

ACESSO À JUSTIÇA:

DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO
E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS



Organizadores:

Albino Gabriel Turbay Júnior

Bruno Smolarek Dias

José Laurindo de Souza Netto

ACESSO À JUSTIÇA:

DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

ORGANIZADORES:

Albino Gabriel Turbay Júnior
Bruno Smolarek Dias
José Laurindo de Souza Netto

Todos os direitos reservados
Copyright © 2020 by Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda

Prof. Dr. Emerson Antonio Maccari
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas
Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda
Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Conselho Regional: Prof. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato
Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Editora Executiva: Simone Fraga

Produção Editorial: Qualis Editora

Design de Capa: Ajuste Qualis Editora

Produção Digital: Cristiane Saavedra | Saavedra Edições

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

*Texto de acordo com as normas do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
(Decreto Legislativo nº 54, de 1995)*

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA
PUBLICAÇÃO (CIP)**

A174

Acesso à justiça: democracia, jurisdição e concretização de direitos / Albino Gabriel Turbay Júnior, Bruno Smolarek Dias, José Laurindo de Souza Neto Araújo. – [1. ed.] – Florianópolis, SC: Qualis Editora, 2020.
Recurso digital

Formato e-Pub

Requisito do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: word wide web

ISBN: 978-85-7027-080-1

Título II. Turbay Júnior, Albino Gabriel. III. Dias, Bruno Smolarek. IIV Araújo, Laurindo de Souza Neto.

CDU 347



Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda
Caixa Postal 6540
Florianópolis - Santa Catarina - SC - Cep.88036-972
www.qualiseditora.com
www.facebook.com/qualiseditora

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva *Acesso à Justiça, democracia, jurisdição e concretização de direitos*, organizada pelos professores Albino Gabriel Turbay Junior, Bruno Smolarek Dias e José Laurindo de Sousa Neto é a primeira edição desta temática publicada pela Universidade Paranaense – UNIPAR.

Trata-se de obra que reúne artigos relacionados ao tema central *Acesso à Justiça*, contando com autores que por meio de suas pesquisas demonstram a importância da academia científica para a discussão e desenvolvimento do tema escolhido.

Os artigos foram escritos por professores, alunos ingressos e egressos do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense e de outras instituições como forma de contribuição acadêmica.

Os temas escolhidos para os artigos contemplam reflexões sobre o *Acesso à Justiça*, enfrentando questões importantes para a busca de concretização dos direitos por processos democráticos e o papel da jurisdição para o alcance da realidade social em um Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo escrito por Bruno Makowiecky Salles e Paulo Márcio Cruz com o título “*Acesso à Justiça: conceito e caracterização jurídicos*” apresenta origens históricas do *Acesso à Justiça* para a construção do conceito contemporaneamente.

No segundo artigo “*Da crise da representação à crise da jurisdição e seus reflexos ao Acesso à Justiça*” os autores Horácio Monteschio e Afonso Gustavo Martins abordam a crise da representação popular e da jurisdição à luz da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio e da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, tendo como premissa a análise da Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

Com o título “Acesso à Justiça e sua perspectiva no Princípio da Efetividade” Marisa Rossignoli, Virgínia Ramos Castilho e Régis Canale dos Santos, tratam, no terceiro artigo, do Acesso à Justiça por meio da perspectiva do Projeto Florença e das ondas renovatórias do Acesso à Justiça.

Os autores Albino Gabriel Turbay Junior e Bruno Smolarek Dias, no quarto artigo, “Fundamentos para a jurisdição constitucional: Estado Democrático de Direito, separação de poderes e hermenêutica constitucional” promovem reflexão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional utilizando como fundamentos o Estado Democrático de Direitos, a separação de poderes e a hermenêutica constitucional, tendo como perspectiva a realidade social e a concretização de direitos.

O quinto artigo escrito por Celso Hiroshi Iocohama e Alessandro Otavio Yocohama, com o título “Segurança jurídica, textos e normas: perspectivas do Código de Processo Civil de 2015”, analisa a declaração judicial do direito aplicado ao caso concreto e suas deficiências relativas ao direito de informação e da segurança jurídica.

Clenio Jair Schulze e Cesar Luiz Pasold com o sexto artigo “Protagonismo do Poder Judiciário na judicialização da saúde” avaliam o protagonismo do Poder Judiciário e a postura do Supremo Tribunal Federal na chamada judicialização da saúde.

