um deles quanto à matéria controvertida. Pode ocorrer, também, de ser verificada alta litigiosidade entre os entes envolvidos, sendo que as manifestações por escrito antes de realizada a reunião de conciliação poderiam contribuir apenas para o acirramento da divergência, podendo ser indicada até mesmo, se for o caso, mediação para o restabelecimento do diálogo entre os atores envolvidos. Não se olvide, ainda, dos casos em que haja urgência para a solução da questão, de que são exemplos os conflitos relativos à construção de rodovias ou à invasão de terras públicas.

Em todos esses casos, mencionados exemplificativamente, se recomenda que a primeira reunião de autocomposição se realize de imediato, sem que a vinda das informações possa constituir embaraço para o início das atividades conciliatórias. Evidentemente, a designação de reunião de conciliação e a requisição de informações não são medidas excludentes, e se ficar evidenciada a necessidade de manifestações por escrito no curso da primeira reunião, as mesmas podem ser solicitadas pelo Conciliador, que consignará a requisição no termo de conciliação. O mesmo vale para a realização de estudos técnicos, pareceres de outros órgãos e/ou entidades etc.

O art. 18 do Decreto nº 10.608/2021, em seu inciso III, preceitua, ainda, que competirá à CCAF dirimir, por meio de mediação, as contro-

vérsias (a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal; (b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas; (c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou (d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o §2º do art. 32 da Lei nº 13.140/2015.

O dispositivo deixa claro que na CCAF também é possível haver composição de conflitos que envolvam outros entes da Federação, o que se verificou ser bastante comum, inclusive em divergências nas quais a atuação da CCAF foi solicitada pelo próprio ente da federação. Isso ocorreu, por exemplo, em controvérsia jurídica acerca da edificação da Ponte sobre o Rio Negro, no Estado do Amazonas.[27] Neste caso, o próprio Estado do Amazonas encaminhou ofício[28] ao Advogado-Geral da União solicitando a inauguração de processo de conciliação para solucionar a controvérsia.

O art. 18 do Decreto nº 10.608/2021, em seu inciso IV, atribui à CCAF o dever de buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da AGU. O dispositivo se refere aos casos em que a controvérsia submetida à Câmara já está sendo objeto de processo judicial, cabendo à CCAF buscar a composição do conflito na via administrativa, seja consensualmente ou, quando assim não for possível, através de parecer do Advogado-Geral da União, que vinculará apenas os órgãos e entidades componentes da Administração Pública Federal.

Este inciso menciona, ainda, que os casos processados pela CCAF podem se iniciar com a provocação de membros do Judiciário, sem fazer qualquer distinção. Esta determinação está afinada com o que dispõe o art. 139, V, do Código de Processo Civil, que incumbe ao magistrado, na direção do processo judicial, promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Em se tratando de controvérsia que envolva órgãos e/ou entidades

27 Processo autuado na CCAF sob o nº 00400.012936/2008-36.

28 Ofício nº 2.085/2008-GPGE, de 13 out. 2008.

administrativas federais, o espaço adequado para a solução do conflito será a CCAF.

Sendo a conciliação a regra em nosso sistema, o que pode ser verificado a partir do que dispõem, por exemplo, os parágrafos 2º e 3º do art. 3º do CPC, pensamos que este inciso IV deve ser interpretado de maneira extensiva, pelo que referência a membros do Judiciário está ali mencionada de forma meramente exemplificativa, pelo que à CCAF cumprirá processar, quando presentes os seus pressupostos, também as solicitações feitas por outros órgãos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Tribunal de Contas, associações etc.

A solicitação de instalação da CCAF pode ser formulada também pela Câmara dos Deputados Federais e pelo Senado Federal, quando existir controvérsia envolvendo estes órgãos componentes do Poder Legislativo e os da Administração Pública Federal. Embora não seja frequente, este tipo de conflito pode ser conduzido no âmbito da CCAF. Assim já ocorreu, por exemplo, em controvérsia jurídica havida entre o Instituto do Patrimônio Artístico Nacional (IPHAN) e o Senado Federal.[29]

Quanto aos conflitos ainda não judicializados, a Portaria da AGU nº 1.281/2007, em seu art. 3º, determina que a solicitação de instalação da Câmara, em sendo a iniciativa de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, poderá ser feita por Ministros de Estado; dirigentes de entidades da Administração Federal indireta; do Procurador-Geral da União, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Procurador-Geral Federal e dos Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria.

Em sendo a iniciativa de ente da Administração Pública Estadual, o art. 2º da Portaria da AGU nº 1.099/2008 preceitua que o pedido de atuação da Advocacia-Geral da União, para início das atividades conciliatórias, deverá ser apresentado pelos Governadores ou Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. Em sendo a iniciativa de ente da Administração Pública Municipal, a solicitação caberá aos Prefeitos ou Procuradores-Gerais de Municípios.

O inciso V do art. 18 do Decreto nº 10.608/2021 atribui à CCAF, ainda, o dever de promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de me-

29 Processo autuado na CCAF sob o nº 00407.009490/2008-01.

diação. Todos os termos de autocomposição são homologados pelo Advogado-Geral da União[30] e têm eficácia jurídica de título executivo extrajudicial, por força do art. 784, IV, CPC.

Quanto às controvérsias não solucionadas por conciliação, deverá a CCAF propor ao Consultor-Geral da União o arbitramento da matéria, conforme disposto no inciso VI do art. 18 do Decreto nº 10.608/2021. A manifestação da Consultoria será feita através de parecer, o qual será submetido à aprovação do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 11 da Portaria da AGU nº 1.281/2007.[31] Este parecer, no qual constará a solução quanto à questão controvertida, vinculará a Administração Pública Federal – e tão apenas ela.

Por fim, o art. 18 do Decreto nº 10.608/2021 atribui à CCAF, em seu inciso VII, o dever de coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados. Como já mencionado, a CCAF pode delegar a conciliação às Câmaras Locais de Conciliação, que integram a Consultoria Jurídica da União nos Estados. Quando ocorrer a delegação, as atividades conciliatórias continuam a ser supervisionadas pela CCAF.

4. MÉTODOS UTILIZADOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A CCAF realiza atividade predominantemente de conciliação, tendo sido verificado que a finalidade principal da Câmara é a de resolver o conflito com um acordo a respeito da questão controvertida.

Quando as partes envolvidas não logram alcançar a solução consensual, a matéria não é decidida por arbitragem, mas, sim, por arbitramento, eis que a questão passa a ser resolvida por parecer que tem eficácia vinculante apenas em relação à Administração Pública Federal, ao contrário do que ocorre na arbitragem, pois a sentença arbitral se impõe a todos os

30 Decreto nº 10.608/2021, art. 40. São atribuições do Advogado-Geral da União, órgão mais elevado de assessoramento jurídico do Poder Executivo: [...] XII – homologar termo de conciliação realizado no âmbito da Advocacia-Geral da União.

31 Art. 11. A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 fev. 1993.

envolvidos no conflito. A arbitragem, contudo, pode se realizar na CCAF, conforme assim autorizam os §§1º e 2º do art. 1º e o § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96 – dispositivos incluídos pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 – desde que exista convenção de arbitragem, na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Na CCAF, todavia, também se realiza mediação, aplicada em controvérsias nas quais o simples acordo não seria suficiente para resolver o conflito, sendo necessário o restabelecimento do diálogo entre os interessados, reconstituindo a relação por vezes muito desgastada entre os representantes dos órgãos interessados, o que compromete a comunicação e dificulta sobremaneira a construção de uma solução pronta para o conflito.

Nesses casos, muitas vezes será preciso realizar uma série de providências pelo mediador e pelos diversos órgãos interessados para a efetiva solução do conflito, como a realização de audiências públicas, ocorrida, por exemplo, no caso de sobreposição de território quilombola em área de proteção ambiental. Em hipóteses como essa, o acordo, ou a simples uniformização quanto à aplicação da legislação ao caso concreto, não teria a capacidade de resolver a disputa.

5. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA QUANTO AOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS E AOS ACORDOS FIRMADOS

Em caso de frustração da conciliação, a controvérsia é solucionada pelo parecer Consultor-Geral da União, aprovado pelo Advogado-Geral da União, que, uma vez publicado, deverá ser seguido não apenas pelos entes envolvidos no conflito, mas pelos demais órgãos e entidades federais. Assim, em divergência relativa à competência administrativa envolvendo dois órgãos públicos federais, por exemplo, a definição da competência pelo Advogado-Geral da União não resolverá apenas o caso concreto, devendo a orientação quanto à competência firmada em parecer ser observada pela Administração Pública Federal nas situações futuras. A solução dada a um caso, portanto, pode servir como precedente nos demais casos semelhantes.

Aprofundando a questão, podemos indagar qual seria o grau de vinculação da Administração Pública Federal quanto ao conteúdo dos *acordos*

firmados na CCAF. A título de exemplo, em um conflito – negativo ou positivo – de competência entre órgãos administrativos federais, se nas reuniões de conciliação chegassem os seus representantes jurídicos, conjuntamente, à conclusão quanto à definição da competência administrativa, é inegável que a mesma deveria ser respeitada pelos envolvidos no caso concreto. Mas seria razoável exigir observância a este acordo em situações futuras semelhantes? Em outras palavras: o respeito aos precedentes administrativos também englobaria as avenças firmadas entre entes públicos?

E quanto às manifestações anteriores dos interessados no mesmo processo, também não poderiam desconhecer tudo o que fora construído ao longo do tempo em que o feito tramitou na CCAF. Essa advertência também é de grande importância, pois agora o que se indaga é qual o grau de vinculação dos interessados quanto aos compromissos assumidos nas reuniões de conciliação já realizadas, mesmo aqueles não consignados em termo de conciliação.

Todas essas perguntas se relacionam à incidência da teoria das autolimitações administrativas (ARAGÃO, 2006, p. 231-244), que consubstancia a aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública, impedindo que o Poder Público, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa (FACCI, 2015, p. 71-92).

Amparando-se em lição de Maurice Hauriou, o mestre Hely Lopes Meirelles leciona que a moralidade administrativa impõe ao agente público um dever ético de honestidade e lisura na sua conduta, não se limitando a "decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto" (MEIRELLES, 2000, p. 83). A moralidade administrativa abriga o princípio da boa-fé, vedando-se, nas relações administrativas, todo comportamento contrário à conduta reta, normal e honesta que se espera no tráfego jurídico (MODESTO, 2007, p. 7). Assim, "ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum" (GARCIA, 2003, p. 122).

A vedação de *venire contra factum proprium* por parte da Administração Pública decorre também do princípio constitucional da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), fazendo com que as decisões administrativas sobre os mesmos fatos, ou fatos semelhantes, sejam congruentes entre si.

Ressalte-se que a incidência dos aludidos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídico-administrativas, bem como o inafastável dever de respeito pela Administração Pública dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos-administrados impedem que o Poder Público deixe de cumprir tais mandamentos constitucionais ao argumento da proteção do erário (SILVA, 2005, p. 605). Os Tribunais Superiores compartilham deste entendimento, tendo em várias oportunidades aplicado os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima (MAFFINI, 2006, p. 224-225) como limitadores da autotutela administrativa.[32]

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram construídas as subteorias dos *atos próprios* e dos *precedentes administrativos (*DÍEZ-PICAZO, 1982, *passim*). A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima no seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A segunda subteoria, por sua vez, aplica-se a relações jurídicas diversas (FACCI, 2011, p. 69-100).

Assim, pelo ângulo dos precedentes administrativos, entendemos que não apenas os pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União solucionando a questão controvertida vincularão a Administração Pública Federal, mas também as soluções consensualmente construídas pelos órgãos e entidades administrativas envolvidas no caso concreto deverão ser observadas. Essa conclusão nos parece a mais adequada: os acordos celebrados pelos entes públicos configuram precedente administrativo, e devem ser considerados pela Administração Pública, portanto, como parâmetro de juridicidade dos seus atos futuros.

Nessa direção, em conflito envolvendo matéria patrimonial, por exemplo, uma vez tendo os entes públicos envolvidos deliberado sobre a

32 Por todos, STF, Processo MS 24.268/MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 05.02.2004.

titularidade do bem público em questão, esta deliberação vincula não apenas as partes interessadas, mas toda a Administração Pública, que deverá se comportar de forma a respeitar a propriedade nos termos do acordo celebrado na CCAF. No campo ambiental, por exemplo, tendo os entes concluído consensualmente pela exigência de determinada licença ambiental para a prática de determinada atividade, não é possível a outros órgãos desconhecerem a restrição, sobre a qual deliberou a própria Administração Pública Federal. Em matéria fiscal, a solução é a mesma: tendo as entidades decidido que determinado tributo não era devido, à Administração Pública não será mais permitido cobrar a exação quando configurada a mesma situação de fato.

Dessa forma, pensamos que os interessados podem ser alertados sobre o impacto do acordo logo no início da reunião autocompositiva. Se, por um lado, essa observação poderá inibir a liberdade dos presentes no desenvolvimento das atividades conciliatórias, por outro, provavelmente aumentará a responsabilidade dos envolvidos quanto à melhor solução para o conflito e o nível de informação quanto à extensão dos seus efeitos. Além disso, a advertência poderá provocar os interessados a pensar no acordo de forma a também evitar novos conflitos.

Pelas mesmas razões de segurança jurídica, mas sob a ótica da subteoria dos atos próprios, também os compromissos assumidos nas reuniões anteriores, ainda que não formalizados no termo de conciliação, devem vincular a atividade das partes envolvidas nas reuniões e demais atos futuros a serem praticados no processo em trâmite na Câmara de Conciliação, devendo os mesmos deixar de ser observados apenas se desfeitos de comum acordo entre os atores que os construíram.

As manifestações feitas no processo, além de realizadas por entes públicos, geram expectativas nos demais interessados. É preciso tutelar essas expectativas e, mais que isso, promover e garantir o elemento da confiança, essencial para o desenvolvimento da composição do conflito. Permitir que os entes públicos adotem postura incompatível com aquela adotada em momentos anteriores é o mesmo que tolerar o ambiente de incerteza no processo administrativo. Os entes públicos estão, assim, vinculados aos estudos apresentados, às propostas formuladas, isto é, ao sentido objetivo dos próprios atos que produziram no curso do procedimento.

Partindo do pressuposto de que os atos praticados no curso do processo administrativo devem ser respeitados por quem os produziu e, ainda, que as decisões firmadas no âmbito da Câmara de Conciliação, tenham sido estas construídas consensualmente ou não, passam a integrar o seu conjunto de precedentes administrativos, é de grande importância a verificação pela Câmara de conexão entre conflitos pendentes, que contenham a mesma matéria controvertida, de forma a que sejam solucionados de maneira congruente, evitando-se, assim, que sejam alcançados acordos baseados em intepretações jurídicas incompatíveis entre si sobre a mesma questão controvertida.

O CPC vigente chega a dispensar a ocorrência de conexão quando verificado o risco de prolação de decisões conflitantes, conforme dispõe o §3º do seu art. 55. A *ratio* do dispositivo é assegurar previsibilidade das decisões judiciais, promover a segurança jurídica e preservar a confiança das pessoas na prestação jurisdicional. As mesmas razões se aplicam no âmbito administrativo. A construção de acordos ou pareceres na Câmara de Conciliação com orientações jurídicas diversas sobre as mesmas situações de fato é igualmente perniciosa para a higidez do sistema jurídico que sustenta a Administração Pública, para a segurança jurídica, para a condução da atividade administrativa.

Isso é facilmente percebido nas controvérsias envolvendo, por exemplo, matéria fiscal. Em um dos precedentes analisados, notamos que a Câmara, antes de iniciar as atividades conciliatórias, agrupou todos os processos que, no âmbito administrativo, apresentavam a mesma situação fática e a mesma matéria jurídica controvertida e que, por isso, demandavam a mesma solução.[33]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura da comunicação no âmbito administrativo exige uma postura ativa dos entes públicos interessados em buscar o caminho adequado para a resolução do conflito, ainda mais quando a matéria controvertida for de direito estrito.

33 Vide processo autuado na CCAF sob o nº 00402.003296/2014-00 (principal), ao qual foram agrupados 23 outros processos, todos decididos consensualmente e com o mesmo encaminhamento jurídico.

De fato, a clareza do texto legal e mesmo da jurisprudência não impede a sua problematização no plano administrativo pelos diversos órgãos de execução, sendo que o diálogo entre as partes conflitantes para debater diretamente sobre a divergência confere maior concretude à resolução da questão divergente, na medida em que a sua solução é construída por elas próprias após diálogo conjunto a respeito da matéria conflituosa.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 4, p. 231-244, out./dez. 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Mª. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Madrid, nº 98, mayo-ago. 1982.

_____. **Administração Pública e segurança jurídica:** a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

FACCI, Lucio Picanço. Autolimitações Administrativas: considerações sobre o dever de coerência da Administração Pública. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 5, nº 1, p. 69-100, jun./2011.

_____. **Meios adequados de resolução de conflitos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 11, nº 43, abr./jun. 2003.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83.

MODESTO. Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, p. 7, jun./jul./ago. 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10 mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PARÂMETROS HISTÓRICOS E ATUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS EM CONTRAPONTO COM FATORES SOCIOECONÔMICOS

Shirley Felix de Oliveira[34]

INTRODUÇÃO

Com proposta de celeridade processual e tornar a justiça mais inclusiva, foram criados, a partir da Lei nº 9.099/1995, os Juizados Especiais Cíveis. Contudo, após mais de 20 anos de experiência deste sistema, o Poder Judiciário conta com histórico de processos contendo decisões que se opõem à finalidade democrática e à eficácia dos Juizados ao longo dos anos.

Como se sabe, o Judiciário está vinculado à proteção dos direitos fundamentais, dentre eles o de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, é dever essencial do Estado garantir máxima eficácia no cumprimento destes direitos, permitindo que todos se aproximem da justiça, independentemente do contexto social em que se encontram. Pelo fato de muitos cidadãos desconhecerem seus direitos e

34 Graduada em Direito pela UNILASALLE-RJ. Advogada inscrita na OAB-MG. Representante Suplente da 28ª Subseção da OAB-MG no Conselho Municipal de Defesa e Conservação do Meio Ambiente – CODEMA.

permanecerem sem informação, ao demandar nos Juizados Especiais Cíveis suas ações, muitas vezes, já se iniciam prejudicadas.

Parte significativa dos demandantes nos Juizados é composta por pessoas de baixa renda e com pouca instrução, realidade que, somada ao fato de ser permitida a desassistência durante boa parte do processo, inclusive durante as audiências, resulta numa sucessão de equívocos processuais com poucas chances de serem revertidos.

O tema ora abordado justifica-se no fato de que os Juizados Especiais afirmam o direito de aceso à justiça e à democratização, sendo indispensáveis eficácia e pluralismo jurídico. Existe contrariedade, portanto, entre origem, natureza das funções, atribuições que receberam em lei, etapas do processo e resultado. Sem atuação do Estado para atenuar estas desigualdades, pode se tornar irrelevante acionar a justiça. Nesse sentido, é importante analisar alguns problemas enfrentados pela população pouco instruída quando, *a priori*, se encontra desassistida nos Juizados Especiais Cíveis. Trata-se de uma reflexão sobre os fundamentos de sua criação e o funcionamento atual, especialmente, no que diz respeito à acessibilidade e efetividade.

Será objeto de estudos a trajetória do princípio e garantia constitucional do acesso à justiça, a implementação dos Juizados Especiais no Brasil, os aspectos da população diante do novo cenário legislativo e o conhecimento de seus direitos, a fim de compreender os fatores que ainda contribuem para afastá-los da justiça.

1. O PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA E A EXPANSÃO DA TUTELA JURISDICIONAL NO BRASIL

O princípio origina-se do incentivo ao oprimido em procurar a instância judicial para assegurar a observância dos seus direitos. Isto porque, diante da opressão dos fortes sobre os fracos, tornou-se necessária a criação de normas que pudessem conferir garantias e proteção ao indivíduo suprimido.

Posteriormente, no Brasil e no mundo, com transformações e adaptações, a finalidade destas normas passou a ser de garantir a observância dos direitos individuais, fundamentais e sociais, prevendo meios que viabilizassem seu cumprimento, ampliando o acesso à justiça.

1.1.O MOVIMENTO BRASILEIRO DE ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com o distinto saber de Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, em sua obra que trata do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis (2003, p. 34 *et. seq.*), o movimento de acesso à justiça no Brasil somente ganhou relevância a partir da Inconfidência Mineira, já no final do século XVIII, quando se destaca o filósofo Tomaz de Antônio Gonzaga, de nacionalidade portuguesa, responsável por publicar um tratado de direito natural ainda na época do Brasil Colônia.

No início do ano de 1603, passaram a vigorar as Ordenações Filipinas, nas quais o direito de assistência jurídica aos menos favorecidos socialmente já começava a ser inserido, pautado no princípio da igualdade material e da igualdade de armas entre as partes. No entanto, o significado de acesso à justiça no Brasil avançava lentamente, apesar da proclamação da Independência no ano de 1822, início do século XIX. É exemplo a Constituição de 1824, fortemente centralista, longe da atual ideia de acesso à justiça. Esta somente se deu a partir de um processo político e histórico ainda inexistente no Império Brasileiro.

Anos mais tarde, por volta de 1870, foi promovida uma série de discussões no Rio de Janeiro relativas ao novo pensamento evolucionista e positivista. Em seguida, a fundação do partido republicano, a abolição da escravatura e a queda do Império ampliaram a noção de acesso à justiça, mas, ao mesmo tempo, limitando-a em algumas áreas do direito.

Em 1934, entrou em vigor uma nova Constituição Brasileira, trazendo novidades na esfera econômica e social, principalmente em relação aos direitos trabalhistas. Esta nova Constituição também passou a prever direitos e garantias individuais, criação da ação popular e, finalmente, a justiça gratuita para os pobres, bem como responsabilidade da União e estados em disponibilizar a assistência judiciária através de órgãos próprios para a prestação deste serviço.

O avanço para o Estado Social parecia fluir, até que a Carta Política de 1937 inaugura o Estado Novo, mais uma vez autoritário e absolutista, jogando por terra muitas conquistas anteriormente mencionadas. Foi um grande retrocesso. Apesar disto, em 1º de maio de 1943, foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), hoje reformada pela Lei nº 13.467/2017. A CLT de 1943 foi o primeiro diploma legal com ideais co-

letivos e não mais individualistas, trazendo inovações como a conciliação extrajudicial e judicial, informalidade, oralidade, dentre outros que remetem à estrutura dos Juizados Especiais Cíveis.

Em meio a todos estes movimentos contraditórios entra em vigor a Constituição Brasileira de 1946 procurando resgatar as inovações da Constituição anterior, ampliando os direitos individuais e sociais. Seguindo este pensamento, os estados de São Paulo e Rio de Janeiro criaram os cargos de defensores públicos, nos anos 1954 e 1962, respectivamente, com intuito de oferecer assistência judiciária aos pobres.No entanto, muitos direitos já conquistados seriam igualmente suprimidos a partir do ano de 1964, em razão da ditadura militar. Pouco tempo depois, em 1967, uma nova Carta volta a concentrar o poder nas mãos do presidente, trata-se do Estado de Segurança.

Insta salientar que durante o período da ditadura os movimentos sociais que defendiam a igualdade social, a cidadania e a discussão dos problemas enfrentados pela população de um modo geral foram intensificados.