O sétimo artigo com o título “Acesso à Justiça do Trabalho: critérios para aplicação do princípio da intervenção mínima” escrito por Gustavo Afonso Martins, Luiz Eduardo Gunther e José Laurindo de Souza Netto, analisa a Reforma Trabalhista e o princípio da intervenção mínima num contexto constitucional.

Com o título “A sucumbência como instrumento de mitigação do direito fundamental de Acesso à Justiça na seara trabalhista” a autora Debora Markman, no oitavo artigo, trata dos efeitos da nova sistemática dos honorários de sucumbência no processo trabalhista.

No nono artigo, intitulado “Notas acerca da assistência jurídica gratuita no direito francês: histórico, evolução e críticas” o autor Cesar Augusto Luiz Leonardo, em razão da influência do direito francês sobre a ciência jurídica brasileira, estuda a assistência jurídica gratuita do direito francês, sua história, evolução e críticas.

As autoras Daniele Silva Lamblém Tavares e Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, no décimo artigo “O Acesso à Justiça e a crise da jurisdição: reflexões sobre os meios alternativos de gestão de conflitos e a consequente desjudicialização”, analisam o Acesso à Justiça sob a perspectiva da cultura do conflito e a viabilidade da utilização de políticas públicas para gestão de conflitos, como mediação, conciliação e arbitragem.

O décimo primeiro artigo desta coletânea tem o título “Mediação judicial: requisitos e pressupostos”, em que o autor Luiz Antônio Ferreira traz um panorama da história e da atual situação da mediação judicial no Brasil, com o objetivo de demonstrar a importância do protagonismo da mediação judicial no sistema processual civil.

A autora Jenyfer Michele Pinheiro Leal em coautoria com José Laurindo de Souza Netto, com o título “Mediação comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano e para a propagação da cultura de paz”, no décimo segundo artigo, analisa o conceito e origem da mediação comunitária, demonstrando os objetivos e benefícios deste instrumento para as relações sociais.

No décimo terceiro artigo Mário Lúcio Garcez Calil, intitulado “A prevenção extrajudicial de litígios: notas sobre as funções jurídico-institucionais da atividade notarial”, estuda as funções jurídico-institucionais da atividade notarial e as vantagens sobre à jurisdição, sendo uma instância de colaboração, segurança e prevenção de litígios, colaborando com o desafogamento do Poder Judiciário.

Os textos aprofundam-se mediante bases legais e consistentes doutrinas jurídicas, promovendo relevantes reflexões sobre Acesso

à Justiça, democracia, jurisdição e concretização de direitos, trazendo discussões no âmbito judicial e extrajudicial.

Esta obra coletiva apresenta trabalhos que contribuem para a pesquisa do direito numa perspectiva contemporânea, por isso, convida-se a uma leitura prazerosa para ao enriquecimento do espírito científico e acadêmico.

Albino Gabriel Turbay Júnior
Bruno Smolarek Dias
José Laurindo de Souza Netto

SUMÁRIO

CAPA

FOLHA DE ROSTO

CRÉDITOS

APRESENTAÇÃO

ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO JURÍDICOS

Bruno Makowiecky Salles e Paulo Márcio Cruz

DA CRISE DA REPRESENTAÇÃO À CRISE DA JURISDIÇÃO E SEUS
REFLEXOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Horácio Monteschio e Afonso Gustavo Martins

ACESSO À JUSTIÇA E SUA PERSPECTIVA NO PRINCÍPIO DA
EFETIVIDADE

Marisa Rossignoli, Virgínia Ramos Castilho e Régis Canale dos Santos

FUNDAMENTOS PARA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Albino Gabriel Turbay Junior e Bruno Smolarek Dias

SEGURANÇA JURÍDICA, TEXTOS E NORMAS: PERSPECTIVAS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Celso Hiroshi Iochihama e Alessandro Otavio Yokohama

PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE

Clenio Jair Schulze e Cesar Luiz Pasold

ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO: CRITÉRIOS PARA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Gustavo Afonso Martins, Luiz Eduardo Gunther e José Laurindo de Souza Netto

A SUCUMBÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA SEARA
TRABALHISTA

Debora Markman

NOTAS ACERCA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO
DIREITO FRANCÊS: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E CRÍTICAS