A partir da Carta de 1969 a ditadura militar começou a perder força. Foi editada a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, a fim de revogar os atos institucionais que contrariavam a Constituição anterior. Também foi implementada a Lei da Anistia nº 6.683/1979, houve o movimento "Diretas já" e foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte para elaboração da Constituição Brasileira de 1988.

Com exceção da Justiça do Trabalho, os demais ramos do direito, especialmente o processual, permaneceram individualistas, elitistas e conservadores, embora houvesse o aperfeiçoamento técnico do Código de Processo Civil de 1973, revogado pela Lei nº 13.105/2015. O processo era caro e inacessível aos menos favorecidos, de maneira que somente os ricos obtinham resultados satisfatórios.

Ainda na década de 1980 surgiram diversos movimentos sociais, congressos nacionais e internacionais, publicações científicas de sociólogos, psicanalistas, filósofos, cientistas políticos, com temas ligados aos direitos fundamentais, sociais, numa concepção mais ampla da justiça. A busca por um sistema jurídico participativo e atuante estava em alta, e os primeiros resultados começavam a surgir na legislação brasileira a partir de diplomas legais inovadores.

Neste novo panorama, a Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, através dos Conselhos de Mediação instalados a partir de 1982 em parceria com o Poder Judiciário e Ministério da Desburocratização, criou o Juizado de Pequenas Causas, Lei nº 7.244/1984. O objetivo era descentralizar a justiça, incentivar a conciliação extrajudicial, solucionar causas de pequeno valor, incluir a participação popular na administração da justiça, difundir informações sobre o direito em geral com ajuda dos próprios cidadãos, socorrer a justiça tradicional e conferir agilidade ao processo.

A sociedade enfrentava transformações tecnológicas e industriais. Os meios de comunicação abriram portas para melhorias da qualidade de vida nos diferentes segmentos sociais, não sendo diferente no meio jurídico. O pensamento da vez é que o processo não mais deveria resultar em decisões sem conteúdo de justiça, mas funcionar de maneira igual para todos os cidadãos, com celeridade e eficácia.

O nobre Miguel Reale foi capaz de resumir a ideia central de toda essa nova discussão, ressaltando a importância de aplicação da lei ao caso concreto, aos fins sociais e ao bem comum, representando um dos entendimentos norteadores da atual noção de acesso à justiça, conforme se lê:

> A aplicação do direito não se resume em uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova (REALE, 1999 *apud* CARNEIRO, *op. cit.*, p. 23).

O Poder Judiciário então volta a ter destaque na busca pela garantia dos direitos dos cidadãos, com exercício da liberdade defendido durante o Estado Liberal e ainda com condições materiais de exercer a justiça utilizando instrumentos teóricos e técnicos.

1.2. O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Constituição Brasileira de 1988 pretendia colocar em prática os avanços legislativos almejados, em especial, no Estado Contemporâneo.

Nas palavras do ilustre Professor Doutor Marcelo Pereira de Almeida, "nesse cenário, o Poder Judiciário adquiriu um papel de magnitude incontestável, haja vista a maciça judicialização dos conflitos sociais e a crise da legalidade" (ALMEIDA, 2014, p. 93-94).

Tal garantia constitucional encontra-se insculpida no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal. No mesmo sentido, o inciso LXXIV prevê a função jurisdicional do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita na defesa daqueles que comprovarem insuficiência de recursos, em todos os graus.

Vale destacar que a partir de 1990, influenciado pelo Consenso de Washington, o neoliberalismo começou a ser implementado no Brasil com objetivo de evitar que as garantias constitucionais impedissem o desenvolvimento financeiro, além de expandir investimentos de capital estrangeiro no país. Era um programa de desenvolvimento para a América Latina que visava à reformulação de políticas públicas em dez pontos específicos, dentre eles a disciplina fiscal, privatização de empresas públicas, proteção à propriedade privada e flexibilização da economia (ALMEIDA, 2014, p. 97). Por conseguinte, os reflexos no sistema processual brasileiro puderam ser claramente percebidos após a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o que ensejou a produtividade da política judiciária, ao mesmo tempo que afastava o jurisdicionado da tutela de seus direitos, "como se a celeridade processual e o emprego de padrões decisórios fossem benéficos ao jurisdicionado, mas, na realidade, buscam uma funcionalidade que atenda ao mercado" (ALMEIDA, 2014, p. 99).

Em contrapartida, para atender às garantias já previstas na Constituição Brasileira, os movimentos processuais voltam a se preocupar com a efetividade e prestação da tutela jurisdicional tempestiva, sendo temas de grande relevância ainda nos dias de hoje. Traduzindo este pensamento de celeridade e efetividade, foram implementados no Brasil os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e Fazendários, respectivamente, pelas Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009.

Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, em 1997, já apontava algumas deficiências na prática da sistemática dos Juizados no Estado do Rio de Janeiro, propondo discussões acerca dos pontos mais preocupantes e determinantes do insucesso dos procedimentos, com análise crítica sobre o tema (CARNEIRO, *op. cit.,* p. 127 *et. seq*.).

Hoje, após mais de 20 anos, apesar das transformações sociais e legislativas, é possível dizer que muitos problemas persistem. Isto porque existe crise no Poder Judiciário em prestar a tutela jurisdicional, recaindo sobre a sociedade que vive um verdadeiro retrocesso dos direitos fundamentais conquistados após a Constituição de 1988.

2. O NOVO PANORAMA PROCESSUAL NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Partindo do pressuposto de que o acesso à justiça representa acesso ao Poder Judiciário, é extremamente importante a tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva por parte do Estado.

Segundo orienta o insigne Elpídio Donizetti:

> Por mais que costumeiramente se critique a morosidade do Judiciário, a tutela jurisdicional ainda constitui o mais pronto e eficaz instrumento de garantia do acesso à justiça. A faculdade de comparecer perante o Estado juízo, exercendo o direito de ação ou de defesa, via processo jurisdicional, constitui a face mais visível da efetivação da ordem jurídica justa, que conduz à pacificação social, que é o objetivo final do acesso à justiça (DONIZETTI, 2017, p. 441).

É notório que o Poder Judiciário brasileiro caminha para uma nova concepção de justiça, muito mais ampla e eficaz, pelo menos ideologicamente, visando alcançar satisfação dos direitos e conferir eficácia aos procedimentos da justiça, de modo que venha reger o ordenamento jurídico como um todo.

2.1. CONTROVÉRSIAS ENTRE CELERIDADE, EFETIVIDADE E GARANTISMO PROCESSUAL

Como visto anteriormente, tornou-se necessária a reformulação da atividade jurisdicional, haja vista as diferentes reformas quem têm movimentado o Poder Legislativo nos últimos tempos.

O Professor Marcelo Pereira de Almeida ensina:

> Desta sorte, a celeridade processual passou a representar um dos pilares das reformas processuais, embora já se percebesse um discurso sobre a necessidade de se realizar a tutela jurisdicional de modo tempestivo, pois a falta de modulação do tempo no processo judicial pode realmente comprometer a prestação jurisdicional adequada (ALMEIDA, 2014, p. 100).

Em pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com finalidade de medir a eficiência da atividade judiciária, foram obtidas informações que possibilitaram o estabelecimento de metas de produtividade no intuito de priorizar a conclusão dos processos mais antigos. Tal fato acarretou prejuízo da qualidade das decisões proferidas nos diferentes segmentos da justiça (ALMEIDA, 2014, p. 101-102).

Conforme cediço, a celeridade é um dos grandes princípios que regem a sistemática processual dos Juizados Especiais Cíveis, fato é que as leis específicas demonstram o esforço do legislador em prever meios que possibilitassem a prestação tempestiva da tutela jurisdicional. Ocorre que a busca pela celeridade a qualquer preço, na realidade dos Juizados, tornou-se um ideal desenfreado e inconsequente, focado na rápida solução das demandas e não na qualidade das decisões.

Ainda nas palavras do Professor Marcelo, "conciliar eficiência quantitativa e qualitativa exige um esforço muito grande de todos os responsáveis em pensar e operar o sistema jurisdicional, o que envolve uma reflexão profunda sobre os limites da celeridade" (ALMEIDA, *op. cit.,* p. 102). Este pensamento traduz os movimentos processuais recentes, os quais objetivam a prestação jurisdicional em tempo razoável para satisfazer o jurisdicionado.

Ao discorrer sobre efetividade e garantismo processual, o célebre Leonardo Greco afirma que "a justiça deve dar ao titular do direito tudo aquilo a que ele tem direito de acordo com o ordenamento, como menor dispêndio de tempo, de custo e de atividade humana" (GRECO, 2012, p. 3). Na mesma direção, sustenta que não há decisão judicial que atinja o interesse de alguém, se este não teve oportunidade de influenciar eficazmente a sua formação. Assim, tem-se o contraditório como resultado da participação democrática, pressupondo audiência bilateral, direito de prestar alegações, propor e produzir provas, con-

gruidade dos prazos, audiência prévia dos interessados e direito de intervenção (GRECO, 2012, p. 5).

Greco ressalta a visão cooperativa do processo, em que o direito de defesa não se exaure na propositura da ação, mas abarca o direito de produzir todas as provas relevantes na postulação ou defesa. Diante desta perspectiva, o Poder Judiciário brasileiro ainda precisa avançar mais para alcançar a efetividade e o garantismo processual (GRECO 2012, p. 5).

Colocando em foco os Juizados Especiais, é possível dizer que na propositura das demandas ocorrem falhas processuais críticas, desencadeando os demais prejuízos, visto que não estão presentes elementos básicos para alcance de uma decisão justa e eficaz. Este é um dos fatores que representam o fracasso comum nas causas propostas por indivíduos desassistidos nos Juizados.

Já foi dito que o direito brasileiro enfrentou grande transformação ao longo dos anos, e como resultado de todo este processo, trouxe para perto da justiça os cidadãos integrantes das camadas mais baixas da sociedade. A partir de então, pessoas de todos os níveis sociais poderiam igualmente postular seus direitos perante o Judiciário, com a garantia de que os pobres seriam amparados pelo Estado na prestação da tutela jurisdicional.

Com este novo rumo da justiça brasileira, houve conscientização da sociedade no que se refere à luta por direitos, outro nível de informação e comunicação para colocar em prática a justiça de acordo com as necessidades e interesses individuais. Por outro lado, as falhas do Judiciário obstam esta garantia em razão da grande deficiência nos meios de se obter o que lhes é proposto.

Se hoje em dia a sociedade tem acesso às mais diversas informações, inclusive quanto aos seus direitos, era de se esperar que recorrer ao Judiciário fosse cada vez mais comum. Até nas causas de menor complexidade há o dever do Estado em oferecer a realização da justiça. Neste viés há grande discussão acerca do dano moral, mero aborrecimento, litigância de má-fé, e outras, agindo estes institutos como limitadores do descontrole de ações que têm congestionado o Poder Judiciário. Consequentemente, leva à busca de alternativas e, como uma bola de neve, não trazem soluções, tampouco justiça, mas desencadeiam outras intempéries.

Leonardo Greco compreende estes desafios como um desgaste na justiça civil, motivo pelo qual houve simplificação das formas, aceleração dos

procedimentos e implementação de novos institutos (GRECO, 2012, p. 7). Com isto, traz os seguintes questionamentos:

> O que é melhor para a sociedade: a facilitação do acesso a uma justiça com um padrão inferior de qualidade ou a criação de obstáculos e filtros ao seu acesso para assegurar um padrão mais elevado de qualidade e de confiabilidade das decisões judiciais? [...] Deve a justiça receber do Estado volume de recursos e meios materiais e humanos que não o impeça de alocar aos outros serviços públicos essenciais os meios de que necessitam ou o Estado deve prover à administração da justiça tudo quanto seja necessário para que esta assegure em plenitude a mais completa e rápida eficiente tutela dos direitos de todos, mesmo com o sacrifício de outros serviços públicos essenciais? (GRECO, *op. cit.*, p. 10).

Tais dilemas habitam na contrariedade entre celeridade, efetividade e garantismo processual, na medida em que o Estado promete acesso à justiça e acesso aos serviços públicos essenciais a todos os cidadãos.

No âmbito dos Juizados, até mesmo os serventuários adquirem importante responsabilidade de orientar os demandantes nas suas ações, visto que a assistência de advogado é facultativa na primeira fase do processo e nem todos possuem informações necessárias para lidar com uma ação judicial. É comum demandantes que mal sabem ler e escrever.

Sendo assim, a atuação dos auxiliares da justiça, pontuada pelo notável conhecimento de Alexandre de Freitas Câmara, divide-se em permanente e eventual. Os escrivães, chefes de secretarias e oficiais de justiça são permanentes. Já os peritos, conciliadores judiciais, depositários, administradores, intérpretes, tradutores, mediadores, partidores, distribuidores, contabilistas e reguladores de avarias são eventuais (CÂMARA, 2017, p. 107).

Como se observa, na tentativa de ampliar o acesso mediante oralidade, informalidade e simplicidade pode-se obstar outros princípios que regem o sistema em debate, como de economia processual e celeridade, caso todo o Poder Judiciário não atue em conjunto para viabilizar o cumprimento de direitos. Garantir efetividade jurídica e judiciária se trata de um grande desafio.

2.2. A ASSISTÊNCIA PRESTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Com base no notório saber da Defensora Pública Daniela Calandra Martins, a atuação da Defensoria na esfera cível está pautada na condição de miserabilidade jurídica do indivíduo, e não em sua miserabilidade fática, eis que afirma não possuir condições financeiras de arcar com custas processuais e honorários advocatícios (MARTINS, 2003, p. 86-92). Neste entendimento, o Estado exerce participação efetiva no sentido de conferir meios para que os socialmente excluídos não sejam, de igual modo, excluídos juridicamente.

No entanto, a assistência judiciária não pode ser confundida com a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. Isto porque a assistência judiciária prevista constitucionalmente envolve os serviços relacionados diretamente com a atividade processual, enquanto a assistência jurídica envolve orientação, aconselhamento e informação, onde a Defensoria age como instrumento de cidadania.

Daniela Martins prossegue dizendo que a Defensoria Pública é a instituição que conjuga acessibilidade econômica e acessibilidade técnico-jurídica, prestando assistência gratuita e integral. A assistência judiciária, por outro lado, abrange o patrocínio gratuito da causa por advogado, tratando-se de um serviço que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público.

Ocorre que a Lei nº 9.099/1995 não prevê especificamente a atuação da Defensoria Pública, apesar disto, o órgão buscará assegurar o acesso à justiça com maior efetividade e celeridade, observando-se a hipossuficiência da parte assistida. Ou seja, para que o defensor público atue em processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis será obrigatória afirmação de pobreza do indivíduo que está pleiteando a assistência.

Percebe-se que há uma controvérsia, pois se somente os hipossuficientes financeiros fazem jus à assistência jurídica da Defensoria Pública, e ainda, para demandar nos Juizados Especiais Cíveis é facultativo à parte constituir advogado, é motivo de indagação o artigo 9º, § 1º da Lei nº 9.099/1995, o qual prevê:

> § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou

> firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

A respeito disto, o posicionamento da Defensoria é de que a Lei nº 9.099/1995 não pode conferir ao defensor público atribuições que contrariam a própria Constituição Federal em seu artigo 134. Sendo certo que o patrocínio da Defensoria Pública não é cabível apenas pelo fato de o indivíduo estar desassistido, mas sim em razão de sua condição de miserabilidade (MARTINS, *op. cit.*, p. 91-92). Há, portanto, previsão de um órgão de assistência junto aos Juizados Especiais Cíveis com finalidade de garantir igualdade e equilíbrio na relação jurídica, que, a depender do que prevê a lei local, poderá ser a Defensoria Pública ou não.

3. O NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL E A SUBSIDIARIEDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Código Processual Civil consiste em um marco para o Estado Democrático de Direito, construído e aprovado num regime governamental já bastante avançado, diferente do autoritarismo ditatorial de outrora. Nele estão implícitos princípios e garantias constitucionais que visam efetivar o acesso à justiça no direito brasileiro, haja vista a necessidade de se adaptar a legislação a uma nova realidade social.

Assim, o respeitável Marcus Vinicius Furtado Coêlho esclarece que o novo Código se trata de uma junção dos melhores mecanismos do Poder Judiciário desde o antigo Código de 1973. "Com isso, busca garantir relevantes avanços democráticos como o acesso à justiça, a concessão de gratuidade e a celeridade processual pelo desafogamento do Poder Judiciário" (COÊLHO, 2016, p. 11).

O diploma em tela inovou positivamente o sistema processual brasileiro incentivando a conciliação e mediação judiciais, a obrigatoriedade de observância ao sistema de precedentes para fins de estabilização da jurisprudência, implementação do incidente de resolução de demandas repetitivas, além de outros. Desta maneira, visa garantir qualidade e segurança jurídicas. Em suma, o novo Código apresenta três temas princi-

pais, a saber: "Estado Constitucional, tutela de direitos e processo justo" (COÊLHO, *op. cit.*, p. 12).

Nos ensinamentos do renomado Luiz Guilherme Marinoni, em determinada perspectiva a segurança jurídica é reflexo da necessidade de estabilidade da ordem jurídica, tanto na legislação quanto na produção judicial (MARINONI, 2011, p. 123). Seguindo estas mesmas linhas reflexivas, percebe-se claramente a preocupação com a efetividade do processo priorizando:

> (i) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina entre a legislação processual e a Constituição Federal; (ii) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; (iii) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; (iv) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e (v) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (COÊLHO, *op. cit.*, p. 14).

Resolver conflitos no menor tempo possível, sem que isto prejudique o devido processo legal, é um dos ideais do novo Código Processual, de maneira a satisfazer os direitos pleiteados pela sociedade de modo geral.

O sistema dos Juizados Especiais Cíveis, por sua vez, trata-se de ampliação do acesso ao Poder Judiciário de pessoas com causas de pequeno valor ou baixo potencial ofensivo, obtemperando o preclaro doutrinador Cândido Dinamarco: "e com isso, deu mais uma demonstração de que não se trata de discriminar pobres e ricos, uma vez que continuam aqueles, querendo, com a possibilidade de optar por este e pelo procedimento mais formal e demorado que ele oferece" (DINAMARCO, 1996, p. 120).

Quando há omissão nas leis dos Juizados Especiais aplica-se subsidiariamente o Código Processual Civil. Sobre tal aspecto, do pensamento do renomado José Alfredo de Oliveira Baracho conclui-se que é admitida dualidade de regimes jurídicos, sem prejuízo da discussão sobre qual direito é subsidiário, um em relação a outro. Igualmente se encontram os argumentos e conclusões dos meios subsidiários nas ações judiciais. Portanto, em toda a estrutura administrativa existe complementaridade entre

determinados órgãos, de maneira que alguns podem ser subsidiários aos outros (BARACHO, 1997, p. 25).

Não se pode perder de vista que os princípios orientadores do microssistema dos Juizados traduzem a ideologia que inspirou o novo diploma processual.

3.1. ALGUNS PONTOS DE DIVERGÊNCIA DA SUBSIDIARIEDADE DO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Apenas a título informativo, vale comparar pontos de divergência na aplicação subsidiária do Novo Código Processual Civil nos Juizados. Para tanto, toma-se como base alguns enunciados do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE):

- ARTIGO 231, I, II e VI do CPC/15 X ENUNCIADO CÍVEL 13 – FONAJE:

> Nos Juizados Especiais Cíveis, os prazos processuais contam-se da data da intimação ou da ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação (nova redação – XXXIX Encontro - Maceió-AL).

- ARTIGO 329, II do CPC/15 X ENUNCIADO CÍVEL 157 – FONAJE:

> Nos Juizados Especiais Cíveis, o autor poderá aditar o pedido até o momento da audiência de instrução e julgamento, ou até a fase instrutória, resguardado ao réu o respectivo direito de defesa (nova redação – XXXIX Encontro - Maceió-AL).

- ARTIGO 485, §4º do CPC/15 X ENUNCIADO CÍVEL 90 – FONAJE:

> A desistência da ação, mesmo sem a anuência do réu já citado, implicará a extinção do processo sem resolução do mérito, ainda que tal ato se dê em audiência de instrução e julgamento, salvo quando houver indícios de litigância de má-fé ou lide temerária (nova redação – XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG).

- ARTIGO 1.010, §3º do CPC/15 X ENUNCIADO CÍVEL 166 – FONAJE:

> Nos Juizados Especiais Cíveis, o juízo prévio de admissibilidade do recurso será feito em primeiro grau (XXXIX Encontro – Maceió-AL).

Nesse contexto, embora sejam relevantes as discussões, deve-se chamar a atenção para o fato de que é necessário chegar-se a um consenso, pois, se há divergências entre os dispositivos legais e isto fere um dos diplomas, a manutenção da instabilidade jurídica entre eles pouco colabora para a efetivação de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realização desta pesquisa foi possível pontuar algumas considerações sobre a inserção do princípio de acesso à justiça em nosso ordenamento jurídico, sem intenção de esgotar o tema, mas tão somente estimular o debate.

Promover acesso à justiça é indispensável ao aprimoramento técnico e procedimental do resgate da cidadania, do papel do Estado, do exercício do direito e do bem-estar comum. Neste panorama, a justiça possui uma concepção bastante ampla, com garantias não somente de acesso, mas também de mecanismos que possam efetivá-la mediante um processo equilibrado.

Acessar a justiça consiste em descobrir caminhos para superação das dificuldades que a sociedade como um todo enfrenta ao ter seus direitos violados, razão pela qual o Poder Judiciário não deve se mostrar inacessível ou ineficaz. Em consonância, a Lei nº 9.099/1995, que institui os Juizados Especiais na esfera estadual, foi um grande avanço, pois atua como impulsionadora do processo que era muito mais lento e limitado. A partir desta implementação, abriu espaço para criação dos Juizados Federais e da Fazenda Pública, já incorporando os esforços e inovações da lei que os antecedeu.

Em que pese os argumentos desfavoráveis à sistemática dos Juizados Especiais, sua criação contribuiu para a transformação do pensamento popular em relação à justiça. Eventuais falhas que se destacam no instituto

parecem ser diminuídas quando em confronto com a situação caótica e contraditória de outros ramos do direito.

É importante compreender que o acesso à justiça favorece uma nova frente de perseguição ao direito e concretização dos ideais da justiça, a partir do resgate dos pensamentos de modernização, com aprimoramento da estrutura dos procedimentos, dentre outros fatores.

Por outro lado, a justiça ainda não é verdadeiramente experimentada por toda a sociedade, considerando os entraves que apresenta, ou não consegue se desvencilhar, os quais demonstram falta de igualdade. Efetividade, celeridade e garantismo processual são prerrogativas que há muito deveriam reger nosso ordenamento através de um sistema acessível a todos os indivíduos, independentemente da sua condição financeira. Organização judiciária, segurança das decisões e estabilidade nos entendimentos são premissas que se coadunam com a assistência adequada.

Inobstante, o caminho não é priorizar as reformas processuais em detrimento da aplicabilidade de regras já construídas e conquistadas, prontas para serem colocadas em prática, mas que não são. Observa-se que a criação de novas instituições não é sinônimo de efetivação da justiça.