Cesar Augusto Luiz Leonardo

O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JURISDIÇÃO: REFLEXÕES
SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO DE CONFLITOS E A
CONSEQUENTE DESJUDICIALIZAÇÃO

Daniele Silva Lamblém Tavares e Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
(UEMS)

MEDIAÇÃO JUDICIAL – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS

Luiz Antônio Ferreira

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UM MECANISMO PARA A
EMANCIPAÇÃO DO SER HUMANO E PARA A PROPAGAÇÃO DA
CULTURA DE PAZ

Jenyfer Michele Pinheiro Leal

A PREVENÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS: NOTAS SOBRE AS
FUNÇÕES JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL

Mário Lúcio Garcez Calil

ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO JURÍDICOS

Bruno Makowiecky Salles¹

Paulo Márcio Cruz²

Como é sabido, Acesso à Justiça é instituto de remotas origens históricas. Embora um resgate temporal analítico sobre a evolução da ideia de Acesso à Justiça fuja aos objetivos deste estudo³, centrado em apresentar o tema em sua visão contemporânea nas sociedades Ocidentais, é importante efetuar um breve registro de indicações históricas longínquas, aptas a ilustrar o caráter vital das preocupações com o tema e a refletir as diferentes maneiras como se pôde concebê-lo no curso das civilizações.

O Código de Hamurabi, uma das primeiras normas escritas da humanidade, datado do Século XVIII antes de Cristo (A.C.), já continha, no epílogo, previsão que permitia identificar a possibilidade de Acesso ao soberano, por parte de hipossuficientes, para a resolução dos problemas e a informação sobre os direitos⁴. Tal previsão remete à existência de uma autoridade encarregada de assegurar justiça e solucionar conflitos segundo uma ordem normativa que seja compreensível.

Consta do referido documento o seguinte: “Em minha sabedoria, eu vos refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso”⁵.

As raízes do Acesso à Justiça vêm associadas em estudos doutrinários⁶, ainda, à passagem bíblica de Deuteronômio, no

Antigo Testamento, escrita no Século VI antes de Cristo (A.C.), segundo a qual “Juízes e oficiais porás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te dá, segundo as tuas tribos, para que julguem o povo com justiça”⁷. Em tal trecho, pode-se aferir a referência à necessidade da figura de um terceiro, imparcial e equidistante, investido na autoridade pública de resolver os conflitos de interesses nas sociedades de acordo com noções de justiça.

A Magna Carta Inglesa de 1.215, por sua vez, contém a previsão de que a ninguém será vendido, recusado ou atrasado o Acesso ao Direito ou à Justiça, lendo-se no texto que “*To no one will we sell, to no one we will refuse or delay, right or justice*”⁸. No documento já se percebe, diante da evolução dos ideais de liberdade contra concepções autoritárias de Estado, e da própria grafia na segunda pessoa do plural, um possível embrião sobre o compartilhamento, teorizado hoje, entre os órgãos do Estado e a sociedade organizada na garantia dos direitos e da justiça. A redação evolui na lógica das previsões anteriores e transmite a ideia de que o Acesso não consiste em encargo concentrado em autoridades soberanas, das quais se depende para obter direito e justiça, mas num dever comum de atingir tais ideais e no direito de todos de persegui-los perante os órgãos jurisdicionais, se necessário.

Contemporaneamente, o Acesso à Justiça é reputado um elemento integrante da categoria dos Direitos Humanos⁹, encontra-se positivado em Constituições de diversos Países¹⁰ e pode ser considerado, mesmo nos ordenamentos em que não há uma expressa previsão normativa, um direito implícito no Estado Constitucional de Direito, no regime democrático e na sistemática de separação dos poderes do Estado¹¹, mostrando-se também inerente, notadamente em sistemas ligados à família da *Common Law*, à cláusula do *due process of law*¹².

Um bom exemplo é a afirmação de Pietro Pustrono¹³, ao escrever que “*L'accesso individuale alla giustizia a tutela dei propri diritti costituisce un diritto umano di carattere fondamentale, che sembra avere assunto, almeno nel suo nucleo essenziale, natura*

consuetudinaria. Riconosciuto quale diritto costituzionalmente protetto in diversi ordinamenti, il diritto di accesso alla giustizia è ormai contemplato in numerosi strumenti convenzionali a tutela dei diritti umani e sembra rappresentare, in tali sistemi pattizi, una delle garanzie di maggiore rilevanza”.

Em uma aproximação inicial sobre o sentido contemporâneo do Acesso à Justiça, é possível afirmar que um ordenamento franqueia tal Acesso a alguém “*when there are effective remedies available to that person to vindicate his or her legal rights and advance his or her legally recognised interests*”¹⁴. Assim entendido, o Acesso à Justiça figura como um dos pilares do Estado de Direito e da democracia¹⁵, tendo o objetivo de permitir que as leis e direitos sejam reivindicadas por todos e a todos aplicados, bem como de reconhecer a cada cidadão a prerrogativa de ter as suas pretensões apreciadas e os seus direitos concedidos em igualdade de condições¹⁶.

Trata-se de uma complexa construção jurídica, cujo estudo aglutina perspectivas e cuja presença nos ordenamentos jurídicos, hoje, aparece sob fórmulas variadas. Seja como direito humano no plano internacional, seja como direito fundamental nas Constituições, o Acesso à Justiça possui os atributos próprios dos direitos com tal magnitude, a exemplo das notas da universalidade, da indisponibilidade, da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da força normativa¹⁷ que, dentro de limites, caracterizam-nos. Como espécie normativa, o Acesso à Justiça normalmente apresenta-se como norma-princípio¹⁸, em razão da forma de sua positivação e de outros aspectos¹⁹. Mesmo quando não normatizado, o Acesso marca-se como um princípio implícito que guia as atividades estatais e privadas rumo à distribuição de justiça e de direitos²⁰. Em quaisquer das circunstâncias acima, ele desponta, primordialmente, como um autêntico direito, consagrado por normas, expressas ou implícitas, previstas em preceitos mais fechados ou mais abertos, que em todo caso o reconhecem como um direito, ainda que possua, conexa e íntima, também uma função de garantia, isto é, um perfil assecuratório de

permitir a fruição de outros direitos em esferas estatais e privadas, jurisdicionais ou não. Daí dizer-se que se cuida de um direito, mas de um direito “*funzionale o servente*”, abrindo caminho para retificar o curso das coisas quando os poderes públicos ou os atores privados violarem direitos ou os expuserem a risco. Por isso ele contribui para incrementar “*l’adattamento dell’ordinamento ai diritti fondamentali*”²¹, sem todavia se confundir com ações de garantia ou com institutos específicos como o *habeas corpus* e outros.

O direito de Acesso é comumente categorizado como um direito fundamental prestacional, situado entre os de segunda dimensão²², daqueles que dependem de intervenções estatais (*facere*) para suas promoções, a fim de que se garanta a acessibilidade de todos, em igualdade de condições, a certos bens da vida, em juízo ou fora dele. Não à toa, o tema foi *habitué* no cenário Pós Segunda-Guerra Mundial, época de prestígio da filosofia do *welfare state*²³. *Esse componente prestacional talvez seja, mesmo, o de maior aderência a sua natureza, porém não o esgota. Pode-se enxergar o Acesso à Justiça também como uma espécie de liberdade fundamental, no sentido de máxima dirigida ao legislador para impor a estas vedações (non facere) a atos que atentem contra seu núcleo, com o objetivo de salvaguardar os mecanismos de proteção aos direitos*²⁴. Nessa acepção ele se revela como um direito civil de primeira dimensão, necessário à liberdade individual ao lado de direitos como a propriedade e a livre contratação, deles se diferenciando apenas por ligar-se à prerrogativa de proteger os direitos de cada um, em termos de igualdade, por meio do devido processo legal²⁵. Além disso, também se encontram conexões entre o Acesso e os direitos políticos, na medida em que, por meio de atos de reivindicação, é possível participar ativa e democraticamente da tomada de decisões públicas, no exercício de uma cidadania inclusiva²⁶. Não bastasse toda essa junção de elementos, a compreensão do Acesso à Justiça não se exaure nas relações entre Estado e particulares,

pressupondo, ainda, a atuação conjunta e o compartilhamento de responsabilidades entre o poder estatal e a sociedade civil²⁷.