Conclui-se que o princípio de acesso à justiça, em qualquer esfera do direito, não se exaure na hipossuficiência financeira do indivíduo, ele abarca todo o segmento judiciário na medida em que o Estado possui o dever de prestar a tutela jurisdicional adequadamente, de forma segura, eficaz e justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais:** Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa. Curitiba, PR: Juruá, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade:** Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: RJ, Forense, 1997.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: L10259 (planalto.gov.br)

_____. **Lei nº 12.153, de 22 de eezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: L12153 (planalto.gov.br)

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: L13467 (planalto.gov.br). Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. **Acesso à Justiça:** Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado *et al*. **O Novo CPC – Breves Anotações para a Advocacia**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2016.

DINAMARCO, Cândido R. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo, SP: RT, 1986.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017.

FONAJE. Disponível em: http://fonaje.amb.com.br/enunciados/. Acesso em: 08 abr. 2021.

GRECO, Leonardo *et al*. **O Novo Código de Processo Civil – O Projeto do CPC e o Desafio das Garantias Fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Campus Jurídico, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Daniela Calandra. A Assistência Judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ: Defensoria Pública Geral, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. 2ª tir. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.

O INSTITUTO DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO MECANISMO DO PLENO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVA SOLUÇÃO DE CONFLITO E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REINVENÇÃO DAS ENTIDADES SINDICAIS COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA

Ednaldo de Freitas Maia[35]

INTRODUÇÃO

Cada vez mais o Judiciário brasileiro tem incentivado os jurisdicionados a buscarem a solução do conflito através da conciliação. Seja por meio da introdução de normas com o intuito conciliatório, seja por meio de campanhas promovidas pelo Judiciário clamando os jurisdicionados a participarem dos eventos de incentivo à conciliação.

No afã de conceber uma solução às demandas judicializadas através da conciliação, tanto o Judiciário quanto as instituições jurídicas acabam por inobservar a existência de mecanismos eficientes que podem contribuir com a redução dos litígios judicializados, mas que por conta da falta de

35 Mestrando em Direito pela UNESA.

incentivos institucionais e promoção responsável da sua efetividade acaba por torná-los inoperantes e obsoletos.

As comissões de conciliação prévia refletem exatamente este cenário de pleno esvaziamento institucional e um dos motivos certamente foi ocasionado pela má interpretação e aplicação do instituto. Na realidade da Justiça do Trabalho, há um forte esforço institucional voltado à conciliação para as causas judicializadas de modo a contribuir com a redução do estoque de processos. Não há uma comunhão institucional para promoção e incentivo da busca por uma solução do possível conflito antes da judicialização.

O fortalecimento das Comissões de Conciliação Prévia pode contribuir para o que podemos denominar de judicialização racional, representada por aquelas demandas que efetivamente exijam a intervenção do Judiciário. No mesmo sentido, por colaborar com o reposicionamento das entidades sindicais e sua qualidade de instituição jurídica de relevante apelo social, as Comissões de Conciliação Prévia poderão fazer com que sobrevenha uma conscientização mais acentuada na busca por uma solução amigável aos conflitos trabalhistas.

A adequada institucionalização das Comissões de Conciliação Prévia pelas entidades sindicais corroborará o centro objetivado por este trabalho. O recorte pretendido visa realçar a relevante contribuição que os institutos prejudiciais já existentes nas instituições jurídicas que atuam na seara trabalhista podem oferecer na busca pela equalização dos conflitos trabalhistas e contribuir para o direcionamento dos esforços institucionais encampados pelo Judiciário no campo da conciliação no sentido de privilegiar a busca pela solução amigável antes que o conflito seja judicializado e não apenas quando o mesmo já fora judicializado.

O objetivo é incutir a ideia reflexiva da importância de a solução do conflito ser buscado antecedentemente à judicialização e através de mecanismos e institutos já existentes nas relações trabalhistas. O caminho para se atingir esse objetivo é através do fortalecimento de tais institutos de modo a conceber reconhecimento pelas instituições jurídicas e o redirecionamento dos esforços para o sentido de que a conciliação também é um meio eficaz quando realizada fora do Judiciário.

1. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. MEIO ALTERNATIVO E EFETIVO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

Os anseios enfrentados atualmente sobre a premente necessidade de desafogar o Judiciário e diminuir o estoque de ações judiciais não é uma novidade para os operadores do direito. Com apoio nas mesmas justificativas de hoje, as comissões de conciliação prévia foram instituídas formalmente nas relações trabalhistas no início deste século. Com a necessária participação dos representantes dos empregados e empregadores e mediante constituição perante as entidades sindicais e empresariais, as comissões de conciliação prévia foram pensadas com o mote da diminuição das demandas judiciais propostas perante a Justiça do Trabalho.

A exposição dos motivos n. 509, assinada pelo então Ministro da Justiça Renan Calheiros e Ministro do Trabalho Edward Amadeo ilustrou esse anseio ao apontar que no ano de 1997 a Justiça do Trabalho havia recebido 2 milhões de novas ações, quantitativo superior à capacidade de julgamento das quase 2 mil juntas de conciliação e julgamento existentes à época. Ressaltou a referida exposição que o processo do trabalho foi originalmente concebido para ser solucionado em única audiência, mas acabou espraiando-se por inúmeras audiências, marcadas por dilatados interregnos, tornando longa a peregrinação do trabalhador na obtenção de um pronunciamento judicial dos tribunais trabalhistas.

A justificativa de outrora relacionada à quantidade de ações recebidas pelo Judiciário trabalhista no ano de 1997 não sofreu grandes transformações nos dias atuais.

Para ilustrar os argumentos deste trabalho, segundo dados estatísticos do relatório geral da Justiça do Trabalho, foram recebidas 3.056.463 de novas ações no ano de 2019 para serem julgadas por 1.573 Varas do Trabalho. Paradoxalmente, houve um aumento da demanda e diminuição dos órgãos julgadores se comparado aos números trazidos na exposição dos motivos n. 509.

À primeira vista, pode ser ter a ilusória ideia de que o instituto da comissão de conciliação previa não surtiu o efeito esperado e tornou-se obsoleta por não constituir um meio adequado de solução de conflito.

Talvez a justificativa mais plausível seja aquela que aponte para as distorções acerca da sua concepção institucional. Malgrado não tenha e nem

se terá ao certo os motivos que desaguaram no esvaziamento institucional das Comissões de Conciliação Prévia, haja vista existir argumentos que apontam no sentido de que a Comissão de Conciliação Prévia se tornou objeto de desconfiança sobre a lisura de seus procedimentos e outros argumentos mais sólidos que justificam seu esvaziamento no fato de considerar a submissão à Comissão de Conciliação Prévia uma condição da ação que gerava a extinção do processo. Por um ou outro lado, certo é que o enfraquecimento do instituto foi determinante para seu ostracismo.

Quanto à dúvida acerca de ser ou não um requisito processual, coube ao Supremo Tribunal Federal, através do julgamento das ADIs 2139 e 2160, pacificar o entendimento ao julgar parcialmente procedente as ações diretas de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição Federal aos parágrafos 1º ao 4º do artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, permanecendo o acesso à justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente.

Embora com um pequeno atraso de 19 anos, o Judiciário cuidou de conferir legitimação necessária às Comissões de Conciliação Prévia e isso pode representar um reposicionamento, ainda que incipiente, da real função institucional da atividade exercida pela Comissão de Conciliação Prévia. O trabalho institucional que se deve encampar após o posicionamento firmado pelo Judiciário deve primar pelo fortalecimento do instituto a ponto de torná-lo um mecanismo confiável, célere e eficaz na busca da pacificação social.

Essa é a matriz esperada das Comissões de Conciliação Prévia, sendo certo que na conciliação prévia se pretende que um conciliador ingresse entre as partes e busque uma solução mediante concessões recíprocas, chegando a uma satisfação de ambas (CABRAL, 2013). Essa caracterização de equivalente jurisdicional está muito além de se tornar uma condição da ação.

A satisfação célere e envolta de um procedimento transparente é o ponto de equilíbrio que as Comissões de Conciliação Prévia têm que encontrar. O envolvimento das instituições públicas como o Judiciário, Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil será primordial para essa nova roupagem das Comissões de Conciliação Prévia.

1.1. CAMPANHAS DE CONCILIAÇÕES VOLTADAS ÀS CAUSAS JUDICIALIZADAS

Tem-se observado o esforço empreendido pelos órgãos judiciários no sentido de promover a conciliação como forma de redução do estoque de ações.

A despeito da louvável iniciativa, parece que os esforços do Judiciário estão sempre voltados para as demandas já judicializadas. A título de exemplo, no site do Conselho Superior da Justiça do Trabalho há referência a 11 normas, entre resoluções, atos, portarias, recomendações sobre conciliação, e todas tratando dos incentivos, adoção de diretrizes, instalação de comissão e estruturação de órgãos e procedimentos visando à solução adequada às causas judicializadas. Com respeito aos incentivadores dessa metodologia de administração da justiça, certo é que os esforços podem e devem ser equalizados para a promoção da conciliação dos conflitos em vias de judicialização.

A "desmonopolização da jurisdição" (VASCONCELOS, 2000) é um atrativo para o próprio Judiciário. A concepção de conciliação fortemente encampada pelo Judiciário, seja por campanhas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, seja pela positivação de mecanismos conciliatórios a exemplo do procedimento inaugurado pelo artigo 334 do Código de Processo Civil, aparenta uma comunhão de esforços direcionados para a conciliação formalizada pelos órgãos judicantes criados para este fim.

A reflexão proposta no recorte deste trabalho tem por escopo contribuir para a ideia de que os esforços direcionados para a conciliação das causas judicializadas devem também ser direcionados para a promoção da conciliação formalizada junto às instituições pensadas e criadas com o intuito de diminuir a judicialização, como é o caso das Comissões de Conciliação Prévia.

As técnicas existentes para a busca da composição são irrelevantes quando se propõe contribuir para a diminuição da judicialização. Ciente de que a caracterização das Comissão de Conciliação Prévia como um órgão arbitral ou revestido de mediação é arriscada e pode novamente enfraquecer o instituto. Propõe-se singelamente apenas considerá-la um instituto voltado à pacificação social.

Com propriedade, não se pode olvidar que qualquer que seja a posição, o enfoque mais moderno e adequado é o da inegável e eficaz superação do conflito social, não importando o meio utilizado (VASCONCELOS, 2000). Justamente essa desmonopolização do Judiciário é um fator importante a ser debatido de modo a conceber uma maior abrangência à conciliação, incluindo na mobilização judicial voltada para as soluções consensuais a promoção e fortalecimento dos institutos, como as Comissões de Conciliação Prévia.

1.1.1 REINVENÇÃO DAS ENTIDADES SINDICAIS NA QUALIDADE DE INSTITUIÇÃO JURÍDICA E PROMOTORA DO ACESSO À JUSTIÇA

Na linha do que já exposto nos tópicos antecedentes, este trabalho não tem a intenção de relatar sobre a figura das entidades sindicais, sua natureza jurídica, forma de funcionamento, legislação, estrutura etc.

Os sindicatos desempenham importantes funções no funcionamento das Comissões de Conciliação Prévia. Para Saad (2000, p. 19), infere-se que os sindicatos têm participação obrigatória em dois atos da vida da Comissão de Conciliação Prévia – CCP: na sua constituição por meio de um acordo ou convenção coletiva de trabalho; na supervisão do pleito para escolha dos representantes dos trabalhadores na CCP.

Daí porque certamente uma dúvida que persiste na mente dos processualistas trabalhistas é conhecer quais os motivos concretos para que as entidades sindicais não movessem grandes esforços para o fortalecimento das Comissões de Conciliação Prévia e não as deixaram exercer seu papel de equalizador das contingências judiciais. Inúmeras conjecturas podem surgir, desde desconfiança sobre seu procedimento, validade dos seus acordos, desinteresse institucional etc. Certo é que a forma de se pensar as Comissões de Conciliação Prévia na contemporaneidade impõe uma alteração significativa em sua concepção, principalmente por parte das entidades sindicais.

O sucesso das comissões de conciliação prévia está intrinsicamente ligado ao esforço das entidades sindicais em promover o instituto como mecanismo de pacificação social e, consequentemente, de acesso à justiça. Desde o começo, o papel das entidades sindicais no fortalecimento das

Comissões de Conciliação Prévia revestia-se de grande importância para o sucesso do instituto. Após um longo período de incertezas, as Comissões de Conciliação Prévia ressurgem premente de uma nova roupagem e caracterização jurídica. A modernização das Comissões de Conciliação Prévia ganha novos contornos e importância na propagação da conciliação fora do ambiente judiciário.

A par dessas premissas, este trabalho propõe uma reflexão sobre o papel a ser exercido pelas entidades sindicais nos dias atuais e para o futuro no campo da conciliação, principalmente na condição de associação promotora e defensora dos direitos sociais e figura judicante de grande relevância.

O cenário jurídico vigente permite uma nova abordagem sobre a participação das entidades sindicais na condição de equalizador dos conflitos individuais entre as classes trabalhadoras e empresariais. Essa possível nova roupagem do papel sindical está muito além das igualmente importantes atividades negociais, homologatórias das rescisões contratuais ou serviços colocados à disposição dos seus associados.

O intenso esforço das instituições jurídicas no sentido de conscientizar a sociedade sobre a possibilidade de solucionar os conflitos sem a participação do Judiciário confere às entidades sindicais a chance de embarcar nas campanhas conciliatórias e de promoção do acesso à justiça em sua plenitude. O caminho para que os sindicatos passem a exercer esse importante papel na busca pela diminuição das judicialização dos conflitos está nas mãos das próprias entidades sindicais desde o início do século.

As Comissões de Conciliações Prévia se afiguram como um caminho racional e legítimo na busca pela consensualidade e confere uma grande oportunidade às entidades sindicais de reposicionarem sua função institucional garantidora dos direitos sociais.

1.1.2. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Paralelamente à reflexão sobre reinvenção das entidades sindicais, encontra-se a contribuição a ser dada pelo investimento institucional às Comissões de Conciliação Prévia na Gestão e Administração da Justiça.

Não há como pensar em gestão da Justiça sem adentrar na questão atinente ao quantitativo de processos existentes no Judiciário. E a busca pela redução do acervo de processos não necessariamente deve advir de campanhas voltadas à conciliação de casos judicializados. Uma Gestão da Justiça perpassa também por programas e campanhas voltados para a solução do conflito fora do Judiciário. Esse é um ponto de extrema relevância no âmbito do Judiciário no que toca uma Gestão da Justiça qualificada cuja efetividade também pode ser reconhecida mediante o investimento institucional e o apoio aos institutos voltados à solução do conflito pré-judiciais, antes que esse conflito seja direcionado ao Judiciário.

No que concerne às Comissões de Conciliação Prévia, afigura-se importante traçarmos uma linha sobre a sua adequada concepção, principalmente para se evitar sua alocação como uma condição prévia à futura demanda judicial, afinal, a longa batalha judicial a qual fora objeto e que culminou na decisão final do STF no julgamento da ADIN 2139 teve por causa principal justamente a interpretação equivocada sobre sua obrigatoriedade. Por isso, o investimento e o apoio institucional das instituições jurídicas serão de grande valia para que as Comissões de Conciliação Prévia ocupem relevante papel na busca pela diminuição de judicialização de demandas judiciais e, consequentemente, se mostre como um fator preponderante na Gestão da Justiça.

1.1.3. ENTIDADES SINDICAIS E COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ATRATIVO INSTITUCIONAL PÓS-REFORMA TRABALHISTA

A denominada reforma trabalhista promoveu consideráveis alterações nas relações trabalhistas com grande reflexo nas relações sindicais. O impacto maior está relacionado à fonte de custeio das entidades sindicais. A partir de então, as contribuições sindicais, que antes eram revestidas de compulsoriedade, passaram a ser facultativas e isso afetou diretamente as fontes de receitas das entidades sindicais. Diante da nova realidade, espera-se uma reorganização das entidades sindicais na busca por fontes de receitas que possam contribuir para o exercício das suas funções institucionais.

Mais uma vez, a Comissão de Conciliação Prévia se apresenta como importante fator para essa reorganização sindical. Não há dúvidas sobre

a possibilidade de geração de receita por meio das Comissões de Conciliação Prévia, afinal, a atividade jurisdicional exercida pelo Estado tem seus custos, nada mais razoável que as Comissões de Conciliação Prévia possam tarifar os seus serviços desde que não se afigurem como meio de enriquecimento das entidades. Não há imoralidade pela cobrança dos serviços exercidos pelas Comissões de Conciliação Prévia.

Uma alternativa para suprir a carência financeira das entidades sindicais inaugurada pela reforma trabalhista está à disposição das entidades sindicais desde o início do século. Não é nenhuma inovação ou malabarismo jurídico, exige-se apenas o investimento institucional das entidades sindicais para fomentar e fortalecer as Comissões de Conciliação Prévia de modo a promover seu pleno e legítimo funcionamento.

À vista do exposto, observa-se que as soluções não dependem apenas das inovações jurídicas. Uma nova concepção e caracterização dos institutos já existentes nas instituições jurídicas podem contribuir para a reciclagem do direito e da reinvenção das instituições jurídicas como as entidades sindicais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recorte apresentado ao longo deste texto está voltado para uma proposta de releitura em relação a duas importantes figuras das relações jurídico-trabalhistas e suas contribuições no dimensionamento das judicializações dos conflitos na seara trabalhista, quais sejam: as Comissões de Conciliação Prévias e as Entidades Sindicais. Tais figuras são velhas conhecidas no ambiente laborativo e certamente têm muito a contribuir para a qualificada administração da justiça.

A primeira figura representada pelas Comissões de Conciliação Prévia e vinculada às entidades representativas das classes de trabalhadores e classes do empresariado precisa ser vista como relevante método de solução de conflito. Para atingir esse patamar, necessitará da comunhão de esforços voltados ao fortalecimento do instituto e a uma nova concepção jurídica que denote o seu fim institucional. Passa necessariamente pela demonstração clara das técnicas utilizadas na solução dos conflitos e na transparência dos seus procedimentos. A partir da simples adoção de mecanismos concretos, seguros e revestidos de validade, as Comissões de

Conciliação Prévia só têm a contribuir para a diminuição da litigiosidade enraizada no sistema jurídico brasileiro.

A segunda figura, as entidades sindicais, dotada de forte e histórico apelo social, tem uma enorme oportunidade de revigorar sua qualidade de instituição jurídica e ao mesmo tempo exercer uma importante função equalizadora da judicialidade tão presente nas relações jurídicas existentes no território nacional.

Não se pode olvidar a possibilidade de reposicionamento das entidades sindicais dada a atual realidade legislativa conferida a essas associações, mormente aquelas relacionadas à relativização da fonte de receita, como a faculdade da contribuição sindical e possibilidade de negociação entre os empregados e empregadores. Por essas e outras razões, as entidades sindicais precisam ocupar seu espaço e atuar institucionalmente em todas as frentes sociojurídicas permitidas. O resultado pode conceber uma entidade sindical forte, com grande participação na busca pela pacificação social e, consequentemente, conferir aos seus representados, seja eles empregados ou empregadores, o acesso à justiça em sua plenitude.

Em linhas gerais, a fundamentação teórica deste trabalho propõe uma reflexão e conscientização sobre as formas de solução do conflito trabalhista fora do Judiciário e representado por institutos jurídicos já existentes no cenário jurídico, como as Comissões de Conciliação Prévia, figura instituída no ano 2000 através da Lei nº 9958/00 cuja viabilidade tornou-se ineficaz por força, talvez, de má interpretação ou conceituação do instituto.

Superado o período de instabilidade processual e após a legitimação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à Comissão de Conciliação Prévia, o momento é propício para a renovação deste instituto cuja praticidade tem muito a colaborar para a diminuição das judicializações na esfera trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000**. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. Disponível em: L9958 (planalto.gov.br). Acesso em: 29 mar. 2021.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado Profissional em Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2013.

CAVALCANTE, Rafael Ferraresi Holanda. Comissão de conciliação prévia: histórico, funcionamento, estágio atual, expectativas futuras (Reconciliation commission prior: history, operation, current stage, future expectations). **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo, SP, v. 41, n. 164, p. 157-179, jul./ago. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FIGUERÔA JR., Narciso. As Recentes Alterações na Legislação Trabalhista – Lei nºs 9.957 e 9.958, de 12/02/2000. **Revista LTr.** São Paulo: LTR, n. 64, fev. 2000.OLIVA, José Roberto Dantas. Comissões de Conciliação Prévia: submissão obrigatória afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 66, n. 8, p. 956-61, ago. 2002. ISSN 1516-9154.

MARTINS, Sérgio Pinto. As Comissões de Conciliação Prévia no Brasil. **Jornal Valor Econômico**, Caderno Legislação & Tributos, 1 de julho de 2003, p. E2.

PITAS, José. Conciliação prévia na justiça do trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 221, p. 7-13, nov. 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comissões de Conciliação Prévia: teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Altamiro J. dos. **Comissão de Conciliação Prévia**: conviviologia jurídica e harmonia social. São Paulo: LTr, 2001.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2139**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2139&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 31 mar. 2021.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Os núcleos intersindicais de conciliação trabalhista como agentes de transformação das relações de trabalho e da administração da justiça. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre, RS, v. 66, n. 2, p. 154-198, abr./jun. 2000.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. Aspectos polêmicos de Direito Material e de Direito Processual das Comissões de Conciliação Prévia. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, ano 21, n. 250, p. 24-33, out. 2004. ISSN 0103-5487.

A MUTAÇÃO DA FIGURA DO NOTÁRIO E A DESJUDICIALIZAÇÃO – UMA PERSPECTIVA BRASIL – PORTUGAL

Weider Silva Pinheiro[36]

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional tem cada vez mais perdido o conceito de efetividade, tendo em vista os obstáculos para acesso à justiça. O fator demora é, em muitos países, um entrave para as partes que procuram uma solução judicial. As pessoas precisam às vezes esperar por muito tempo, dois, três anos ou mais por uma decisão exequível. Tendo isso em conta, pressupõe-se correto afirmar que um dos princípios mais importantes da prestação jurisdicional, a máxima efetividade, vinha sendo prejudicado. Este que tem como objetivo atribuir às normas constitucionais a máxima eficácia possível, sem que utilize de arbitrariedade para tanto.

36 Mestre e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UGF. Especialista em Teologia pela UGF. Especialista em Direito Notarial e Registral pela UCAM. Especialista em Direito Notarial e Registral pela FUNIP. Especialista em Direito de Família pela FUNIP. Especialista em Ciência Política pela UNIFVC. Especialista em Perícia Judicial e Extrajudicial pela UNIFVC. Especialista em Psicologia Jurídica pela Faculdade Futura. Tabelião Substituto do Cartório Bruno Quintiliano do Distrito judiciário de Nova Brasília, Comarca de Aparecida de Goiânia-GO.

Dessa forma, a desjudicialização tem se mostrado como o melhor caminho para solução dos conflitos, com o serviço notarial se mostrando como um importante aliado nesse processo, verificando-se que o notário tem modificado sua forma de atuação, passando a atuar como um assessor jurídico. Conforme o XIII Congresso Internacional de Direito Comparado – Instituto Internacional de Direito Comparado Luso-Brasileiro: "[...] O tema da desjudicialização tem tido desenvolvimentos vários quanto a determinadas áreas do notariado [...] É indispensável o contributo do notariado para a realização prática do Direito, cientes de que assim contribuirão para o bem comum" (CIDC XIII, 2009).

Nesse contexto, este estudo tem como objetivo geral analisar em uma perspectiva Brasil-Portugal a mutação da figura do notário no processo de desjudicialização de conflitos. E como objetivos específicos: fazer um estudo sobre a atuação do notário; descrever o uso de mecanismos de solução de controvérsias como a mediação; e exemplificar a atuação do notário no processo de desjudicialização de conflitos.

Como metodologia, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, buscando em livros, artigos, na legislação brasileira e portuguesa e em publicações oficiais o embasamento teórico necessário para desenvolvimento deste estudo. Com vistas a passar o melhor entendimento sobre o assunto tratado, este artigo foi estruturado em cinco seções, sendo que a primeira consiste nesta introdução, que traz as diretrizes seguidas nesta pesquisa.

Por sua vez, a segunda seção descreve a função do notário e registrador, considerando ambos os países em estudo. A terceira seção faz uma breve abordagem sobre mecanismos de solução de controvérsias e o processo de desjudicialização. A quarta seção traz o tema central desta pesquisa, abordando em ambos os países estudados a mutação da figura do notário a partir da desjudicialização dos conflitos. Por fim, a quinta seção traz a conclusão a que se chegou ao final do estudo.

1. A FIGURA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR

Os notários e registradores se configuram como pessoas físicas que recebem delegação do Poder Público para exercer suas atividades, gerando muitas vezes dúvidas acerca de sua natureza jurídica, já que muitos o consideram como um servidor público por exerce uma função dessa natureza.

Todavia, o texto constitucional atual, em seu artigo 236, deixa claro que esses serviços são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, o que se acredita não dar margem para discussões a respeito, já que se trata da Carta Maior do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Dessa forma, os notários e registradores não integram o quadro funcional dos poderes estatais, não se configurando, portanto, como parte da Administração Pública. Como bem destacam Gallo-Orsi e Girino (GALLO-ORSI, 1967), se trata de titulares de deveres públicos, que exercem uma atividade pública por substituição. Ressalta-se que os notários e registradores são dotados de independência para praticar as atividades de seu exercício.

De acordo com Silva (2007), os requisitos necessários para ingresso como notário e registrador estão previstos no artigo 14 da Lei dos Notários e Registradores, os quais: (1) habilitação em concurso público de provas e títulos; (2) nacionalidade brasileira; (3) capacidade civil; (4) quitação com as obrigações eleitorais e militares; (5) diploma de bacharel em direito e (6) verificação de conduta condigna para o exercício da profissão. Em relação ao diploma de bacharel em Direito, vale destacar a exceção trazida pela referida lei para aqueles que já possuem mais de 10 anos de experiência nos serviços notariais e registrais. Quanto a esse fator, Ceneviva (2002) se posiciona contra, afirmando que a experiência como notário e registrador não deve exaurir a necessidade de conhecimento jurídico, sendo indispensável o prévio registro como advogado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Em Portugal, de acordo com Menezes (2017, p. 1):

> Em Portugal o acesso à profissão requer, desde logo, a reunião de vários requisitos prévios. A saber: ser português ou nacional de um Estado membro da União Europeia ou de outro Estado signatário de acordo com Portugal visando o reconhecimento mútuo de qualificações profissionais para o exercício da função notarial em regime de reciprocidade; ser maior de idade; não estar inibido do exercício de funções públicas e possuir, pelo menos, o grau de licenciatura em Direito. Verificados estes pressupostos o candidato a notário terá de percorrer três etapas. A primeira etapa é o estágio notarial com duração máxima de 18 meses e é realizado sob a

> orientação de um notário com pelo menos cinco anos de exercício de funções. O estágio tem uma fase inicial com a duração de seis meses e destina-se a garantir a apreensão dos aspetos técnicos da profissão, o conhecimento das regras e exigências deontológicas, assim como o aprofundamento de determinados institutos jurídicos. A fase complementar do estágio dura 12 meses e visa o desenvolvimento e aprofundamento das exigências práticas e deontológicas da profissão através da promoção do contato pessoal do estagiário com o funcionamento do cartório, seus utentes e trabalhadores. Nesta fase, o estagiário poderá praticar certos atos ou categorias de atos que lhe sejam autorizados pelo patrono. Concluído o estágio com aproveitamento, o candidato a notário está legitimado a avançar para a segunda etapa, isto é, a propor-se a concurso para atribuição de título de notário. Este concurso é público e é aberto pelo Ministério da Justiça. Consiste na prestação de provas públicas, escritas e orais, que incidem sobre vários temas de Direito. A terceira etapa consiste em novo concurso público para atribuição de licença para instalação de cartório notarial consoante as vagas existentes e que serão preenchidas de acordo com a graduação dos candidatos e as referências de localização dos cartórios manifestadas no respetivo pedido de licença.

Dessa forma, de modo semelhante ao Brasil, Portugal também tem a investidura no cargo por meio de concurso público.

Outro fato a ser mencionado em relação ao assunto no Brasil é que os titulares de serviços notariais e de serviços estão elencados no artigo 5º da Lei nº 8.935/94, podendo assumir 7 (sete) funções: tabeliães de notas; tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; tabeliães de protesto de títulos; oficiais de registro de imóveis; oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; e oficiais de registro de distribuição. Ressalta-se que os titulares de serviços notariais e de registros devem se restringir às suas competências dispostas em Lei, sendo de atribuição de todos a formalização da vontade das partes, bem como a intervenção nos atos e negócios jurídicos dando forma legal ou autenticidade de acordo com a vontade das partes.

Souza (2013, p. 7) elucida que Brasil e Portugal em muito se assemelham em relação à figura do notário, destacando-se questões históricas, que podem ser percebidas desde o período colonial:

> Em Portugal, o notariado adotou as tendências do Sistema de Bolonha, passando o notário a ter caráter oficial e dotado de fé pública. Desde então, houve poucos avanços, exigindo-se reformas. Atualmente, após uma série de mudanças, o notariado lusitano faz parte dos melhores notariados da Europa, e atua com as prerrogativas de um oficial investido de fé pública e com independência funcional necessária para exercer um serviço de fiscalização e assessoramento das partes. [...] A função notarial no Brasil foi regulada pelas tradições herdadas dos tempos de colônia de Portugal, sendo que a investidura no cargo era feita por concessão, de caráter vitalício, transferida por sucessão causa mortis ou por compra e venda. Assim como o notariado lusitano, o notariado brasileiro sofreu grande período de engessamento, de forma que não conseguia acompanhar as evoluções sociais.

Para que possam realizar suas funções os notários e oficiais de registro podem contratar escreventes, dentre os quais deve nomear os substitutos e auxiliares. Estes são contratados como empregados obedecendo ao regime da Consolidação das Legislações Trabalhistas (CLT), sendo livre o ajuste de remuneração. O número de substitutos, escreventes e auxiliares também fica a cargo dos titulares de serviços notariais e registrais, de acordo com sua demanda, devendo encaminhar o nome dos substitutos ao juízo competente (BRASIL, 1994).

As atividades exercidas no âmbito dos cartórios podem ser divididas em fases, conforme resume Ferreira (2007, p. 16):

> Rogatória: que consiste na solicitação do atendimento, feita oralmente e já com a entrega de documentos ou a autorização para que o tabelião proceda a todos os atos – inclusive extranotariais – tendentes à lavratura de escritura ou ata. Neste momento, e nos subseqüentes, o notário assessora e adverte os clientes sobre as prescrições legais e os efeitos do ato ou negócio que formalizará. Minuta: na qual o tabelião redige uma minuta que é discutida e

> aprovada pelos clientes. Protocolo: momento em que o tabelião lavra o ato no livro próprio. Há casos em que o ato é realizado no próprio documento apresentado e que é devolvido aos clientes (autenticação de documentos). Conclusão: quando o ato é assinado pelos interessados, pelo escrevente, se houver, e pelo tabelião. Circulação e conservação: a primeira ocorre quando o traslado e as certidões são expedidos para que os interessados tenham cópia do ato, possibilitando a circulação e a produção de efeitos nas esferas administrativa e particular. A segunda, na qual o tabelião conserva o documento para publicidade futura.

Dessa forma, as atividades notariais e registrais se iniciam a partir do momento em que são provocadas e se encerram com a conservação do documento lavrado, para que possa ser utilizado em qualquer ato futuro. Importante mencionar que os notários e registradores são fiscalizados pelo Poder Público, que deve se valer para tanto de inspeção, orientação, normatização e disciplina.

De acordo com Dalledone (2012), no viés inspecional ou de orientação, o Poder Judiciário atua com visita aos serviços, bem como dando respostas a dúvidas e consultas, editando normas técnicas com tendência para uniformizar e padronizar o serviço. Importante mencionar com base no autor citado, que em caso de surgirem indícios de infrações no exercício da função notarial o Poder Judiciário deve atuar com a competência disciplinar que possui natureza vinculada.

Destaca-se que a fiscalização realizada pelo Poder Judiciário aos notários e registradores em forma de visitas são chamadas de correição, podendo se classificar em ordinárias e extraordinárias, ou parciais ou gerais. Essa fiscalização, de acordo com a Lei nº 8.935/1994 deve observar fatores como a legalidade, celeridade, eficiência, imparcialidade e qualidade dos atos prestados, conforme dispõe em seus artigos 37 e 38.

Após a fiscalização se faz necessário a elaboração de um relatório deixando claro o resultado, visto que, apesar da delegação ao notário e registrador ser irrevogável, existem hipóteses de suspensão que devem ser consideradas. De acordo com Cretella Júnior (2004), a suspensão trata-se do afastamento forçado do cargo durante determinado período de tempo. Trata-se de uma sanção disciplinar aplicada nos casos de falta grave, bem

como em casos de reincidência de faltas disciplinares de natureza leve, estando passíveis, além da suspensão, de repressão, multa e até mesmo perda da delegação.

As infrações disciplinares estão previstas no artigo 31 da Lei nº 8.935/94, e são: inobservância das prescrições legais ou normativas; conduta que venha a atentar contra as instituições notariais e de registro; cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, sob qualquer argumento, mesmo que sob alegação de urgência; violação de sigilo profissional; e descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no artigo 30 da mesma Lei.

As infrações podem ser de natureza leve, ficando passíveis de repreensão, e em caso de sua reincidência ou de uma falta que não possa ser considerada grave estará sujeita à multa, e sendo suspenso de sua titularidade caso reitere no descumprimento de seus deveres ou cometa faltas consideradas como graves (CRETELLA JÚNIOR, 2004).

No período de suspensão, os titulares somente receberão metade de sua renda, sendo depositada a outra metade em conta bancária especial; caso seja absorvido, terá o valor restituído com correção monetária, caso não, esse montante caberá ao interventor. O que acontece é que a lei em tela não deixa claro quais faltas podem ser consideradas leves ou graves, dificultando a prática do juiz na aplicação da sanção, ficando sujeito à sua própria interpretação em cada caso (CRETELLA JÚNIOR, 2004).

A delegação também pode ser perdida em casos de infrações disciplinares, nos casos da sentença judicial transitada em julgado, bem como de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, sendo-lhes assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. As outras possibilidades de perda da delegação consistem em: morte; aposentadoria facultativa; invalidez; e renúncia. Nesse contexto, os notários e oficiais de registro no exercício de suas funções devem obedecer à Lei nº 8.935/94, ficando passível de repreensão, multa, suspensão e, até mesmo, perda de delegação nos casos de infrações disciplinares previstas em seu rol, devendo o juiz interpretar e aplicar a devida penalidade de acordo com o caso em questão.

Cabe ao notário e ao registrador, portanto, gerenciar todos os procedimentos praticados na serventia a seu cargo, sendo responsável por eles. Devem agir com absoluta independência e autonomia. Rêgo (2012) en-

tende que inaceitável seria subordinar esses profissionais à tamanha responsabilidade e tirar deles o poder de discernimento, de análise, de critérios, submetendo-os a influências escusas de qualquer parte. Eles não são simples funcionários administrativos, sendo considerados promoventes da jurisdição voluntária, pois agem com autonomia e independência, recebem remuneração diretamente do usuário do serviço, analisam e julgam a legalidade dos atos a serem praticados, qualificando-os como aptos, ou não, a gerar direitos.

Assim, o notário e o registrador têm o dever de aplicar, sem hesitação, as normas jurídicas necessárias, inclusive, sob pena de responsabilização, não o fazendo. Se tiver que fazer exigências, que elas sejam claras e objetivas, com embasamento legal (DALLEDONE, 2012).

O notário deve investigar os documentos, bem como os elementos envolvidos, que são apresentados pelos particulares para realização de um ato, devendo dar seu parecer jurídico acerca da concretização da vontade das partes. Nesse sentido, ressalta Menezes (2007):

> O notário irá orientar as partes sobre qual medida juridicamente mais adequada para o ato que pretendam realizar, aconselhando-as e responsabilizando-se pelas informações que irá dar, informações essas que, atualmente, vem aumentando gradativamente, pois a vida jurídica cada dia se torna mais complexa, e o cidadão tendo notário uma pessoa capaz e responsável para prestar-lhe uma informação juridicamente precisa. Além de atuar também como um receptor e intérprete da vontade das partes, que, muitas vezes, não sabem o que fazer para idealizar o seu negócio.

Percebe-se que é importante que o notário seja uma pessoa acessível ao usuário que certamente terá muitas dúvidas a serem esclarecidas. Para o leigo, a terminologia pode parecer muito complicada e pouco esclarecedora. Nesse caso, uma boa orientação deve ser dada para um melhor entendimento e, consequente, cumprimento das exigências (MENEZES, 2007).

Diante do exposto, verifica-se que o notário, no uso de suas atribuições, integra a justiça reguladora, baseada na pacificação social, acauteladora dos direitos individuais, que se faz necessária na estabilidade das relações negociais.

Os serviços prestados pelos notários e registradores visam à segurança jurídica não somente daqueles envolvidos diretamente, mas também de terceiros de boa-fé e de toda a sociedade. Para Bolzani (2007, p.52):

> Como serviços colocados à disposição da sociedade, a atividade notarial e de registro se organizam de forma técnica e administrativa, com a finalidade primordial de bem desempenhar sua maior incumbência, seja ela a incumbência de garantir a segurança nos atos jurídicos provenientes das relações sociais. Atribuição esta da qual todas as outras provêm, mãe de todas, base pilar de um Estado Democrático de Direito.

Os serviços notariais e de registro atuam de forma imparcial, para evitar conflitos que possam surgir das relações sociojurídicas, fazendo-se necessário os institutos jurídicos da publicidade, autenticidade e eficácia dos atos jurídicos. O ordenamento jurídico exige que alguns atos jurídicos produzam seus efeitos, deve-se dar conhecimento ao seu conteúdo assim corno ocorre com a lei, para que ninguém alegue o seu desconhecimento.

A autenticidade refere-se à veracidade, à ausência de dúvidas quanto à origem e à existência de um ato jurídico, este é revestido de prova sólida de difícil contestação. Conclui-se que a eficácia jurídica diz respeito ao poder que tem um ato para produzir os seus efeitos necessários, alguns atos jurídicos só produzem seus efeitos se cumpridas todas as formalidades estabelecidas pela lei.

2. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO

O conflito é inerente à condição social humana, e o Direito atua como instrumento de sua regulamentação, objetivando preservar a harmonia social. Com isso, tem se intensificado a busca por meios alternativos de solução de controvérsias.

Explica-se que se instaura um conflito quando ocorre um posicionamento divergente ou comportamento diferenciado. Se o conflito evoluir, por envolver interesse de bens, por exemplo, passa-se o processo a termos jurídicos, no qual o conflito torna-se uma lide e as pessoas envolvidas, as

partes. Conforme o que for apresentado juridicamente, será determinado se o procedimento será consensual ou litigioso, assumindo a partir deste momento variações em seus elementos (OLIVESKI, 20013).

Santana (2003, p. 16) expõe sua opinião:

> A sociedade contemporânea não tem conseguido conter os conflitos, nem diminuir a irresponsabilidade dos indivíduos, de tal forma que os ilícitos continuam em proporções alarmantes, e a interação humana, cada vez mais desarmoniosa. Uma vez que o conflito é inevitável, devemos tratá-lo com mais eficiência.

No direito, essa disputa gerada pelo fato de duas ou mais pessoas se interessarem pelo mesmo bem é chamado de conflito de interesses, para o qual o homem vem buscando soluções no decorrer dos tempos, apresentando-se diversas formas para resolução dos mesmos, devendo as pessoas envolvidas serem responsáveis pela sua decisão, seja para lutar pelo seu interesse, entrar em um acordo ou desistir de sua pretensão.

Assim, o conflito é o contexto no qual surge a necessidade cogente de se realizar aprofundado estudo sobre os controles normativos das relações existentes e outras tantas que poderão se originar na contemporânea globalização, que já modificaram as relações individuais, e poderão gerar consequências outras, ainda não conhecidas, em várias searas da vida humana. Confirma Sales e Rabelo (2009, p. 11):

> É certo que os conflitos fazem parte da vida das pessoas, e é interpretado como uma necessidade ao apropriamento das relações interpessoais e sociais. Deste modo, resta que as controvérsias sejam concluídas de maneira adequada, permitindo assim o estabelecimento de harmonia social entre as partes envolvidas.

A ampliação do acesso à justiça por meio de mecanismos alternativos para solução de conflitos tem como característica a democratização, e o Estado, por sua vez, garante o devido processo legal, envolvendo desde a tramitação até os autos do processo.

Desse modo, podem ser estabelecidos meios de solução de conflitos conforme a jurisdição e o poder decisório, sendo fundamental que cada mecanismo seja adequado e de acordo com o tipo de conflitos, a depender

da especialidade fática de cada questão. O serviço notarial tem se apresentado no Brasil e em Portugal como uma forma de acesso à justiça a partir da desjudicialização, segundo se verifica no tópico a seguir.

3. O SERVIÇO NOTARIAL E A DESJUDICIALIZAÇÃO – PERSPECTIVA BRASIL-PORTUGAL

O serviço notarial segue caminho semelhante no Brasil e em Portugal, com a figura do notário assumindo natureza jurídica privada na prestação de um serviço público. Em ambos os Ordenamentos Jurídicos, é possível verificar o uso do serviço notarial como instrumento de desjudicialização dos conflitos, tendo em vista desafogar o Judiciário, proporcionando maior celeridade nos processos, com casos que são resolvidos por meio de mediação nos cartórios, destacando-se a lei do ofício da cidadania e os provimentos de mediação no extrajudicial.

No direito brasileiro existe uma tendência geral ao uso da mediação e da conciliação para resolução dos conflitos, buscando reduzir a demanda do Judiciário. A mediação e a conciliação se voltam para a ação de tornar as soluções pacíficas como a possibilidade de que alguém, sem defender uma das partes, possa aproximar pontos de vista diversos, de modo a cada um entender os interesses do outro. Constitui-se, portanto, de um instrumento de solução de conflitos em situações que envolvem interesses difusos, onde a responsabilidade para a solução do problema é de cada uma das partes envolvidas.

De acordo com Alemão (2007, p. 12), em Portugal foi seguido esse mesmo sentido:

> [...] procedeu a "um alargamento significativo do âmbito da exequibilidade de documentos particulares assinados pelo devedor", suprimindo o requisito do reconhecimento notarial, entre outras coisas. A intenção já era dar celeridade ao processo, evitando-se burocracia. Mas a agilização na confecção do título de crédito só aumentou a exigência na execução. Instaurada numa fase do processo e não na outra, a celeridade cria, inevitavelmente, entupimento. E este chegou na linha final do processo, na execução, que já não depende apenas dos operadores do Direito e sim de o deve-

> dor possuir recursos. O que independe da eficiência do solicitador da execução.

Como "arte de estar no meio", o procedimento da mediação, manifestado por meio da conversação, ao utilizar a boa-fé dos conflitantes, apresenta-se como uma forma de solução de conflitos eficiente para muitos dos atuais problemas sociais, principalmente os que envolvem as relações pessoais (MORAES, 2012).

De acordo com Sales (2016), a mediação de conflitos consiste em um mecanismo que tem como premissa o diálogo inclusivo e cooperativo entre as partes, contando com a participação de um terceiro imparcial, chamado de mediador, que tem como capacidade facilitar a comunicação entre elas, sem propor ou sugerir uma solução, possibilitando que elas mesmas construam a melhor forma de solucionar seu conflito.

A mediação consiste em uma das formas encontradas para reduzir a demanda do Judiciário, com os notários assumindo essa posição de mediador, como bem afirma Silveira (2016, p. 1):

> [...] o Notário – profissional do direito que intervém nos atos e negócios jurídicos – pode desafogar substancial parte do campo judicial, com o colorido legal deste verdadeiro direito premial (basta haver o consenso entre partes capazes sobre determinado ato ou negócio jurídico de direito material para se solucionar muitas das nossas atuais questões jurídicas) que é a mediação administrativa extrajudicial notarial.

Para Sales (2011), a mediação consiste na forma mais democrática de administrar a resolução de conflitos, tendo em vista que a vontade do indivíduo é o elemento preponderante desse tipo de processo. A partir do diálogo, pretende-se transformar o conflito, acreditando-se, a partir do momento em que as partes conversam sobre seu problema, já ser possível considerar que o litígio teve avanço, com as pessoas, mesmo em situação de divergência, conseguindo racionalizar seus interesses e dispor sobre o tema, buscando a melhor forma de resolução. Sobre o assunto, Sales e Chaves (2014, p. 263) bem dissertam:

> Durante o processo de mediação o respeito aos princípios é fundamental para a condução adequada e eficaz. As pessoas devem ser livres para escolher o processo de mediação e possuir o poder de decisão durante o processo. Para que o mediador facilite o diálogo é indispensável que ele seja imparcial e capacitado, devendo ser escolhido ou aceito pelas partes, permitindo que o processo seja conduzido com informalidade, sigilo e confidencialidade.

Nesse sentido, entende-se que não cabe ao mediador propor soluções para os casos em que atuar, mas sim promover a comunicação entre as partes de forma que consigam enfatizar os pontos em comum e afastar as diferenças, conseguindo chegar a um acordo por elas próprias terem entendido ser a melhor maneira de resolução.

A mediação pode se classificar como judicial e extrajudicial e, como os próprios nomes já sugerem, elas se diferenciam pela presença do Judiciário. Em ambos os casos, a comunicação entre as partes é o elemento principal, podendo o mediador se reunir com as partes em conjunto ou separadamente, não havendo prazo prescricional para resolução dos casos, tendo como premissa que um acordo pode variar em relação ao tempo para ser feito, a diferença entre as mediações está principalmente nos procedimentos.

A mediação extrajudicial está disciplinada pelos artigos 21 ao 23 da Lei da Mediação, sendo disposto que seu início ocorre a partir de um convite de uma parte para outra, que pode ser realizado por qualquer meio de comunicação, contendo o escopo de negociação, data e local da primeira reunião. Salienta-se que, caso a outra parte não responda no período de 30 dias, o convite será considerado rejeitado.

Por sua vez, a medicação judicial é regulamentada nos artigos 24 ao 29 da Lei da Mediação, nesse caso, não haverá convite de uma parte para outra, mas sim uma determinação judicial de audiência obrigatória. Os referidos artigos dispõem a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, onde são realizadas as audiências de mediação.

Importante mencionar que a mediação possui natureza jurídica contratual. Trata-se, pois, de um procedimento no qual a vontade das partes resulta em fonte de obrigações. O mediador não utiliza métodos coercitivos e não detém poder de cunho decisório sobre o litígio. Cumpre-lhe,

como já frisado, apenas auxiliar as partes a chegar à solução que atenda suas pretensões. "É certo que estas decidirão todos os aspectos discutidos, facilitadas pelo mediador, mantendo assim autonomia e controle das decisões concernentes ao caso mediado" (TAVARES, 2002, p. 74-75).