Fala-se em Acesso à Justiça em todas as etapas dos episódios jurídicos²⁸. Desde quando desperta, na consciência de alguém, determinada dúvida ou problema jurídico, a ideia de Acesso vem garantir a assistência destinada à consultoria e ao aconselhamento jurídico, compreendendo estágios pré-processuais. Também com base no Acesso à Justiça é que se teoriza, caso persista o problema, o direito à assistência jurídica em processos extrajudiciais perante órgãos públicos e privados, ou, onde existe, na Jurisdição administrativa. Hoje já se compreende que a ideia de Acesso à Justiça inclui até mesmo os espaços privados de resolução de litígios, desde que adequados e eficientes, a exemplo de métodos alternativos (ADRs) como a mediação e a conciliação extrajudiciais. A isso tudo se soma o sentido clássico, inclusive mais intuitivo, de se associá-lo à disponibilização de representação judicial e à possibilidade de se reivindicar direitos em juízo, estendendo-se para garantir a tramitação adequada do processo judicial, até a fase final de julgamento e de execução do julgado²⁹. Nesse vasto firmamento o Acesso à Justiça acaba por envolver uma dupla dimensão³⁰: aquela privada ou particular, mais restrita, e uma outra pública, mais alargada. A primeira resulta da resolução, caso-a-caso, dos conflitos de interesses, viabilizando a fruição de direitos ou adjudicando soluções, em ordem a atender os interessados no resultado. A segunda advém do efeito difuso dessa resolução de problemas, que gera a restauração de legalidades violadas e, projetada em cenário mais amplo, fornece segurança, consagra direitos e deveres, estabiliza o desenvolvimento social e econômico e beneficia a coletividade.

Para ilustrar essas duas acepções, é relevante a contribuição doutrinária de Alessandra OSTI: *“Risulta dunque evidente da quanto detto che l’accesso alla giustizia contiene in sé una dimensione pubblica rilevante e prevalente rispetto a quella privatistica: esso serve ‘in primis’ per garantire, attraverso la soluzione di singole fattispecie, il*

*ripristino della legalità e la promozione dei diritti a vantaggio dell'intera collettività*³¹.

Também o papel dos intérpretes e aplicadores do direito, nos espectros nacional e internacional, é primordial para a definição do que se deve entender como conteúdo e extensão atuais do Acesso à Justiça. Cabe aos tribunais moldar a conformação do direito na medida em que vão surgindo as controvérsias, não estando tal definição vinculada apenas ao “grau de normatividade” ou à “amplitude dos meios de tutela disponibilizados”³², mas igualmente às possibilidades fáticas e às restrições instituídas em nome do interesse público e da racionalização dos serviços estatais. A discussão não é infensa à permanente tensão entre normatividade e fatores reais³³ que informa o problema da concretização de direitos. Tampouco fica presa em abstrações alheias ao teor das normas, dos precedentes, das tradições, das práticas processuais e das escolhas políticas de cada sistema³⁴.

Diante de tais observações sobre o Acesso à Justiça, é possível dizer que “...a fixação de sua moldura, conteúdo e significado tem se firmado como função atrelada ao exercício da atividade jurisdicional, confiada, no âmbito nacional, aos Tribunais nacionais quando confrontados com situações litigiosas, ao estabelecerem quais os sentidos e as extensões dos comandos normativos aplicáveis, e, no plano internacional e comunitário, é confiada às Cortes Supranacionais, instituídas como órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação dos tratados e demais diplomas internacionais e comunitários, e pela delimitação do teor dos direitos neles consagrados em consonância com as pautas políticas respaldadas nos respectivos tratados”³⁵.

Por tudo isso, vê-se que Acesso à Justiça é daquelas expressões caleidoscópicas, refletindo um conceito que “draws the mind to a multitude of questions about the sources of injustice and the legal systems around the world that have developed to help provide an avenue for redressing a wrong”³⁶. É possível afirmar que “Plusieurs notions entretiennent des liens étroits avec l'accès au juge”³⁷, conforme pode perceber nas referências históricas listadas e nos elementos que o integram. Por essa dispersão de sentidos, o

vocábulo acabou se convertendo em uma abreviatura para um conjunto de situações, uma série de problemas e vários objetivos. Enquanto alguns adotam visões mais estreitas, outros “*encompass in that single word nearly every problem experienced by the judicial system*”³⁸, tornando necessárias delimitações para a apreensão dos enfoques aqui atribuídos à temática.

Diante da multiplicidade de sentidos da expressão Acesso à Justiça (*lato sensu*) e da riqueza dos vários aspectos implicados no tema, já se observou que “*Il est paradoxalement plus aisé de définir ce que n'est pas le droit d'accès au juge plutôt que d'essayer de formaliser ce qui'il nest*”³⁹.

Para os propósitos do presente artigo, o Acesso à Justiça (*lato sensu*) é visto juridicamente, de modo delimitado, na concretude da **acessibilidade ao Judiciário e aos direitos** positivados ou extraídos da ordem jurídica, que definem “o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado”⁴⁰. Com a mesma abordagem adotada por Tom Conford, aqui o “*access to justice is access to legal justice it is not to be confused with justice in a more general sense*”⁴¹, inexistindo espaço para se adentrar em conceitos filosóficos de justiça.

Os estudos jurídicos sobre o Acesso à Justiça, por vezes, ocupam-se de questões internas ao direito positivo, mais dogmáticas⁴² e ligadas à efetividade do processo judicial como instrumento de resolução de conflitos⁴³. Nesse sentido, inclinam-se a avaliar sistemas específicos de direito processual, compreendendo as condições para o exercício do direito de agir, os pressupostos processuais, os procedimentos regentes das ações individuais e coletivas, as possibilidades recursais e outros. Nota-se, então, o enfoque em questões técnico-jurídicas, de dimensões formais e relacionadas às modalidades organizacionais para a acessibilidade à Justiça, bem como ao cálculo dos acertos e defeitos em um determinado sistema processual⁴⁴. Tem-se a perspectiva que se pode chamar de eminentemente **jurídico-processual**.

Com a mesma frequência, contudo, o tema é pesquisado em bases mais amplas, não limitadas à dogmática, situadas no

contexto do papel do sistema jurídico e da instituição judiciária em regimes democráticos, incluindo as relações entre sociedade e Estado, as intersecções entre direito e política e a própria justiça social. Segundo tal ótica, compreender o significado de Acesso à Justiça pressupõe “*an understanding of concepts such as separation of powers between the judiciary, executive, and legislative branches of government, the political question doctrine*”⁴⁵ e a própria história política. A atenção aqui está voltada às abordagens da justiça em geral ou, ainda, à extensão das atribuições cometidas aos juízes, no Estado de Direito, para garantia dos cidadãos. Está englobada a definição da justiciabilidade e do campo de jogo do Judiciário, em regimes democráticos, nas interações com os demais Poderes⁴⁶. É uma perspectiva, assim, de ordem **democrático-institucional**.

Apesar dessas distinções, não é recomendável clivar completamente tais formas de enxergar o Acesso à Justiça, tendo em vista a íntima correlação existente entre elas e o fato de que os institutos processuais preordenam-se, dentre outros fins, a viabilizar a atuação jurisdicional. Essa interação entre o direito constitucional de Acesso à Justiça e outros ramos jurídicos, em particular o direito processual, faz-se sentir com frequência e, em rigor, permite ao “*diritto costituzionale di forgiare il diritto processuale al fine di renderlo atto a tutelare in concreto i diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto, nell’ambito dei sempre necessari sforzi volti all’efficientamento del sistema giudiziario*”⁴⁷.

No estado da arte contemporâneo sobre o Acesso à Justiça também existem, basicamente, duas **concepções prevaletentes**⁴⁸, **as quais repercutem na maneira como o assunto é tradicionalmente tratado nas doutrinas estrangeira e nacional. Com a locução, pretende-se referenciar, em suma, “la possibilità per ogni essere umano di accedere agli strumenti, generalmente giurisdizionali”, mas também extrajudiciais, “predisposti dall’ordinamento, posti a tutela dei propri diritti o interessi”**⁴⁹.

A primeira concepção toma por Acesso à Justiça o *input* de dada pretensão, através do exercício do direito de ação, no sistema

judiciário institucionalizado. O espírito está em invocar a Jurisdição para a resolução do conflito, a declaração e a execução do direito aplicável⁵⁰, adotando-se uma “*approccio procedimentale che si resolve con la semplice equazione giustiziale/sistema giurisdizionale*”⁵¹. A segunda concepção, por outro lado, amplia a ideia de Acesso à Justiça para projetá-lo mais além da variável ligada à proposição da ação ou à utilização do sistema judiciário. Para tanto, avalia-se todo o contexto sócio-político-cultural e insere-se na análise o grau de informação jurídica⁵² e o nível de acessibilidade dos cidadãos aos direitos, ainda que a fruição ocorra fora do aparato judicial, seja em órgãos públicos, em processos administrativos, em arbitragens e mediações extrajudiciais ou agências informais e privadas de resolução de conflitos.