Os requisitos da mediação podem ser de ordem subjetiva ou objetiva. Pelos requisitos de ordem subjetiva, as partes precisam ser capazes de poder apreciar seus conflitos à mediação. Essa não pode conter qualquer vício de vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) ou vício social (simulação e fraude contra credores), sob pena de invalidade do processo (KONTZE, 2015).

Conforme os requisitos de ordem objetiva, a matéria discutida na mediação necessariamente precisa versar sobre direitos disponíveis. O acordo deve conter possibilidades reais de cumprimento da obrigação jurídica, bem como viabilidade física. Segundo os requisitos formais, o que for mediado deve ser reduzido a termo e o seu compromisso cumprido pelas partes. O acordo, se realizado perante duas testemunhas, possui força de título executivo judicial e pode ser executado (KONTZE, 2015).

Briquet (2016) afirma que a mediação judicial e a extrajudicial também se diferenciam em relação ao mediador. No caso da mediação extrajudicial, o mediador pode ser qualquer pessoa de confiança de ambas as partes, que seja capacitada para fazer a mediação, podendo ser realizada por qualquer meio de comunicação, via internet, telefone, pessoalmente, enfim, o importante é o comum acordo entre as partes e a assinatura do contrato relacionado a ele. Já a mediação judicial ocorre por determinação do juiz, sendo ele quem determina o mediador que deve apenas ser aceito entre as partes, sendo obrigação deste terceiro seguir os quesitos e normas ditados pelo Tribunal.

Salienta-se que na mediação extrajudicial se faz necessária previsão contratual, constando no artigo 22 da Lei da Mediação, onde deve conter os prazos mínimos e máximos para realização das reuniões, a serem contados a partir da data de recebimento do convite, e o local de realização da reunião. Além disso, devem ser descritos os critérios de escolha do mediador ou da equipe de mediação e, ainda, as penalidades a serem aplicadas em caso de não comparecimento das partes na primeira reunião.

Se não houver previsão contratual fica disposto em lei que a primeira reunião deve ser realizada em no mínimo 10 dias e no máximo em

3 meses a partir do recebimento do convite, devendo ser escolhido um local que se mostre adequado e possa envolver informação confidenciais, o nome de cinco mediadores devidamente capacitados para conduzir uma audiência de mediação e seus contatos para escolha da parte convidada. Não havendo manifestação de escolha, o mediador será considerado aceito o sugerido pela parte que convidou. Em caso de não comparecimento será acarretada assunção por parte desta de 50% das custas e honorários.

Na mediação judicial, de acordo com o artigo 25 da Lei da Mediação, o mediador será indicado pelo juiz e não cabe escolha das partes, que devem simplesmente acatar a decisão. Nesse tipo de mediação, as partes devem ser obrigatoriamente assistidas por advogado ou defensor público, conforme artigo 26 da mesma lei. Quanto ao prazo de realização da mediação judicial, consta no artigo 27, prazo de 60 dias, que poderá ser prorrogado se houver comum acordo entre as partes. Havendo acordo entre as partes, os autos serão encaminhados ao juiz para arquivamento do processo, sendo homologado o acordo por sentença.

Salienta-se que a diferença entre mediação extrajudicial e judicial também repousa no mediador. Os artigos 9 e 10 da Lei da Mediação disciplinam a mediação extrajudicial, estabelecendo que qualquer pessoa que tenha a confiança das partes pode atuar como mediador, desde que seja capacitada para tanto, podendo as partes serem assistidas por advogado ou defensor público. Porém, caso somente uma das partes compareça assistida, o mediador deverá suspender o procedimento até que ambas estejam assistidas.

Por sua vez, os mediadores judiciais demandam de mais requisitos para atuação. De acordo com o artigo 11 da Lei da Mediação, o mediador judicial deve ter pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, além de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais. Importante mencionar que os mediadores judiciais deverão ser cadastrados pelos tribunais, sendo requisito básico para atuação como mediador judicial.

Nesse contexto, a mediação extrajudicial e a judicial, apesar de possuírem a mesma essência de buscar a resolução consensual do conflito, não se confundem, assumindo características peculiares, como a presença

obrigatória do advogado ou defensor público na mediação judiação e a permissão para acompanhamento por esses profissionais na extrajudicial, destacando-se, também, que na mediação judicial o acordo entre as partes terá força de sentença.

Ressalta-se que os notários, tanto no Brasil quanto em Portugal, enquanto mediadores extrajudiciais atuam com base na fé pública. A fé pública como premissa de todos os atos notariais e registrais pode ser observada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo de 2015 a partir da realização de uma atividade relacionada à alienação fiduciária, que se trata da modalidade de financiamento habitacional, em que o próprio imóvel fica como garantia em casos de inadimplemento sem a necessidade de passar pela via judicial para execução do título:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO – COMPROVAÇÃO DA MORA – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – COMPROVAÇÃO DE SEU RECEBIMENTO – DISPENSA DA NECESSIDADE DE ORIGINAL DO A.R. EM RAZÃO DA FÉ PÚBLICA DE QUE GOZA O OFICIAL DE SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL – DECISÃO REFORMADA. Agravo de Instrumento provido (TJ-SP – AI: 20911337020158260000 SP 2091133-70.2015.8.26.0000, Relator: Jayme Queiroz Lopes, Data de Julgamento: 28/05/2015, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/05/2015).

A fé pública, portanto, é colocada como suficiente para que um ato realizado no âmbito dos serviços registrais e notariais seja considerado verdadeiro, dispensando-se a necessidade de Aviso de Recebimento (A.R.), dada a presunção da verdade nos atos realizados. Dessa forma, as características dos serviços notariais e de registro são voltadas para a sua execução, sendo um serviço rogatório, que tem como base a fé pública e deve ser executado com imparcialidade. Deve-se lembrar que apesar de ser uma atividade realizada em caráter privado, tratam-se de serviços públicos, portanto, devem considerar o interesse coletivo.

A atuação de uma equipe multidisciplinar na mediação de conflitos tem sido abordada por diferentes autores, verificando-se uma mudança

de paradigma nos processos judiciais, que não mais se resume à presença das partes, do advogado e do juiz, comportando o olhar de outras áreas do conhecimento, principalmente, quando o assunto se volta para o Direito de Família.

Barbosa (2008) menciona a importância da multidisciplinaridade no Direito de Família, seja ao iniciar o processo ou mesmo quando ele já estiver em curso, resgatando uma escuta técnica que dar voz ao sujeito de direito, conduzindo o processo com sentido e com sentimento, promovendo o restabelecimento das funções familiares e a consequente resolução consensual dos conflitos.

Sobre o assunto, Ferreira (2012, p. 15) bem disserta:

> É obrigação de todos os profissionais que atuam na área a tentativa de preservação da família, ainda que tenha havido separação entre os pais. Trata-se de um dever não só do magistrado, mas também do advogado, defensor público e promotor tentar a conciliação para obtenção de um acordo. No âmbito do direito de família o trabalho com a equipe multidisciplinar é de suma importância, eis que as partes que litigam no juízo de família, ao discutirem questões de cunho patrimonial, guarda de filhos ou alimentos estarão trazendo à tona outros sentimentos.

Assim, acredita-se que a escuta psicológica e o olhar de um profissional de Serviço Social podem se fazer fundamental na compreensão das controvérsias, auxiliando, até mesmo, a encontrar fatores ocultos nas relações familiares como, por exemplo, casos de alienação parental, que tanto prejudicam o desenvolvimento da criança e as relações familiares.

Para Barroso (2018), a multidisciplinaridade no processo de mediação de conflitos vem para modificar a cultura de litígio que tem sido observada nos últimos anos no Brasil, onde se percebe uma transferência de poder para juízes e tribunais, sendo essencial que essa cultura seja modificada, demonstrando a partir de um ponto de vista multidisciplinar como os conflitos podem ser resolvidos.

Na opinião de Almeida (2018), a mediação perpassa pelo trabalho multidisciplinar de profissionais do Direito, da Psicologia, da Antropologia, da Filosofia, da Sociologia e do Serviço Social, convidando os media-

dores para um olhar multifocal do conflito, reconhecendo e articulando os diferentes fatores que envolvem o processo como sociais, legais, emocionais e financeiros. Pereira (2007) complementa afirmando que o trabalho multidisciplinar no processo de mediação amplia a compreensão do sujeito, com ferramentas valiosas que possibilitam o conhecimento sobre as relações entre indivíduos, sejam partes de um processo ou operadores de direito.

A questão da mediação no direito português na promoção da mediação, de acordo com Brandelli (2012, p. 20) pode ser vista após a reforma de 2008, que modernizou o serviço notarial:

> Com o novo estatuto do notariado, os tabeliães portugueses ingressaram de vez no notariado do tipo latino, dando o passo que faltava rumo à sua modernização, uma vez que revestido já das demais características essenciais para tanto, indicativas da boa evolução da função notarial. Nesse sentido, o notariado português, além da evidente fé pública de que é dotado, possui uma (1) independência no labor de qualificação típica dos melhores sistemas notariais, realizando a polícia jurídica quanto à ilicitude dos atos que pratica, além de (2) ser verdadeiro assessor jurídico das partes, recebendo e moldando a vontade destas e informando as sobre os efeitos jurídicos de seus atos.

Para Barros (2019, p. 91), essa desjudicialização trazida pela atuação dos notários tanto no Brasil quanto em Portugal é uma forma de acesso à justiça:

> O "Fenômeno da Desjudicialização" tornou-se uma ferramenta fundamental para acesso à justiça por vias extrajudiciais. De fato, além de formalizar documentos imprescindíveis da vida civil, os documentos são providos de fé pública e segurança jurídica que abalizam como se fossem despachados por um Magistrado. Através da Desjudicialização, os titulares de Cartórios passam a atuar com alguns institutos que antes eram exclusivos de Juízes, diminuindo as demandas para estes profissionais do Poder Judiciário. Configura-se um grande avanço da Desjudicialização aprimorar as ações dos profissionais operadores do direito que desenvolvem e

> aplicam as soluções extrajudiciais e pacíficas. Portanto, a utilização de meios alternativos de formalização de demandas não judiciais se apresenta como uma via administrativa eficiente que oferece solução jurídica à vários atos da vida civil. Vale dizer, a Desjudicialização é uma opção à via jurídica, uma alternativa frente ao padrão estabelecido no âmbito do Poder Judiciário e com benesses da celeridade e da segurança jurídica, fé pública e custas mais baratas. Essas são as principais facilitações trazidas pela desjudicialização, uma maneira eficaz de acesso à Justiça.

Um exemplo significativo dessa busca pela desjudicialização dos conflitos é o divórcio no Brasil e em Portugal que, em caso de consentimento de ambas as partes, pode ser resolvido por mediação no próprio cartório. A partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, o § 6º do art. 226 da CF/1988 foi alterado, deixando uma nova redação clara de que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

A principal alteração foi o fim da espera por um período de dois anos para o divórcio, fato que gerou inúmeras discussões acerca do fim da separação judicial, assunto tratado no tópico seguinte. De acordo com Sant'Anna (2010), a Emenda constitucional nº 66/2010 veio para desburocratizar os procedimentos que retardavam o divórcio, haja vista que anteriormente a esta Emenda para o divórcio era necessário inicialmente requerer a separação judicial e esperar por um ano ou comprovar que já estão separados há dois anos.

Assim, atualmente, a única exigência para o divórcio é que se esteja casado, havendo três caminhos a serem seguidos, sendo o mais complicado deles quando um dos cônjuges se nega a conceder o divórcio, se fazendo necessário o divórcio judicial litigioso, um pouco mais complexo, mas também conseguido de imediato, contanto que se entre em acordo em relação à pensão alimentícia, guarda dos filhos e partilha de bens.

Dessa forma, como se pode perceber, a Emenda Constitucional nº 66/2010 provocou reflexos em todo o ordenamento jurídico brasileiro referente ao Direito de Família pelo fato de, anteriormente haver um período determinado para que fossem resolvidos os problemas decorrentes do fim do matrimônio, tais como pensão alimentícia, guarda dos filhos (em caso de haver filhos gerados no casamento), partilha de bens, enfim, tudo que envolvesse o fim do casamento.

Com o divórcio sendo feito de imediato e os cônjuges logo em seguida podendo contrair novas núpcias, inúmeras foram as discussões em torno do assunto, exigindo adaptações do ordenamento jurídico brasileiro em todos os aspectos que envolvem o Direito de Família. Levando em consideração todos os reflexos da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 para ordenamento jurídico. De acordo com Accioly (2013), há desjudicialização no direito notarial português em demandas diárias da vida civil, assim como no Brasil, no divórcio, na partilha e no inventário.

4. CONCLUSÃO

Verificou-se que os cartórios se configuram como palco da realização de atividades notariais e registrais, sendo os responsáveis por estas somente possíveis de assumir a partir da aprovação em concurso público, fato que foi uma evolução trazida com o avanço social, já que por muitos anos se configurou como uma atividade passada entre familiares, de pai para filho, ficando na família até que o detentor quisesse vendê-la como um título. Hoje, essa venda não é mais permitida, sendo uma atividade irrevogável desde que não se tenha uma conduta do notário ou registrador capaz de lhes retirar o direito de exercer suas atividades.

Os notários e registradores, enquanto serviço público, apesar de sua natureza privada, devem obediência aos princípios gerais da Administração Pública da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, sendo a publicidade o próprio fim buscado por esse serviço. E ainda, obediência a princípios específicos dessas atividades, que são o da inscrição, o da publicidade, o da presunção da verdade, o da prioridade, o da especialidade ou determinação dos registros, o da qualificação, da legalidade ou da legitimidade, o da continuidade e da instância ou rogação, bem como da fé pública, que é um dos principais mencionados na jurisprudência.

Ao final deste estudo, foi possível verificar que Brasil e Portugal vivem momentos semelhantes no âmbito do Direito, com uma busca pela desjudicialização dos conflitos, com vistas a desafogar o Judiciário e dar celeridade à resolução dos mesmos. Com isso, muitas demandas passaram a ser resolvidas por meio da mediação e com rápida resolução nos cartórios, desde que seja da vontade de ambas as partes.

Em meio a esse processo de desjudicialização, a figura do notário foi modificada, passando a atuar como um assessor jurídico, recebendo e moldando a vontade destas demandas e informando-as sobre os efeitos jurídicos de seus atos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Pedro. **Uma breve evolução do notariado**, 2013.

ALEMÃO, Ivan. Reforma da execução em Portugal – desjudicialização ou privatização? **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, X, n. 41, maio 2007.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e Conciliação: Dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediare**. 2016. Disponível em: http://www.mediare.com.br/2016/03/02/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/. Acesso em: 25 abr. 2018.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e princípio da solidariedade humana. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E SOLIDARIEDADE. Organizado por Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IBDFAM: Lúmen Júris, 2008.

BARROS, O fenômeno da desjudicialização e as competências exercidas pelos cartórios extrajudiciais no Brasil. Bibliografia, f. 95-105. 2016. Dissertação (Mestrado. Direito. Ciências Jurídicas) –Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2016. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf Acesso em: 25 abr. 2018.

BOLZANI, Henrique. **A Responsabilidade Civil dos Notários e dos Registradores**. São Paulo: LTR, *2007.*

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL**. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília: DOU, 21/11/1994.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação – teoria e prática na formação do mediador**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMPARADO, XIII. **A actividade notarial e registral**: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **O regime jurídico da função pública e sua fiscalização pelo Poder Judiciário**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *In*: CAHALI, Francisco José. **Escrituras públicas**: **separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Regina Helena Fábregas. **O Processo Civil Contemporâneo e a Efetividade dos Métodos Alternativos à Jurisdição – especialmente a Mediação e/ou a Conciliação – na esfera do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

GALLO-ORSI, Gianfranco; GIRINO, Giovanni. Notariato. In: _____. **Nuovissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1967.

KONTZE, Karine Brondani; AQUINO, Quelen Brondani de. **O novo enfoque dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à mediação judicial como meio complementar de resolução de conflitos**. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE

CONTEMPORÂNEA E VII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2015.

MENEZES, João Ricardo da Costa. **Colégio Notarial do Brasil**. CNB-CF, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVESKI, Patrícia Marques. **Acesso à justiça**. Ijuí: Unijuí, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. **Registros públicos e notas**: natureza jurídica do vínculo laboral de prepostos e responsabilidade de notários e registradores. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004.

SALES, Lilia Maia de Morais. A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. **Pensar**. Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set./dez. 2016.

_____. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. Revista de Informação Legislativa. **Brasília**, ano 48, n. 192, out./dez. 2011.

SALES, Lilia Maia de Morais; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 35, n. 69, p. 255-280, 2014.

SALES, Lilia Maia de Morais; RABELO, Cilana de Morais Soares. Meios consensuais de solução de conflitos Instrumentos de democracia. **Brasília**, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Divórcio Após a Emenda Constitucional 66/2010**: Teoria e Prática. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

SANTANA, José Batista. **A mediação como mecanismo de solução dos conflitos trabalhistas**. 2003. Dissertação (Mestrado) – Progra-

ma de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O notariado brasileiro perante a Constituição Federal. **Revista de Direito Imobiliário**, n. 48, ed. 81, 2007.

SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIX, n. 147, abr. 2016.

SOUZA, Carla Faria de. **A Função Notarial na Realidade Jurídica Brasileira**. 2013. TCC (Pós-graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TAVARES, F. H. **Mediação e Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OS PRECEDENTES COMO MECANISMO DE CELERIDADE PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Francisco de Assis Pessanha Filho[37]

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 joga luz sobre a Teoria dos Precedentes. É inegável que o *status* dos precedentes se elevou com o atual *codex*, restando inexorável a conclusão de que a sua observância trará dois grandes benefícios ao Poder Judiciário, quais sejam, a segurança jurídica e a celeridade processual. A primeira benesse salta aos olhos na medida em que se vislumbra que casos idênticos ganharão decisões similares, fato que traz conforto aos operadores do direito e, sobretudo, à sociedade de um modo geral. Não há que se aceitar que "vizinhos de porta" em um prédio encontrem soluções díspares em processos ajuizados simultaneamente, pelo mesmo ato ilícito de uma concessionária de serviços públicos, por exemplo. O segundo benefício, qual seja, a celeridade processual, ganha corpo na medida em que, ao menos em tese, a sociedade saberá, de antemão, as chances de sucesso no ajuizamento de uma futura demanda, deixando de propor aquelas fadadas ao fracasso. Além disso, o julgador demandará menos tempo para a verificação da conformidade do caso con-

37 Pós-graduado em Processo Civil pela UNISC. Mestrando pela UNESA. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

creto com o precedente já estabelecido do que fazendo um julgamento inédito, dispendendo as forças de trabalhos em um maior quantitativo de processos.

Frise-se, por oportuno, que essas medidas são aquelas asseguradas pelo legislador, havendo que se destacar a "cultura demandista" do brasileiro, que caminha ao lado da ineficácia dos mecanismos de soluções administrativas das controvérsias disponibilizados pelas grandes empresas, litigantes habituais.

A consecução da implementação da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, consoante o disposto no artigo 926 do Código de Processo Civil, é pilar de sustentação da segurança jurídica e da celeridade processual. No entanto, para assegurar o cumprimento da meta, necessário se faz o estabelecimento da Teoria dos Precedentes, de forma contumaz.

1. TEORIA DOS PRECEDENTES X INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO

O novo Código impõe aos tribunais a obrigação de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, *ex vi* do seu artigo 926. A simples positivação desses princípios acarreta uma série de alterações decorrentes de suas observâncias, todas de salutar importância para a célere e justa entrega da prestação jurisdicional.

À medida que os julgadores passam a ter a obrigação de manter íntegra e coerente a jurisprudência, há evidente prestígio à verticalização dos julgados, sendo certo que a parte, antes de judicializar a questão, tem a oportunidade de analisar as suas chances de sucesso. Além disso, diminuem os riscos de que sejam proferidas decisões discrepantes para hipóteses idênticas. Assim sendo, cabe ao julgador observar os precedentes das Cortes Superiores, além daqueles proferidos em seus respectivos Tribunais, aumentando-se de forma substancial a possibilidade de uma jurisprudência mais sólida e coerente.

Em razão da observância dos precedentes, também se pode afirmar que o número de decisões unipessoais tende a diminuir, seja em razão do menor espaço em que encontrará respaldo legal, seja devido à necessidade de subsunção das questões ao colegiado, foro que deve ser a regra – jamais a exceção – do enfrentamento das questões recursais.

Em relação às decisões unipessoais, é pertinente trazer à baila o Enunciado nº 462, do Fórum Permanente de Processualistas Civis *in verbis:* "É nula a decisão do relator que julgar monocraticamente o mérito do recurso, sem demonstrar o alinhamento de seu pronunciamento judicial com um dos padrões decisórios descritos no art. 932." Desta feita, tem-se que a nulidade supracitada encontra fundamento no argumento de que o relator, agindo dessa forma, estará usurpando a "competência funcional do órgão colegiado".

Resta evidente que há nulidade nas decisões monocráticas proferidas em desconformidade com as estreitas hipóteses permissivas em lei. Por outro lado, embora se apresente como altamente benéfica a positivação da obrigatoriedade da observância aos precedentes, tem-se, em contrapartida, uma grande inflexão do julgador para a exposição de seu convencimento pessoal.

Sobre o tema, revela-se pertinente trazer à baila as ponderações da doutrina de Lênio Streck (2010) *in litteris*:

> **Ora, o Direito possui uma dimensão interpretativa. Essa dimensão interpretativa implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e a coerência devem garantir o DNA do direito nesse novo paradigma**. Para ser mais claro: quero dizer com isso que, em última *ratio*, levando em conta as inexoráveis possibilidades de o Parlamento aprovar leis ou emendas constitucionais 'de ocasião' (inconstitucionais), a jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988! **Entretanto — e esse é motivo pelo qual defendo uma Teoria da Decisão — isso não depende (e não pode depender) da visão solipsista (consciência individual) de juízes ou tribunais**.

Neste ponto, revela-se pertinente a harmonia entre a discricionariedade regrada do magistrado na aplicação do direito ao caso concreto e a necessidade de observância da Teoria dos Precedentes, de modo que a decisão estará adequada na proporção em que for observada a autonomia do direito, despida de discricionariedade imotivada, sendo respeitada a

coerência e a integridade do direito, mediante circunstanciada fundamentação, como forma de obstar à interpretação solipsista e desconectada da manifestação do órgão colegiado e da doutrina como um todo. Assim, quando da apreciação das questões postas em juízo submetidas à sua apreciação, o julgador deve adequar os fatos às decisões pretéritas, fazendo o exercício de deixar transparecer suas convicções pessoais, seja no campo doutrinário, seja nas questões fáticas apresentadas dentro do processo.

No mesmo sentido, expressa o Enunciado nº 172 do FPPC: "A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória." Por seu turno, em termos de regramento, o artigo 10, parágrafo único, da Resolução CNJ n° 106/2010, dispõe que a ressalva de entendimento do magistrado em favor da aplicação da jurisprudência sumulada pelo Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais superiores se constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento.

Conclui-se que não há divergência a respeito da aplicação dos precedentes, com a ressalva de entendimento do magistrado, fato que até mesmo constitui elemento valorativo para efeito de promoção.

2. SÚMULA VINCULANTE

Quando se abordam os temas "celeridade processual" e "segurança jurídica", há que se destacar o papel das súmulas vinculantes. Não obstante o foco do presente estudo seja o papel dos precedentes nesse contexto, é inegável que a novidade trazida pela Emenda Constitucional n° 45 merece uma abordagem, ainda que superficial. Inseriu-se na Constituição Federal o artigo 103-A, *caput*, estabelecendo que mediante decisão de dois terços do Supremo Tribunal Federal seria aprovada súmula de efeito vinculante.

As súmulas vinculantes se inserem perfeitamente no contexto ora estudado, no sentido de emprestar aos julgadores mecanismos hábeis a afastar a insegurança jurídica, permitindo uma solução mais rápida da controvérsia, fato que, por certo, contribuirá para uma prestação jurisdicional mais célere. A disparidade de soluções para casos de alta intensidade considerados semelhantes justificou a criação desse modelo, tornando-o um poderoso instrumento de consolidação de funcionalidade e segurança jurídica, impregnado nos movimentos reformistas, conforme Arruda (1998) e Almeida (2014).

O importante para a pesquisa ora desenvolvida são efeitos das súmulas vinculantes. Diz-se que uma decisão judicial produz efeitos quando ela começa a alterar a realidade fática, portanto, produzir efeitos é mudar a realidade. Súmula de efeito vinculante significa dizer que, na prática, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública são obrigados a respeitar o seu teor no exercício de suas funções, consoante Almeida (2014).

3. DE *OBTER DICTUM A RATIO DECIDENDI*

Em apertada síntese, o precedente pode ser conceituado como a decisão judicial aplicada, *a priori*, apenas ao caso concreto, porém, com sua razão de decidir (*ratio decidendi*) idônea a ser utilizada como diretriz no julgamento de demandas análogas futuras, sendo definido, nas palavras de Freddie Didier Jr. (2010), "como uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos".

A doutrina de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12) indica os elementos que compõem o precedente. Assim, nas lições dos referidos autores, "todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório".

Por sua vez, sobre o obter *dictum*, a doutrina de Daniel Mitidieiro (2012, p. 61-69) assim ensina:

> O *obter dictum* (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutica que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ("prescindível para o deslinde da controvérsia").

A extração do argumento principal, denominado de *ratio decidendi*, dos fundamentos periféricos, ou seja, o *obter dicta*, constitui questão de relativa complexidade, tendo em vista que se mostra intrínseca à subjetividade

do julgador, não sendo relevante a identificação de qual posição diante da aplicação do precedente este se encontre, conforme esclarece Almeida (2014, p. 168).

4. *STARE DECISIS ET NO QUIETA MOVERE*

O princípio básico para a doutrina do *stare decisis et no quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) é obrigar o magistrado do caso posterior a adotar, no julgamento do caso *sub judice*, a mesma resolução postulada anteriormente em casos análogos, de acordo com Tucci (2004, p.161). Com efeito, diante da adoção do sistema do *stare decisis*, a relevância da jurisprudência foi alçada ao patamar constitucional capaz de garantir o direito fundamental à duração razoável do processo e à segurança jurídica, com a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, o que permite às partes anteverem o destino provável da resolução do caso concreto.

O Diploma Processual optou por positivar disposições sobre precedentes vinculantes, a partir de uma valoração específica no sistema pátrio, tendo como premissa a sua importância enquanto instrumento otimizador da justiça. Ademais, como consectário da adoção ao *stare decisis*, o artigo 927 elenca um rol de decisões que deverão ser seguidas em julgamentos posteriores sobre a matéria, dentre as quais, à luz do ordenamento jurídico vigente, verifica-se que as novidades normativas são restritas às hipóteses previstas nos incisos II, IV e V, além dos respectivos parágrafos, que positivaram as técnicas de superação dos precedentes.

Com efeito, a aplicabilidade dos precedentes ocasionou mudanças significativas em diversos institutos do ordenamento processual, dentre as quais merecem destaque: a) a implantação do dever de fundamentação exauriente, previsto no artigo 489, §1º, VI, do Diploma Processual; b) a tutela de evidência com base em precedente dos Tribunais Superiores (artigo 311, II); c) a improcedência liminar do pedido, segundo certos precedentes ou súmulas (artigo 332, I a III); d) a dispensa de remessa necessária em casos decididos pelos precedentes (artigo 496, § 4º, I a III); e) a dispensa de caução em execução provisória de decisão pautada em precedentes (artigo 521, IV); f) a possibilidade de decisão pelo relator em atenção a precedentes e súmulas (artigo 932,

IV e V, e artigo 955, I e II); g) a vinculação à tese em assunção de competência (artigo 947, § 3º); h) a vinculação à tese do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 985, I e II); i) a repercussão geral presumida com a negativa de jurisprudência firmada pelo STF (artigo 1.035, § 3º, I e II), j) a aplicação da tese firmada em repetitivo nos recursos sobrestados (artigo 1.039). Essa questão será abordada de forma mais detida na seção 6 do presente estudo.

Em outro passo, com o escopo de formação e vinculação dos precedentes, o legislador introduziu institutos jurídicos, dentre os quais ganham destaque: a) o incidente de assunção de competência (artigo 947); b) o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976); c) os recursos extraordinário e especial repetitivos (artigo 1.036), e d) a ampliação dos embargos de divergência, podendo ser fundados na divergência com outras decisões do órgão (artigo 1.043).

Sobre o tema, relevante trazer à baila a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 978):

> A par dessa sólida jurisprudência, que muito contribuirá para a solução mais rápida dos processos, o NCPC instituiu mecanismos de enfrentamento das causas repetitivas, cuja função é não só simplificar e agilizar o julgamento em bloco das ações e recursos seriados, mas também participar, de modo efetivo, do programa de minimização do grave problema dos julgamentos contraditórios. Todo esse conjunto normativo forma um sistema procedimental inspirado na economia processual, que objetiva, de imediato, o cumprimento da garantia constitucional de um processo de duração razoável e organizado de modo a acelerar o encontro da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII). A meta, entretanto, desse sistema vai muito além da mera celeridade processual, pois o que, sobretudo, se persegue é implantar à segurança jurídica e ao tratamento igualitário de todos perante a lei, tornando pronta e previsível a resolução dos conflitos jurídicos.

Portanto, o estudo nos revela que a doutrina do *stare decisis et no quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) passa, necessariamente, pela observância do microssistema de formação

concentrada de precedentes, que, por sua vez, pressupõe a extração da *ratio decidendi* dos julgados, para aplicação em casos futuros e análogos.

5. SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Em breve síntese, tem-se que a observância do precedente será afastada, tanto na hipótese de demonstração de disparidade fática entre o caso dos autos e a *ratio decidendi* do paradigma, quanto na eventualidade de evolução legislativa ou social vigente à época da sua formação, que torne a aplicação, total ou parcial, uma resolução injusta para o caso concreto. O mecanismo é altamente salutar, tendo em vista que a sociedade é dinâmica, as relações sociais e econômicas se transformam a cada dia, sendo imperiosa a possibilidade de a jurisprudência e os precedentes acompanharem esse movimento, sempre mirando no horizonte o Princípio da Razoabilidade.

Quando se adota a doutrina do *stare decisis*, "o afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o 'princípio de presunção a favor do precedente'", fator tratado por parte da doutrina norte-americana como *treat like cases alike*, conforme Zanetti (2019, p. 319). Assim, para que haja a excepcional superação, existem algumas técnicas, que passamos a abordar, tais como: *Distinguishing*, *Overruling*, *Overriding e Transformation*, de acordo com Almeida (2014).

5.1. DISTINGUISHING

O *distinguishing* é uma técnica de utilização dos precedentes, típica da *Common Law*, através da qual se afasta, excepcionalmente, a aplicação da decisão apontada como paradigma pela constatação de um substrato fático relevante distinto da *ratio decidendi* extraída do precedente, sendo relevante pontuar que o ônus da demonstração da exceção fática incumbe tanto às partes quanto ao julgador.

Nesse ponto, revela-se pertinente a transcrição parcial da doutrina de José Miguel Medina (2017, p. 905-906):

> No *Commom Law*, entende-se por *distinguishing* a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por con-

> siderar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual. A distinção não se confunde com a superação de orientação, pois o afastamento do procedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas a sua não aplicação em determinado caso concreto[...].

5.2. OVERRULING

Em outro passo, o *overruling* consiste numa técnica de utilização dos precedentes, por meio da qual o órgão julgador rompe com a tese até então estabelecida, quando constata que a *ratio decidendi* estava equivocada ou mesmo na situação em que, diante de mudanças significativas na sociedade, for diagnosticado que a reprodução da interpretação pretérita ensejaria um julgamento injusto, consoante Wambier (2012, p. 40).

A doutrina de Fredie Didier Júnior (2015, p. 494) apresenta as seguintes ponderações:

> *Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.

5.3. OVERRIDING

De outro giro, o *overriding* é a situação em que o tribunal, sem superar totalmente o precedente, realiza a restrição de seu âmbito de incidência em virtude da superveniência de preceito normativo (regra ou princípio), o que enseja a superação ou a revogação parcial da tese.

Não obstante o instituto do *overriding* se aproxime do *distinguishing*, o primeiro decorre de novo posicionamento jurídico sobre o tema, ao passo que no *distinguishing* a incidência do precedente é afastada por questão fática peculiar e relevante no caso concreto, que é diversa da prevista no paradigma.

A adoção do sistema anglo-saxão do *Stare Decisis* e a sua relevância para a garantia dos Princípios da Segurança Jurídica e da Igualdade foram objeto de julgamento no Excelso Supremo Tribunal Federal, *in litteris*:

INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. **VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULING*) DO PRECEDENTE**. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB – na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. **O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que "densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação".** (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que "impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos". (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação,

da jurisprudência ao precedente. Revista do Tribunais, São Paulo: 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais "é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária." (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implica ou implicará inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: "é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva". 10. Recurso extraordinário desprovido. (grifo nosso)[38]

5.4. TRANSFORMATION

Por sua vez, a *transformation* se dá quando os Tribunais revogam uma doutrina preestabelecida, utilizando uma posição anterior àquela que até então imperava, sem o fazer expressamente, podendo-se dizer que, na realidade, ocorreu uma revogação parcial do precedente. A distinção desta técnica para o *overruling* é exatamente a falta de menção expressa na primeira. Por outro lado, o risco trazido pelo uso dessa técnica salta aos olhos, pois a omissão pode acabar na falta de percepção e de conhecimento do fato pelas Cortes inferiores.

6. OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES = CELERIDADE PROCESSUAL

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 655265. Relator: Ministro LUIZ FUX Relator(a) para o Acórdão: Ministro EDSON FACHIN, Tribunal Pleno. Julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, Diário de Justiça eletrônico 164. Divulgado em 04-08-2016. Publicado em 05 ago. 2016.

Uma interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil leva à inexorável conclusão de que o legislador almejou a implementação da "cultura dos precedentes", cuja finalidade é o alcance da segurança jurídica o que, por consequência, acarretará a tão almejada razoável duração do processo. No entanto, esses objetivos devem ser alcançados sem que princípios constitucionais, como o devido processo legal e a ampla defesa, sejam arranhados. Nesse sentido, cuidou o legislador de tratar a Teoria dos Precedentes de forma ampla, fazendo-a permear em várias áreas do código de processo, como no cumprimento de sentença, no duplo grau obrigatório e no conflito de competência, por exemplo. Aqui, faz-se pertinente trazer à baila as palavras de Eduardo Cambi (2015):

> O novo Código de Processo Civil procura romper com as práticas de decisão conforme a consciência e com a falta de integridade no processo decisório do Judiciário brasileiro, para impedir a proliferação de demandas, a insegurança jurídica, a desigualdade social e o cometimento reiterado de arbitrariedades, a partir de julgamentos subjetivistas e com considerável déficit democrático.

O que se busca é extirpar do ordenamento decisões solipsistas que, por vezes, afetam a coletividade e se chocam com orientações superiores.

Como exposto, a aplicabilidade dos precedentes se espraia e entremeia por vários ramos e vertentes do código de processo, podendo-se destacar que o legislador realmente "levou a sério" a implantação da "cultura dos precedentes". Afirma-se isso tendo em vista a conjugação de vários artigos. Alguns exemplos:

- O artigo 332, I a IV autoriza o julgamento liminar do pedido, caso esteja em desacordo com os precedentes;
- O artigo 496, § 4°, dispensa a submissão do duplo grau de jurisdição, se a sentença estiver fundada precedentes;
- O artigo 311, II autoriza a concessão de tutela de evidência, se houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes;

- O artigo 932, IV e V autoriza o provimento ou desprovimento do recurso quando contrário, ou não, aos precedentes;
- O artigo 955, parágrafo único, I e II autoriza o julgamento, de plano, do conflito de competência, quando a decisão se fundar em precedentes;
- O artigo 1030, I, "a" e "b" autoriza a autoridade competente a negar seguimento a recurso extraordinário ou especial, interposto contra acórdão proferido em conformidade com os precedentes;
- O artigo 521, IV dispensa a caução, em cumprimento provisório de sentença, se a decisão estiver em conformidade com os precedentes.

Como se vê, a observância dos precedentes qualificados ganhou corpo e espraiou-se pela tutela, pelo cumprimento de sentença, pelos recursos extraordinários e especiais etc.

O antídoto para a não observância da aplicação das teses vinculantes está disposto de forma clara na legislação:

- O artigo 489, § 1° dispõe que se considera nula a sentença que deixar de seguir precedente sem fazer o necessário *distinghishing*;
- O artigo 988, II, III e IV prevê o cabimento de reclamação para garantir a observância dos precedentes.

O arcabouço legal de regência é forjado no sentido de dar eficácia à observância dos precedentes, o que se demonstra deveras salutar, eis que trará segurança jurídica, celeridade processual e, ainda, desestimulará o ajuizamento e proliferação de demandas frívolas. Nesse ponto, pertinente trazer à baila as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso (2019), o qual leciona que:

> [...] a jurisprudência dominante ou sumulada projeta ainda, como externalidade positiva, um *efeito preventivo geral* ao interno da coletividade, ao desestimular a judicialização de pretensões que se opõem em senso diverso ou contrário aos entendimentos assentados, o que contribui para amenizar o demandismo judiciário e, consequentemente, a sobrecarga da Justiça estatal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo revela que a Teoria dos Precedentes, uma vez implantada e se fazendo presente de forma contundente, agregará valores inestimáveis ao Poder Judiciário. Atento a essa realidade, o atual *codex* tratou de emprestar papel de destaque ao assunto, fazendo valer a força vinculante dos precedentes, permitindo seu espraiamento em vários momentos processuais, como no cumprimento de sentença, no duplo grau obrigatório, no resultado definitivo dos recursos excepcionais etc., como abordado na seção 6.

Além disso, o CPC/15 também inovou em relação à Teoria dos Precedentes ao consagrar a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos, o incidente de resolução de demanda repetitivas, o incidente de assunção de competência, mecanismos que criam os precedentes qualificados, cuja observância da *ratio decidende* será obrigatória. Não há que se falar em violação à independência funcional do magistrado ao aplicar os precedentes, podendo haver a ressalva de entendimento pessoal, sem que haja mácula na decisão em razão disso. A regra é a observância do precedente, valendo citar o "princípio de presunção a favor do precedente", fator tratado por parte da doutrina norte-americana como *treat like cases alike*. A exceção é o afastamento ou a superação, o que somente encontrará espaço mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador.

Interessante observar que a extração da *ratio decidendi* dos julgados se torna deveras importante, pois a partir daí o julgador procederá ao cotejo do precedente com o caso a ser analisado, para que haja o juízo de conformação, se for a hipótese. A doutrina adotada é do *stare decisis et no quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) cujo princípio básico é obrigar o magistrado do caso posterior a adotar, no julgamento do caso *sub judice*, a mesma resolução emprestada anteriormente em casos análogos.

Desta feita, à luz das premissas supracitadas, conclui-se que o sistema de precedentes instituído no Código de Processo Civil de 2015 ensejou na ampliação da atuação dos tribunais, que não mais se encontra restrita ao preenchimento de lacunas da lei, mas na uniformização da inteligência dos enunciados das normas (regras e princípios) que formam o ordenamento jurídico (direito positivo), em prestígio aos Princípios da Segu-

rança Jurídica e da Celeridade Processual, pressupostos inarredáveis ao Estado Democrático de Direito.

As linhas finais do presente estudo são no sentido de que o aperfeiçoamento da formação dos precedentes qualificados permite a fixação de teses jurídicas, de observância obrigatória, salutar à implantação da "cultura dos precedentes", mecanismo de base para um ordenamento norteado pela segurança jurídica e celeridade processual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedente Judicial**: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá. 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL**. Lei nº 13.105/2015.** Código de Processo Civil. Art. 489. São elementos essenciais da sentença [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655265**. Relator: Ministro LUIZ FUX, Relator(a) para o Acórdão: Ministro EDSON FACHIN, Tribunal Pleno. Julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. Diário de Justiça eletrônico 164. Divulgado em 04-08-2016. Publicado em: 05 ago. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Normas Fundamentais. Salvador: JusPodium, 2016.

CAMBI, Eduardo. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** v. 241, mar. 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de processo civil**: comparativo com o código de 1973. Salvador: JusPodivm, 2016.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC:** Normas Fundamentais. Salvador: JusPodium, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes.** Salvador: JusPodium, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 905-906.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 206, p. 61-69, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2019.

_____. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo,** v. 235, set. 2014.

RESUMOS

LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A (IN) EFETIVIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO A PARTIR DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AJUIZADAS EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE URBANA

Eduardo Faria Fernandes[39]

INTRODUÇÃO

A pesquisa em curso, desenvolvida em nível de doutoramento no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, busca realizar uma análise crítica acerca da efetividade da estratégia de judicialização de políticas públicas à efetivação do direito à cidade sustentável. A partir de um estudo de caso sobre um conjunto de 34 (trinta e quatro) ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) em face do Município de Niterói e da Empresa Municipal de Moradia, Urbanismo e Saneamento (Emusa), a pesquisa

39 Doutorando em Direito – PPGD/Unesa. Mestre em Direito Constitucional – PPGDC/UFF. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Município de Niterói. Advogado.

em desenvolvimento analisa a efetividade da tentativa do controle judicial das políticas públicas municipais concernentes à promoção da sustentabilidade urbana e, especificamente, à mitigação de riscos de geológicos que ameaçam núcleos urbanos informais presentes no território municipal.

Nesse contexto, a pesquisa buscou, primeiramente, investigar a hipótese inicial que sugere a baixa efetividade das ações civis públicas, que compõe o objeto do estudo de caso. Questão esta que foi superada, uma vez que os resultados obtidos no atual estágio dos trabalhos já revelam que, em geral, as decisões judiciais que impõem – seja liminar ou definitivamente – obrigações de fazer à municipalidade não produzem os resultados que almejam.

Assim, confirmada a baixa efetividade das ações civis públicas analisadas, a hipótese a ser trabalhada nas etapas subsequentes da pesquisa sugere que a efetivação do direito fundamental a cidades sustentáveis está relacionada a problemas estruturais decorrentes de falhas crônicas nos processos de planejamento e desenvolvimento de políticas públicas necessárias ao enfrentamento da questão. A confirmação dessa hipótese, por sua vez, permitirá enquadrar a questão de fundo que conecta todo o conjunto de ações estudadas como um problema estrutural.

A parte final da pesquisa, portanto, seria uma análise crítica aos resultados dos processos que integram o objeto do estudo à luz de uma perspectiva própria aos chamados processos estruturantes.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O adequado encadeamento das ideias e resultados obtidos ao longo do desenvolvimento da pesquisa impõe a investigação do fenômeno da judicialização da política, enfrentando, especificamente, as peculiaridades inerentes à judicialização de problemas estruturais, que, como parece ser o caso daqueles relacionados à efetivação do direito à cidade sustentável, transbordam o alcance das regras do processo civil ordinário.

O estudo do tema processos estruturantes pautar-se-á em trabalhos desenvolvidos por autores nacionais e estrangeiros, como Sergio Cruz Arenhardt e Owen Fiss, com o objetivo de, primeiramente, verificar a viabilidade de enquadramento dos problemas relacionados à efetivação do direito à cidade sustentável como estruturais, para, a seguir,

sob uma ótica estrutural, analisar criticamente o desenvolvimento dos resultados dos processos que integram o objeto da pesquisa empírica em desenvolvimento.

METODOLOGIA

A pesquisa em curso tem como objetivo investigar a efetividade do ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) como estratégia para o controle judicial de políticas públicas de responsabilidade do Município de Niterói relacionadas à promoção do direito à cidade sustentável.

O problema central que orienta o desenvolvimento da pesquisa em curso reside em saber se o ajuizamento de ações civis públicas pelo MPRJ para instrumentalizar a pretensão de condenar o Município de Niterói e a Empresa Municipal de Moradia, Urbanismo e Saneamento (Emusa) à execução de intervenções urbanísticas voltadas à mitigação de riscos geológicos constatados em núcleos urbanos informais presentes no território municipal tem se revelado efetivo. Ou seja, na prática, passados mais de dez anos após o ajuizamento das primeiras ações, a estratégia adotada alcançou os resultados pretendidos?

A proximidade do pesquisador – que, atualmente, ocupa o cargo de Procurador do Município de Niterói com atribuição de atuar em litígios que versem sobre questões ambientais e urbanísticas de interesse da fazenda pública municipal – com os referidos casos concretos levaram ao questionamento a respeito dos resultados práticos obtidos com as ações civis públicas ajuizadas e à formulação da hipótese inicial de que, mesmo após uma década de tramitação processual, tais ações não alcançaram os objetivos pretendidos.

A partir dos resultados já alcançados, formulou-se uma hipótese subsequente, de que a baixa efetividade daquelas ações estaria diretamente relacionada ao fato de que, por caracterizar-se como um problema estrutural, o desafio de promover o direito à cidade sustentável exigiria um tratamento diferenciado por parte dos sujeitos envolvidos nos procedimentos judiciais que discutem tal matéria.

Assim, considerando que o tema de fundo é objeto de um grande número de ações judiciais – individuais e coletivas – ajuizadas tanto por

particulares quanto por instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na delimitação do objeto do estudo de casos optou-se por um conjunto de 34 (trinta e quatro) ações civis públicas ajuizadas pelo MPRJ contra o Município de Niterói e a Emusa entre os anos de 2010 e 2012. O recorte adotado se justifica em função do fato de que a semelhança entre as ações selecionadas – que seguem um padrão no que tange aos pedidos formulados, às respectivas causas de pedir e à fundamentação de direito apresentada – contribui para a comparação dos resultados obtidos sem que se façam necessárias muitas ressalvas relativas às peculiaridades dos casos concretos.

Desde o início dos trabalhos, os dados dos processos selecionados vêm sendo reunidos com o objetivo de descrever os aspectos fáticos e jurídicos que influenciaram nos resultados alcançados até o momento.

Concomitantemente a essa etapa empírica, como o objetivo preliminar de confirmar ou não a hipótese de que a efetivação do direito a cidades sustentáveis estaria atrelado a problemas estruturais, está em curso pesquisa à luz da doutrina nacional e estrangeira com foco nas discussões doutrinárias a respeito do tema processos estruturantes. Sob esse aspecto, foram selecionados como marcos teóricos os trabalhos desenvolvidos, no Brasil, por Sérgio Cruz Arenhardt e Ada Pellegrini Grinover, e, na doutrina estrangeira, por Owen Fiss e Mariela Puga.

Por fim, uma vez confirmada a hipótese aventada quanto à caracterização dos litígios que envolvem a pretensão de efetivação do direito à cidade sustentável, a etapa final da pesquisa se concentrará na análise crítica das ações que integram o seu objeto à luz das teorias que, segundo os marcos teóricos definidos, devem orientar a discussão judicial de problemas estruturais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tendo por base pesquisa empírica em curso, os dados coletados até o momento são suficientes para confirmar a hipótese inicial quanto à baixa efetividade das ações civis públicas que integram o objeto do estudo de caso que vem sendo desenvolvido. Foi constatado que, embora em 29 do total de 34 ações civis públicas analisadas tenha sido atingido o objetivo de obter a condenação dos réus na obrigação de executar as intervenções

pleiteadas nas respectivas iniciais, em nenhum dos 34 processos analisados foi alcançado o resultado prático pleiteado na petição inicial.

Importa destacar que, em sua maioria, especificamente, em 31 dos 34 processos selecionados, ainda não houve o trânsito em julgado das decisões condenatórias, sendo que para quatro desses 31 processos sequer foi proferida sentença condenatória. Anote-se que apenas três casos se encontram na fase de cumprimento de sentença.

Outro dado relevante já coletado indica a inefetividade das decisões proferidas em sede de antecipação dos efeitos das tutelas pleiteadas pelo MPRJ. Pois, embora os pedidos de antecipação de tutela só não tenham sido deferidos em sete dos 34 processos, não foi identificado um único caso em que as decisões liminares tenham sido cumpridas.

CONCLUSÕES

A pesquisa se encontra em fase inicial, todavia, já é possível afirmar a confirmação da hipótese inicial quanto à baixa efetividade das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) em face do Município de Niterói e a Empresa Municipal de Moradia, Urbanismo e Saneamento (Emusa) que integram o objeto do estudo de caso desenvolvido.

Além disso, os dados reunidos indicam que a condenação dos réus, *per se,* não tem sido suficiente para produzir os resultados necessários à alteração da realidade fática que justificou o ajuizamento das ações civis públicas analisadas.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. **RePro**, 225, nov. 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Temas de direito processual –sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHAYES, A. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1282, May 1976.

FISS, Owen. **The Civil Rights Injunctions.** Bloomington: Indiana University Press, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANBE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Rafaela Garcia Ramos[40]
Luiz Nunes Pegoraro[41]

INTRODUÇÃO

O Princípio do Acesso à Justiça é previsto no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal. A vaga leitura do dispositivo constitucional gera o entendimento de que o acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Em razão disto, o presente estudo busca investigar a influência do Direito Internacional na construção de uma concepção ampla do acesso à justiça no Brasil.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O acesso à justiça começou a ser ampliado na segunda metade do século XX nas democracias do Ocidente que adotaram o *welfare state* após a Segunda Guerra Mundial.

40 Aluna do 5° ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino (ITE).

41 Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino (ITE).

No entanto, a cultura demandista e litigiosa que vigora no Brasil, com o Poder Judiciário como centro das soluções de conflitos, teve como consequência a lenta mutação concepcional que envolve o acesso à justiça. A influência do Direito Internacional neste processo é fundamental para a legislação brasileira e o cotidiano do Sistema Judiciário Brasileiro, ainda que tenha havido a morosidade da absorção dos conceitos internacionais.

METODOLOGIA

O presente estudo adota o método dedutivo para responder o objeto individual proposto, a partir da análise de bibliografia, legislação e jurisprudência que versam sobre o tema ora estudado, fazendo uma análise sistêmica do conteúdo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O tema foi objeto de estudo de Earl Johnson Jr., James Gordley e Mauro Cappelletti, os autores desenvolveram uma pesquisa com a finalidade de estudar o crescimento notável das tentativas de tornar acessível o sistema de justiça, resultando na publicação do livro *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, em 1975.

Com a expansão mundial dos sistemas de assistência jurídica, Bryant Garth e Cappelletti coordenaram e desenvolveram o Projeto Florença (*Florence Access-to-Justice Project*), resultando na maior pesquisa mundial sobre acesso à justiça, reunindo advogados, sociólogos, antropólogos e economistas de mais de 30 países diferentes (PATERSON *et al.*, 2019).

No Brasil, foi difundido o relatório geral do estudo em forma de livro sob a tradução de Ellen Gracie Northfleet com o título *Acesso à Justiça*, em 1988. No livro, os juristas tratam sobre a mutação do conceito do acesso à justiça, partindo do exíguo entendimento de que o direito ao acesso era sinônimo do direito formal de propor ou contestar uma ação. E para demonstrar as mutações no decorrer do tempo, Garth e Cappelletti identificaram obstáculos ao acesso à justiça e propuseram soluções práticas a eles, denominadas como "ondas renovatórias do acesso à justiça", com a finalidade de contribuir para o acesso à justiça eficaz e efetivo.

A primeira onda renovatória se iniciou em 1965, refere-se à assistência jurídica assistencial para aqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com as custas processuais, de forma que a solução seria proporcionar serviço jurídico para aqueles que são considerados pobres nos termos da lei. Isto amenizaria as vantagens decorrentes de recursos financeiros, que proporcionam a possibilidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente elegível com mais facilidade.

No Brasil, é possível perceber os reflexos desta onda por meio da Lei n. 1.060/1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, e, principalmente, pela Lei Complementar n. 80/1994, responsável pela organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e por estabelecer normas gerais para sua organização nos Estados.

A segunda onda renovatória concerne à representação dos direitos difusos. Isto decorreu da tendência a melhorar o acesso à justiça em relação à proteção de direitos pertencentes a uma coletividade, não abrangidos pela concepção tradicional do processo civil, em que o processo é discutido apenas por duas partes na busca de solução de interesses que envolvem questões individuais.

A Constituição Federal atribui a função de promover inquérito civil e ação civil pública ao Ministério Público, para fins de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No ordenamento jurídico brasileiro, esta metamorfose é percebida pela Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A terceira onda renovatória é denominada "o enfoque do acesso à Justiça". Garth e Cappelletti ensinam que esta tendência visa explorar amplas e variáveis reformas, incluindo reformas procedimentais e estruturáveis dos tribunais.

Os juristas incluem na terceira onda o uso de meios privados ou informais para a solução dos litígios, e também sintetizam que a reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, e envolve instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos usados para processar, assim como prevenir, disputas nas sociedades modernas. Dentre as tendências deste novo prisma, é usual se destacar os

procedimentos especiais para pequenas causas, que obtiveram sucesso no Brasil por meio da Lei n. 9.099/1995.

Nos dias atuais, também são inseridos os meios alternativos de solução de conflitos no acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015). Garth e Cappelletti ressaltam a importância da conciliação para restaurar relacionamentos a longo prazo, escopo mais importante que o julgamento para determinar quem é o vencedor da causa, por isso, o meio transcende o caráter de mera forma de solução para os problemas do Poder Judiciário.

No sistema legal norte-americano tais percepções ocorreram de forma semelhante. Nos Estados Unidos, a concepção do acesso à justiça foi ampliada para abranger a consensualidade especialmente por meio do Sistema de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas (*Multidoor Courthouse System*), idealizado pelo professor Frank E. A. Sander, considerado o padrinho e pioneiro no campo da Alternative Dispute Resolution (ADR).

Neste sistema, o Poder Judiciário não funciona apenas como Estado-juiz, mas como um centro de tratamento de disputas capaz de oferecer vários e diversos procedimentos (PIERONI, 2018). Em relação ao tema, Frank E. A. Sander (2012) explana sobre os desdobramentos desta concepção, citando a criação da Comissão para a Resolução de Conflitos na Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, que posteriormente se tornou a Seção de Resolução de Conflitos dentro do órgão; a criação de leis em âmbito estadual e federal que determinam o dever ético aos advogados para avaliar diferentes formas de resolução de conflitos em suas ações; e a aceitação, aos poucos, no meio acadêmico, de forma que nos dias atuais todas faculdades de Direito nos Estados Unidos possuem um curso sobre ADR, no mínimo.

No ordenamento jurídico brasileiro, isto influenciou, diretamente, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que determina que o direito de acesso à Justiça significa acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas, além da vertente formal perante os órgãos judiciários.

Assim, é possível demonstrar que a concepção ampla do acesso à justiça não é tema novo no Direito Internacional. Desde a segunda metade da década de 1970 os temas são debatidos e estudados, principalmente pelos trabalhos desenvolvidos pelo *Florence Access-to-Justice Project* e *Multidoor Courthouse System*, influenciando, diretamente, o Direito brasileiro.

CONCLUSÕES

O Direito Brasileiro está se adaptando aos poucos às concepções oriundas do Direito Internacional sobre o acesso à justiça, modernizando seus institutos para assegurar um acesso à ordem jurídica justa em substituição ao mero acesso formal ao Poder Judiciário.

A antiga perspectiva do princípio do acesso à justiça está relacionada diretamente à cultura demandista, onde a sociedade se submete à cultura do litígio cujo centro é o Poder Judiciário, de forma que, com as influências do Direito Internacional, é possível a correta compreensão abrangente do texto, usando-o para embasar políticas públicas que visam implementar o uso dos meios consensuais de resolução de conflitos, garantindo o acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas dos litígios.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. Descortinando o 'Global Access to Justice Project' **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/descortinando-o-global-access-to-justice-project-02052019. Acesso em: 3 ago. 2020.

PIERONI, Fabrizio de Lima**. A consensualidade e a administração pública:** a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2018. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22206. Acesso em: 21. mar. 2020.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.). **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

DIÁLOGOS BRASIL E MÉXICO: POR UMA LEGITIMAÇÃO AMPLA NAS AÇÕES COLETIVAS CONFORME O CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA

Lilia Nunes Silva[42]

INTRODUÇÃO

Este estudo é oriundo do Grupo de Pesquisa "Mecanismos processuais destinados a proporcionar eficiência na prestação jurisdicional em causas seriais: os critérios de seleção das causas piloto e dos procedimentos modelos", realizado no curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro com apoio do Grupo de Pesquisa "Observatório de Reformas Processuais", desenvolvido na Universidade Católica de Petrópolis.[43]

A gestão processual das demandas consideradas de interesse coletivo ou de massas no Brasil, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015 ter consolidado um modelo de precedentes judiciais dentre seus dispositivos, tem permeado as suas principais discussões nos últimos anos

42 Mestranda em Direito (Universidade Católica de Petrópolis). Pesquisadora auxiliar. Advogada.

43 O texto teve orientação do professor Marcelo Pereira de Almeida, pós-doutor em Direito Processual pela UERJ; pós-doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha) e doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF.

para o desenvolvimento de instrumentos de uniformização e racionalização de decisões judiciais.

Pensando por outro aspecto a tutela coletiva de direitos, recentemente foram propostos dois projetos de lei (PL) na Câmara dos Deputados com o objetivo precípuo de criar uma nova Lei de Ação Civil Pública (LACP) em substituição a já existente (Lei nº 7347/85), registrados como PL 4441/2020 e PL 4778/2020. Dessa forma, o tratamento dos direitos coletivos por esta via retornou ao centro dos debates nacionais.

Nesse contexto, e trazendo ao debate o direito comparado, importa analisar quais os parâmetros adotados pelas propostas legislativas quanto à legitimidade *ad causam,* para que se concretize de fato os interesses e direitos coletivos, observando que a ação civil pública é instrumento importante de participação democrática e que deve ser aperfeiçoada para alcançar seus fins, especialmente pela possibilidade de representatividade direta da sociedade nas demandas de natureza transindividual.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América foi consolidado nos idos de 2004 por grandes expoentes do direito processual[44] e com o objetivo de nortear a criação de Códigos de Processos Coletivos pelos ordenamentos jurídicos derivados do direito europeu continental, razão da sua escolha como parâmetro interpretativo das propostas legislativas recentes.

A LACP prevê como legitimados ativos o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes públicos em geral e as associações com pelo menos um ano de constituição (artigo 5º). O PL 4441/2020 acrescentou as comunidades indígenas ou quilombolas dentre os legitimados e excluiu o requisito temporal para as associações, e o PL 4778/2020 manteve o mesmo rol de legitimados da lei em vigor, apenas excluindo o requisito temporal para as associações. O Código Modelo prevê ampla legitimação de entes coletivos, contemplando, além dos legitimados previstos na LACP, os entes sindicais e os partidos políticos. Destaca-se ainda a previsão do

44 Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vasquéz Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Gusmán, Roberto Berizonce e Sérgio Artavia.

cidadão diretamente e também do membro do grupo, categoria ou classe relacionada ao direito objeto da lide para propositura da demanda coletiva.

Já o ordenamento jurídico mexicano, por meio de decreto publicado em 30/08/2011, adicionou um livro dedicado às ações coletivas em seu *Código Federal de Procedimientos Civiles*, bem como algumas inserções pontuais na Constituição e leis infraconstitucionais para expressamente possibilitar o exercício deste tipo de ação nas respectivas áreas.

A criação legislativa tornou possível tutelar direitos transindividuais via instrumento processual próprio em matéria de relações de consumo de bens ou serviços, públicos ou privados, e do meio ambiente. Por decorrência da limitação material citada, a legitimação ativa de quase todos os entes públicos foi moldada nestes parâmetros, sendo autorizadas as Procuradorias Federais que tenham competência para este tipo de interesse ou direito, além do Procurador-Geral da República, o representante comum de coletividade formada por, no mínimo, 30 (trinta) membros e a associação civil sem fins lucrativos, legalmente constituída há pelo menos um ano e que tenha em sua finalidade social (estatutária) a promoção ou defesa dos direitos previstos no Código.

Ao comparar as previsões normativas de Brasil e México, tendo como base o Código Modelo, é perceptível que o ensejo de uma legitimação ampla para a tutela de direitos coletivos não foi plenamente internalizado pelos ordenamentos jurídicos dos países desde o amadurecimento doutrinário da questão nos idos de 2004, o que pode trazer consequências desfavoráveis.

METODOLOGIA

A pesquisa foi desenvolvida através de análise da legislação processual brasileira e mexicana, e também por revisão bibliográfica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O parâmetro da pesquisa, de natureza legislativa, realizou uma comparação entre a legislação brasileira (LACP e PLs) e a mexicana no tema da legitimação para ações coletivas, projetando o que seria ideal para efetiva

promoção dos interesses e direitos coletivos se estivessem em sintonia com o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Antonio Gidi, um dos pensadores do Código Modelo, em recente artigo sobre o projeto idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o PL 4778/20, teceu duras críticas ao mesmo por não incorporar décadas de estudo sobre a matéria ao tratar a temática de maneira inadequada e assim limitar a tutela coletiva de direitos, citando também a experiência mexicana que, a seu ver, adotou postura similar e não tem sido efetiva para a tutela coletiva.

Sob o panorama da legitimação, os projetos não propõem, de fato, significativa inovação, posto que não amplia a possibilidade de atuação direta da sociedade via ação coletiva. Quanto à legitimação nas ações coletivas mexicanas, em decorrência da limitação em razão da matéria, ocorreu de forma limitada, com poucas possibilidades de representação a nível de entidades públicas e menos ainda quanto aos legitimados privados, pois existem numerosos requisitos para acatar a sua participação em juízo e a concessão de amplos poderes ao julgador para o seu controle no procedimento (inclusive possível sua atuação de ofício).

Em pesquisa realizada por Castañeda e Vélez, observou-se a efetividade da inovação processual para tutela coletiva mexicana sobre a legitimação, com recorte temporal entre 2012 e 2017, e apurou-se que, no referido período apenas 17 (dezessete) associações civis estavam cadastradas no Consejo de la Judicatura Federal;[45] foram propostas 207 ações (sendo 190 pelas associações civis); alguns entes públicos legitimados sequer haviam se utilizado da ação coletiva; e o estudo de três julgados da Suprema Corte de Justicia de la Nación mostrou que o entendimento da Corte foi restritivo quanto aos requisitos de legitimação, de modo a restringir a participação da coletividade organizada, o que não se coaduna com os princípios basilares que norteiam a tutela coletiva.

CONCLUSÕES

Em cotejo ao que é sugerido pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América quanto à legitimidade para as ações coletivas,

45 Requisito do artigo 619 do CFPC.

que contém previsão de legitimação ampla e que contempla, além do que a lei brasileira positivou, o cidadão, os membros de categoria, grupo ou classe, os sindicatos e os partidos políticos, conclui-se que o legislador ordinário, em vez de trazer novo regramento para aperfeiçoar e contemporizar a lei já existente, parece ter perdido a oportunidade de melhorar a legislação sobre o tema. Ao menos isso foi perceptível na proposta inicial dos PLs, de vez que apenas o PL nº 4441/2020 acrescentou as comunidades indígenas ou quilombolas dentre os legitimados e a dispensa do requisito temporal para as associações que consta nos dois projetos. De fato, não é uma inovação, pois pode ser dispensada pelo órgão julgador na análise do caso concreto, conforme já previsto no artigo 5º, §4º da LACP.

A experiência mexicana, que teoricamente se inspirou no Código Modelo, ao não incorporar uma legitimação ampla contendo a sociedade civil organizada ou individualmente de forma assertiva, vem mostrando dificuldade na tutela coletiva de direitos.

A ampliação do rol de legitimados possibilitaria maior participação da sociedade – de forma organizada/agrupada ou individualmente –, o que teria potencial de otimizar a prestação jurisdicional para tutela de direitos e interesses coletivos e seria boa estratégia de participação mais democrática da sociedade em âmbito judicial.

REFERÊNCIAS

CASTAÑEDA, Rodolfo Rafael Elizalde; VÉLEZ, Juan Carlos Rodríguez. Las acciones colectivas en México desde la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Estudio de casos. **Alegatos.** México, n. 99, maio-ago. 2018. Disponível em: http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/649. Acesso em: 22 mar. 2021.

DOF – Diario Oficial de la Federación. **DECRETO DE 24.08.2011**. Disponível em: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5206904&fecha=30/08/2011#:~:text=Art%C3%ADculo%20579.,de%20un%20grupo%20de%20personas. Acesso em: 22 mar. 2021.

FAVELA, José Ovalle**.** Las acciones colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles. **Revista de Derecho Privado**. **Cuarta Época**, n. 7, ene-ju. 2015. Disponível em: https://revistas.juridicas.

unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/10442/12586. Acesso em: 22 mar. 2021.

GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. **Civil Procedure Review,** v. 25, jan. 3 2021). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3724081. Acesso em: 23 mar. 2021.

A TECNOLOGIA COMO MEDIDA DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO EM TEMPOS PANDÊMICOS

Mariana Gonçalves da Silva[46]

INTRODUÇÃO

O mundo moderno está cada vez mais evoluído e veloz em todos os sentidos, tornando-se necessário que os mecanismos jurisdicionais acompanhem esta evolução, de modo a não permitir que o acesso à justiça se mantenha alheio às novas possibilidades.

Apesar das incontestes vantagens e benefícios decorrentes do avanço tecnológico no sistema judiciário, devemos questionar os riscos e desafios impostos pelos meios digitais, especificamente, para os hipossuficientes ou excluídos digitais. A partir disso, surge a seguinte problemática: os meios tecnológicos poderão garantir a efetividade processual trabalhista sem causar prejuízos ao pleno acesso à justiça?

A presente pesquisa tem por objeto fomentar a discussão acerca do direito ao acesso à justiça perante as novas tecnologias adotadas, focando, especialmente, nos reflexos da paralização das atividades e acesso presencial à Justiça do Trabalho em razão da pandemia da Covid-19 no Brasil. De fato, a sociedade em que vivemos exige que o Poder Judiciário acompanhe o dinamismo do mundo moderno, sobretudo quando estamos diante de

46 Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

limitações ao acesso presencial à justiça. Contudo, não basta apenas tornar a justiça cada vez mais tecnológica e digital, mas é necessário também que o acesso à justiça seja amplo e possível a todos os cidadãos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O acesso à justiça, garantia constitucional prevista no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é um direito fundamental que garante a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, disciplinado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna.

A introdução do prazo razoável na prestação jurisdicional como princípio constitucional traz um compromisso do Estado para com o cidadão para dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça. Assim, o nosso ordenamento jurídico passou a se preocupar não somente com o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário, mas também que este acesso seja célere, com uma duração razoável em sua tramitação.

A tecnologia se apresenta como uma ferramenta de suma importância para que a prestação jurisdicional seja entregue com maior efetividade e celeridade, especialmente se observados os benefícios da informatização do processo judicial para o meio eletrônico. É perceptível que, em regra, a utilização de ferramentas tecnológicas no Poder Judiciário atua na promoção do acesso à justiça. Importante ressaltar, todavia, que os avanços tecnológicos podem representar riscos e restrições ao acesso à justiça que merecem atenção, especialmente diante de um cenário de extrema singularidade, como o vivido atualmente em decorrência da pandemia da Covid-19 e do isolamento social.

Nota-se que a tramitação do processo através do Processo Judicial Eletrônico já era uma realidade, contudo, apesar de o Código de Processo Civil permitir desde 2015 atos como a realização de audiência de conciliação ou mediação por meio eletrônico (artigo 334, §7º), esses mecanismos eram pouco utilizados na prática dos Tribunais do Brasil. A atividade judiciária foi, historicamente, exercida com tradicionalismo e de forma presencial, porém, diante da necessidade de manter a ordem

jurídica, fez-se necessária a adequação às inovações tecnológicas já permitidas legalmente e outras novas criadas para assegurar a continuidade da prestação jurisdicional.

No final do ano de 2019, o mundo foi assolado pela pandemia da Covid-19, tendo o Brasil sido alcançado pela crise internacional sanitária em março de 2020, trazendo consequências sociais, econômicas e jurídicas. Inesperadamente, em razão da necessidade de isolamento social com o objetivo de conter a disseminação do novo e desconhecido vírus, as atividades presenciais de todos os ramos do Judiciário foram suspensas, sendo os meios tecnológicos a única forma possível de acesso e comunicação com a Justiça. Nesse contexto, foi necessária a adaptação do cenário judicial adiante da nova realidade mundial. Não aderir à tecnologia com a implementação dos atos e audiências *on-line* significaria paralisar milhões de processos até o fim do isolamento social, até então sem data para cessar.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a capacidade postulatória é conferida diretamente aos empregados e empregadores, nos termos do artigo 791 da CLT: "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final."

Pode-se dizer, portanto, que o *jus postulandi* no processo do trabalho é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postularem diretamente em juízo, sem necessidade de serem representados por advogado, sendo um dos princípios norteadores da Justiça do Trabalho. Ou seja, tanto trabalhadores podem comparecer à Justiça do Trabalho e requerer que a Secretaria da Vara reduza a termo suas alegações e se inicie um processo judicial, quanto empregadores podem comparecer presencialmente à audiência designada e apresentarem oralmente sua defesa. Dessa forma, como fica o pleno direito ao acesso à justiça neste cenário pandêmico de isolamento social, sem atendimento e atos presenciais?

METODOLOGIA

A fim de obter o resultado esperado, o presente trabalho foi desenvolvido a partir da análise dos princípios gerais do direito, do ordenamento jurídico nacional, com especial foco na CLT e na Constituição Federal,

além da análise de dados recentes acerca dos impactos da pandemia da COVID-19.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para o enfrentamento das graves consequências da paralização presencial das atividades jurisdicionais, o Conselho Nacional de Justiça firmou convênios com plataformas de acesso *on-line* e proferiu diversas resoluções para regulamentar essa nova forma de prestação jurisdicional.

Não apenas o Brasil, mas o mundo jurídico global se viu obrigado a buscar soluções tecnológicas, implementando sistemas que permitissem a realização de atos e audiências por meios virtuais. Sob o ponto de vista macro, mostra-se relevante informar que a plataforma digital Global Access do Justice divulgou ampla pesquisa realizada a partir da observação da reação de inúmeros países, intitulando-a *Impactos da Covid-19 nos sistemas de justiça*.

Com base no mencionado estudo, podemos extrair diversos dados relevantes, dentre eles, que nos países pesquisados, 92% adotaram alguma espécie de medida especial para mitigar os efeitos negativos da pandemia nos serviços judiciários. Ainda, a referida pesquisa aponta que 78% das Cortes de Justiça adotaram recursos tecnológicos para manter seus serviços, de modo a evitar o contato físico.

No entanto, outros resultados colhidos na pesquisa merecem preocupação e discussão, visto que não estão relacionados tão somente ao sistema judiciário, mas também ao sistema jurídico, acabando por afetar diretamente os mais vulneráveis. Registrou-se que 65% dos países não adotaram nenhuma medida para facilitar o acesso à assistência judiciária durante o período de pandemia, sendo que outros 10% não responderam à pesquisa, revelando que apenas 25% dos países analisados efetivaram alguma medida para dar auxílio àqueles que dependem da estrutura de assistência judiciária.

Direcionando para a seara trabalhista e observando o *jus postulandi*, mostra-se evidente a inobservância do acesso à justiça perante as modalidades tecnológicas adotadas. Tome-se, por exemplo, um empregado que possui a intenção de valer-se do *jus postulandi*, porém, se depara com as Varas de Trabalho sem atendimento presencial e não possui acesso à internet.

Ou ainda, uma empresa de pequeno porte que não dispõe de condições financeiras para a contratação de um advogado particular e se surpreende com a notificação judicial para apresentação de defesa no sistema processual eletrônico, para o qual não possui acesso.

A última pesquisa divulgada pelo IBGE no final de abril de 2020 informa que, no Brasil, 25% da população, ou seja, um em cada quatro pessoas, não possuem acesso à internet.

CONCLUSÕES

A tecnologia tem exercido papel fundamental, em especial durante a pandemia da Covid-19, promovendo acesso à justiça e celeridade processual em um momento em que as autoridades sanitárias exigem o distanciamento social. Não há como se concluir de forma distinta, ao passo que os avanços tecnológicos no sistema judiciário trazem evidências da redução da lentidão desde a implementação do processo eletrônico, promovendo a almejada celeridade processual.

Entretanto, não se pode ignorar o acesso à justiça aos cidadãos com insuficiências de recursos que não possuem meios tecnológicos para garantir que seu direito seja observado, seja por falta de renda, seja por exclusão digital. Portanto, a discussão não gira em torno da aplicação e benefícios da tecnologia, mas do acesso à tecnologia e, consequentemente, à justiça, pelos mais vulneráveis. Diante dos direitos dos mais necessitados ou excluídos digitais que não podem ser violados, conclui-se que os avanços tecnológicos no poder judiciário deverão priorizar e respeitar os direitos e garantias fundamentais, devendo haver um tratamento ou mecanismo diferenciado para esses cidadãos.

REFERÊNCIAS

DELL´ISOLA, Carmela *et al.* **Vulneráveis e Acesso à Justiça em Tempos de Crise**. São Paulo: Foco, 2020.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Impacts of COVID-19 on Justice Systems**. Disponível em: http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/#vulnerable_groups. Acesso em: 3 abr. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

REDAÇÃO. **Um em cada quatro brasileiros não tem acesso à internet**. Disponível em: https://revistaeducacao.com.br/2020/05/29/brasileiros-acesso-internet/. Acesso em: 03 abr. 2021.

AUDIÊNCIAS VIRTUAIS EM TEMPO DE PANDEMIA: ACESSO À JUSTIÇA OU EXCLUSÃO SOCIAL?

Pablo Martins Bernardi Coelho[47]

INTRODUÇÃO

A decretação da pandemia do novo coronavírus, no dia 11 de março de 2020, fez com que a realidade mundial mudasse drasticamente, afetando todos os campos da sociedade. Essa mudança atingiu, inclusive, a área do Direito, a qual teve que se adaptar para continuar a cumprir sua função jurisdicional.

Um dos meios encontrados foi a adoção das audiências virtuais, regularizada pela Resolução nº 313 do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 19 de março de 2020. Porém, em se tratando de meios digitais, não se pode esquecer que nem toda a parcela da população tem acesso a esses meios ou o conhecimento necessário para seu uso, visto que, muitas vezes, não possuem recursos suficientes nem mesmo para as necessidades mais básicas do ser humano.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o instrumento das audiências virtuais diante das desigualdades sociais existentes no Brasil. Assim, pretendemos examinar o procedimento e a legis-

47 Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Unidade Frutal. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Uberlândia. Doutor em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP/Franca.

lação vigente sobre as audiências virtuais e averiguar índices que demonstrem as dificuldades de acesso da população aos meios eletrônicos para entender se tais audiências são eficazes para o acesso à justiça ou se o seu método acaba dificultando o alcance da solução do litígio.

Tal pesquisa se justifica por ser tratar de uma temática atual, principalmente diante do cenário de pandemia da Covid-19. Por isso, é fundamental refletir se a adoção das audiências virtuais, da maneira que estão acontecendo, realmente significa um meio auxiliar para a efetivação do acesso à justiça ou se esse instrumento acaba excluindo certa parcela populacional da atividade jurisdicional.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em decorrência da pandemia do novo coronavírus decretada pela OMS, o Conselho Nacional de Justiça deparou-se com a necessidade de decidir sobre o funcionamento do Poder Judiciário em tempos de isolamento social. Para isso, foram editadas duas resoluções sobre o tema: a Resolução nº 313 e a nº 314. Tais instrumentos estabelecem "o regime de Plantão Extraordinário, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça nesse período emergencial, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus". Dentre as medidas trazidas pelas resoluções, está o trabalho remoto, a suspensão dos prazos processuais e, consequentemente, a adoção das audiências virtuais.

Além das promulgações realizadas pelo CNJ, pode-se elencar a Lei Federal nº 13.994, de 24 de abril de 2020, a qual altera a Lei nº 9099/95 para possibilitar as audiências de conciliação por meios remotos. Com a alteração, os artigos 22 e 23 da Lei dos Juizados Especiais têm a seguinte nova redação:

> Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.
>
> §1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo.
>
> §2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego de recursos tecnológicos disponíveis de

> transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.
>
> Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença (BRASIL, 1995).

A realização de audiências virtuais foi, então, tornada regra pelo Conselho Nacional de Justiça, que, por meio da Resolução 314, de 20 de abril de 2020, passou a excepcioná-la apenas diante de comprovada impossibilidade técnica ou prática de sua realização, a ser constatada por decisão do juiz competente. Esta previsão foi reforçada pelo CNJ na Resolução 322, de 1º de junho de 2020, ao enunciar que "as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência" (art. 5º, IV). Assim, somente se técnica ou faticamente impossível, a audiência não se dará no plano virtual e, somente em tais hipóteses, pode ser adiada.

Com efeito, a pandemia acabou por forçar a implementação de tecnologias já previstas e disponíveis e acelerar transformações iniciadas, mas ainda incipientes. Junto com isto, instigou diversos atores a repensar como a Justiça tem funcionado e como pode funcionar melhor com o suporte de novas aplicações digitais.

METODOLOGIA

A fim de alcançar os objetivos supracitados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, baseada em fontes primárias de legislação e, com relação às fontes secundárias, nas obras de Ivan Aparecido Ruiz e Thiago Massao Cortizo Teraoka.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A vulnerabilidade digital, também denominada tecnológica,[48] evidenciou-se durante a pandemia causada pela disseminação da Covid-19. No Brasil, o governo federal, ao estabelecer benefício assistencial destinado às

48 Expressão utilizada pela professora Fernanda Tartuci.

pessoas que tiveram sua renda comprometida no período e se enquadrem nos demais critérios econômicos estabelecidos, vinculou o recebimento à necessidade do beneficiário possuir aparelho celular e endereço de e-mail, baixar aplicativo do programa e receber mensagem via SMS (serviço de mensagens curtas) para acioná-lo, o que gerou graves empecilhos de acesso ao direito por parte de grupos vulneráveis e levou a Defensoria Pública a ajuizar Ação Civil Pública visando superar tais exigências.

As desigualdades sociais refletem no meio virtual, conforme evidenciado pelos dados da pesquisa realizada pelo TIC Domicílios, que mede os hábitos e comportamentos de usuários na internet brasileira. Ela concluiu que um em cada quatro brasileiros não acessa a rede mundial de computadores. Ainda nessa vertente:

> No perfil de acesso, as diferenças por região, gênero e raça são pequenas. As diferenças são acentuadas por classe social: 95% na classe A; 93% na classe B; 78% na classe C; e 57% nas classes D e E. Além da classe social, a educação é um fator importante para medir o acesso à internet: 97% entre os indivíduos com ensino superior; 89% com ensino médio; 60% com ensino fundamental; e 16% entre os com educação infantil e analfabetos (CNN, 2020).

Mauro Capelletti afirma que:

> A expressão "acesso à Justiça" [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPELLETTI *apud* RUIZ, 2018).

Ou seja, a efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pressupõe que toda a população tenha as mesmas condições de recorrer ao sistema judiciário para encontrar uma solução justa para suas demandas.

Dessa forma, seria mesmo um meio de garantia ao acesso à justiça punir uma parcela de pessoas que, por uma série de fatores, não tem

condições de participar de uma audiência virtual? Pelo contrário. A imposição de extinção do processo, revelia e até mesmo o pagamento de custas para a parte que não participa da referida audiência, seja pelo não acesso à internet ou pelo não conhecimento necessário, somente corrobora a exclusão social sofrida por esse grupo de pessoas, sendo, portanto, medida totalmente inconstitucional, visto que fere, além do princípio do acesso à justiça, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que num país de grandes desigualdades sociais as pessoas em situação de vulnerabilidade normalmente já têm dificuldades em praticar atos processuais. Tal situação se agravou consideravelmente com a pandemia, principalmente a vulnerabilidade virtual. Nesse sentido, cabe aos nossos magistrados proporcionar às partes igualdade de tratamento com o intuito de promover o equilíbrio nas oportunidades processuais.

CONCLUSÕES

Após o início da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, o ordenamento jurídico brasileiro buscou formas de adequar seus serviços, impondo como uma de suas medidas as audiências virtuais.

Porém, nota-se que ao aderir à tal forma de audiência, o legislador não levou em consideração as desigualdades sociais extremamente marcantes no Brasil. Esse fato evidencia-se, inclusive, pela alteração na Lei dos Juizados Especiais, a qual estipula que, caso a parte não compareça à audiência virtual, ocorra a extinção do processo ou a condenação do ausente à revelia e ao pagamento de custas processuais.

Dessa forma, a insegurança jurídica gerada pela não participação nas audiências virtuais torna-se notória. Isso porque, os que não possuem fácil acessibilidade à internet, na maioria das vezes por falta de condições financeiras e tecnológicas, estão sujeitos às consequências imediatas advindas de julgamentos desfavoráveis para si. Portanto, o que se percebe, nos tempos atuais, é que a adoção das audiências virtuais provoca a exclusão jurídico-social dos menos favorecidos, infringindo direitos de igualdade e acesso à justiça, pertencentes a todos e sem qualquer distinção.

REFERÊNCIAS

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. **Resolução n. 313, de 19 de março de 2020**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. **Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283. Acesso em: 26 ago. 2020.

RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do Acesso à Justiça. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Processo Civil, ed. 1, jun. 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica. Acesso em: 27 ago. 2020.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A necessidade faz o gato pular:** audiências virtuais nos tempos de coronavírus**.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/thiago-teraoka-audiencias--virtuais-tempos-coronavirus. Acesso em: 26 ago. 2020.

EVOLUÇÃO DAS SOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONTROVÉRSIAS

Adriana Costa Amaral[49]
Renata Balthazar Pereira Alves[50]

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito é resultado da evolução da ciência jurídica e política, ocasionando a constitucionalização do Direito Privado (Direito Civil), como resultado de mudanças e ruptura de padrões. Dentre essas mudanças, nota-se a reivindicação de direitos humanos, a valorização da vida humana no campo jurídico, inclusive no campo das obrigações e do contrato. Os valores liberais dos séculos XVIII e XIX, a pouca intervenção estatal, já não existiam mais. Concebe-se, assim, o Direito Civil e o Direito Constitucional reformulados.

O Estado moderno tomou para si a função de julgar os conflitos que surgem na sociedade com a finalidade de manter a convivência harmônica e restabelecer a pacificação social. Dessa forma, há um afastamento do cidadão do poder de determinar quem está com a razão, cabendo ao Estado

49 Mestranda em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA, especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos (UNESA, 2012), professora da disciplina de Direito Civil de 2006 a 2018 na UNESA.

50 Mestranda em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA, especialista em Direito Civil, com ênfase em Direito Privado Patrimonial (PUC/RJ, 2007), MBA em Gestão Empresarial (FGV/RJ, 2010), professora conteudista EaD (UNESA, Roca Educacional, DP Content).

dizê-lo. No entanto, desde as primeiras constituições havia a previsão de as partes terminarem o conflito negociando perante o juiz.

A Constituição de 1824, com fulcro no artigo 1.615 e seguinte, obrigava as partes a conciliarem entre si, antes de ingressar com ação no Poder Judiciário. A partir da década de 1990, nota-se o surgimento de regras dispersas, e a mediação já era praticada na Justiça do Trabalho. No entanto, a prática da conciliação e da mediação não eram incentivadas na sociedade, o que justifica certa inércia dos cidadãos, à espera do posicionamento do Estado, na determinação da figura do juiz para pôr fim à controvérsia. Ocorre que, diante do elevado número de demandas, face à incapacidade dos cidadãos em resolverem seus próprios litígios, tornando a sociedade brasileira numa sociedade beligerante, pode-se considerar que foi incentivada a cultura do litígio. As consequências foram o abarrotamento do Poder Judiciário com inúmeras demandas, tornando a função jurisdicional morosa, fazendo com que o Estado não alcançasse seu objetivo de restabelecer o convívio e bem-estar social.

Timidamente, o Estado vem implantando políticas públicas com a finalidade de desafogar o Poder Judiciário e oferecer à sociedade uma prestação jurisdicional de qualidade, para enfim poder alcançar o seu objetivo de manter a paz social. Dentre elas estão as Resoluções do CNJ no estímulo à mediação e conciliação e as inovações trazidas pelo CPC de 2015. Nesse sentido, a resolução *on-line* de controvérsias surge nesse cenário como potencial possibilidade para proporcionar a efetividade do acesso à justiça, em seu conceito mais amplo. Fica evidente, assim, a necessidade de mudança cultural da sociedade, no sentido de adesão aos métodos adequados para solucionar controvérsias, para então reverberar no efetivo acesso à justiça.

FUNDAMENTAÇÃOTEÓRICA

Para este artigo pretende-se fazer a releitura da obra de Daniel Arbix sobre Resolução Online de Controvérsias, fazendo análise paralela aos artigos do Desembargador César Cury e Kazuo Watanabe, correlacionando ao Processo Civil, no que se refere ao estudo da agilidade e objetividade da Resolução Online de Controvérsias na busca do consenso, frente aos

números estatísticos do Poder Judiciário disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no relatório *Justiça em Números*.

METODOLOGIA

A pesquisa empírica que será utilizada envolve estudo da indução de políticas públicas estimuladas no Brasil para a adoção de métodos adequados de solução de controvérsias. Pretende-se abordar a realidade brasileira no que tange à resolução *on-line* de controvérsias, através de releitura de literaturas relevantes ao problema.

Por fim, a ideia é suscitar soluções para despertar o olhar da sociedade em buscar, através de técnicas de negociação, soluções céleres para os conflitos do dia a dia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os números de audiências de conciliação alcançadas, incluída a fase pré-processual, em 2020, atingiram o percentual nacional de 9,6% (relatório *Justiça em Números*, 2020), esses foram dados obtidos em pesquisa sobre a evolução dos métodos adequados de solução de conflitos utilizados pelo Poder Judiciário. Já em primeiro grau, os índices de conciliação na fase de execução chegaram a apenas 6,1%, e na fase de conhecimento, a 19,6%.

Pelo Relatório Biênio 2019/2020 do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os índices de mediação realizadas aumentaram em 2020, em comparação com o ano de 2019.

O Poder Público vem se mobilizando, estimulando a adoção de métodos adequados de solução de conflitos como forma de promover a paz social.

CONCLUSÕES

A pesquisa realizada evidencia que o Estado brasileiro percebeu sua ineficiência na entrega da prestação jurisdicional, diante da morosidade do Poder Judiciário, ocasionada pelo excesso de demandas. Diante dessa percepção, o Estado teve a iniciativa de buscar outras formas de solucionar as

controvérsias, criando o Procon e a plataforma Consumidor.gov.br, com o intuito de assegurar os direitos do consumidor e dar celeridade à solução dos conflitos que envolvam esse assunto.

Após essas primeiras iniciativas, o Estado implantou no ordenamento jurídico os métodos adequados de solução de conflito, culminando com a sua codificação dos métodos da mediação e da conciliação, fomentando, assim, o diálogo entre as partes e incentivando a cultura do consenso. Convém ressaltar que, no período de pandemia pela Covid-19 foram mantidas e estimuladas a utilização da mediação e conciliação como forma de busca do consenso.

Por fim, apesar da suspensão das audiências presenciais, foi possível a continuidade da solução de conflitos pela adoção desses métodos graças à utilização de meios tecnológicos com o uso da videoconferência, permitindo que a composição entre as partes fosse alcançada e que os esforços para estimular a cultura do consenso e restabelecer a paz social não fossem em vão.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Controvérsias**. São Paulo: Intelecto, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano base 2019.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a--em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 06 abr. 2021.

CURY, César. Mediação. *In*: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). **Justiça Multiportas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis.** São Paulo: Revista de Processo, 2011. v. 193.

A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE INFLUENCIAR DIRETAMENTE NA EFICÁCIA DESTE PRINCÍPIO NOS ÓRGÃOS DO SISTEMA JUDICIÁRIO

Isabel Souza de Carvalho[51]

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça – princípio constitucional do Processo Civil, elencado no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, assegura uma proteção judicial efetiva, entretanto, a morosidade do Judiciário brasileiro atinge este princípio, denominado também como inafastabilidade de jurisdição, corroborando um atenuado êxito nas demandas. Desse modo, órgãos do sistema judiciário estão buscando mecanismos tecnológicos, a fim de auxiliar no progresso de solução das lides. Nesse diapasão, torna-se crucial analisar o impacto do uso da inteligência artificial no ordenamento jurídico brasileiro.

51 Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Vê-se a adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos – mediação, conciliação e arbitragem – como uma maneira eficaz, rápida e técnica, porém ainda é pouco propagada pelos tribunais, ocasionando na superlotação de processos pendentes. Nesse sentido, segundo relatórios do *Justiça em Números* (2016), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há uma taxa de congestionamento de 95%, no RJ, e de 92%, no Brasil. Dessa forma, aliado ao número limitado de funcionários, resulta-se em uma sobrecarga dos magistrados e servidores do judiciário, além de suscitar numa depreciação dos órgãos do sistema judiciário, por parte da população, a qual deixa de buscar o Poder Judiciário e, consequentemente, abnega a tutela jurisdicional, ou seja, o direito pretendido.

Ademais, o Poder Judiciário tem testado *softwares* avançados que propõem amenizar a alta demanda. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, precisamente, na 12ª Vara de Fazenda Pública, foi testado um *software*, o qual realizou todas as operações exigidas para os bloqueios de bens de devedores, nos casos de processos executivos, em apenas 25 segundos, enquanto um servidor público levaria cerca de 35 minutos, e a acuidade foi de quase 100%, gerando uma economia de R$ 7 milhões ao órgão (CONSULTOR JURÍDICO, 2018). A esse respeito, compreende-se a inteligência artificial como uma possível solução para este emblemático imbróglio; assim como escritórios renomados de advocacia já têm usufruído deste método, geralmente, alinhados às empresas de *startups*.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento deste resumo expandido, utilizou-se o método dedutivo, por meio da pesquisa teórica. Valeu-se a pesquisa da legislação, exposição de motivos e artigos, acessados junto ao sítio do Conselho Nacional de Justiça, bem como do Consultor Jurídico, e ainda da doutrina de Processo Civil e artifícios literários.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

É indubitável que a tecnologia está cada vez se ampliando nos mais diversos ramos, desse modo, no Direito não seria de forma diferente. Con-

forme o teste realizado do TJRJ, evidenciou-se o grau de contribuição que a inteligência artificial pode proporcionar ao Poder Judiciário. Aldous Huxley, no livro *Admirável mundo novo*, afirma que quanto mais avançam as tecnologias, mais elas suplantam a humanidade, através do controle absoluto sob todos os mais milimétricos aspectos da sociedade (HUXLEY, 2014). Todavia, nesse caso, o enfoque não se trata de substituir o trabalho humano por uma simples máquina, e sim de trabalhar de forma conjunta, com o único objetivo de alcançar a prestação da tutela jurisdicional adequada.

O enfoque do acesso à justiça, portanto, é tornar a justiça acessível a todos, e, neste aspecto, é preciso rever os mecanismos utilizados, haja vista que a morosidade da justiça brasileira acarreta um ameno prestígio da população a esses órgãos. Mauro Cappelletti e Garth Bryant, na obra *Acesso à justiça*, atentam para o risco de procedimentos modernos e eficientes atingirem garantias como um Estado-Juiz imparcial e o contraditório, entretanto, é extremamente necessário o Judiciário não continuar estagnado, e aderir à inteligência artificial pode ser um caminho visionário para o avanço deste princípio constitucional (BRYANT; CAPPELLETTI, 1998).

CONCLUSÕES

Em consonância à exposição de motivos, cabe ao Poder Judiciário brasileiro consolidar a sua estrutura jurisdicional aos parâmetros tecnológicos adequados, de forma gradual, uma vez que a inteligência artificial só tem a agregar benefícios, não apenas para o órgão e seus servidores, mas também para o principal interessado, titular da tutela jurisdicional, ou seja, do direito subjetivo, a fim de consolidar o tão desejado acesso à justiça de forma eficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** 2016. v. 1. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRYANT, Garth; CAPPELLETTI. **Acesso à Justiça**. São Paulo: SafE, 1998.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Azul, 2014.

PEREIRA, Robson. TJ-RJ aposta na tecnologia para lidar com demandas de massa e execuções fiscais. Termo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/tj-rj-aposta-tecnologia-demandas-massa-execucoes. Acesso em: 7 abr. 2021.

ACESSO À JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

Adriano Moura da Fonseca Pinto,
Alexandre de Castro Catharina, Ariane Trevisan Fiori,
Marcelo Pereira de Almeida, Rafael Mario Iorio Filho,
Ubirajara da Fonseca Neto (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2021