Sobre isso, doutrina acentua que o “direito de acesso à justiça é revelado como fórmula de realização do acesso ao direito que congrega o direito à informação jurídica e o direito à proteção jurídica, e como expressão da prerrogativa de acesso aos Tribunais consagrada no direito à tutela jurisdicional e na garantia de que a ninguém pode ser denegada justiça por insuficiência econômica”⁵³.

Na mesma direção, Herman Benjamin escreve que, em sentido estrito, o Acesso à Justiça “refere-se apenas a acesso à *tutela jurisdicional*, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo embora insuficiente, quer significar acesso à *tutela de direitos ou interesses violados*, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza preventiva, repressiva ou reparatória”⁵⁴.

Em consequência do que foi articulado até aqui, abstraídas discussões de base filosófica, pode-se elaborar um **conceito de Acesso à Justiça (*lato sensu*)**, num sentido jurídico, como o direito humano no campo internacional, e fundamental no plano interno, positivado comumente sob a forma de norma-princípio, ou mesmo implícito no ordenamento, com valor próprio e

também função instrumental a outros direitos, cujo conteúdo é complexo, permite enfoques técnico-processuais e democrático-institucionais, bem como envolve, preponderantemente, prestações estatais e condutas de atores privados, mas ainda incorpora aspectos de direitos de liberdade e participação, especificando-se (*strictu sensu*) nas possibilidades de (i) Acesso aos Tribunais para a prestação jurisdicional e de (ii) Acesso aos Direitos em palanques extrajudiciais, em termos de informação, consultoria e métodos alternativos de resolução de conflitos, noções que interagem entre si e têm seu conteúdo e extensão dependentes da tarefa interpretativa dos juízes, na tensão entre o grau de normatividade do direito e as restrições fáticas e jurídicas existentes.

A fim de melhor esclarecer e aprofundar as categorias Acesso ao Poder Judiciário e Acesso aos Direitos, acima diferenciadas, importante ampliar, na medida e nos limites possíveis desse artigo, seus conceitos e caracterizações.

O ***Acesso ao Poder Judiciário***, para que um terceiro imparcial, equidistante e independente⁵⁵, investido na função jurisdicional do Estado, resolva o conflito de interesses e promova o acerto e a execução do direito disputado, é, por natureza, o “*premier des droits procéduraux*”, que atua como lança e escudo de todos os direitos humanos⁵⁶, tendo em conta que intenciona ativá-los e defendê-los.

Apesar da manifesta relevância, não se pode contemplar o Acesso ao Juiz como algo absoluto e incondicionado, desde que “*peut faire l’objet de limitations*”⁵⁷. Há restrições fáticas e normativas, substanciais e processuais, ao Acesso, relativas a certos direitos e interesses tuteláveis, ou ao recolhimento de custas⁵⁸, e também a requisitos formais, assim como a prazos prescricionais, à coisa julgada e a outras restrições que confirmam ao instituto um tratamento jurídico justificado e proporcional, contanto que preservado seu núcleo essencial e a alma do direito a um processo judicial justo⁵⁹. Por outro lado, o direito não se atém a facilitar o ingresso no sistema de justiça, ou a assegurar a *day in Court*, mas

envolve um complexo instrumento de proteção, com posições ofensivas e defensivas, contendo as garantias do devido processo legal⁶⁰, do contraditório e da ampla defesa necessárias a um julgamento justo, efetivo, externado em decisão fundamentada e proferido num tempo razoável.

Em linhas gerais, o Acesso ao Judiciário é predicamentado como um direito essencial em ordenamentos democráticos, qualificado como o “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶¹. É uma espécie de “direito charneira”, cuja “denegação acarretaria a de todos os demais”⁶². Essas afirmações baseiam-se na lógica de que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais nas eras da humanidade seria um avanço inócuo sem os mecanismos para que tais direitos fossem exigíveis, sendo o Acesso ao Judiciário uma via de procedimentalização dos demais direitos. Garantir acessibilidade aos órgãos judiciais, assim, desponta como um dos deveres primários do governo, incluindo as áreas civil e criminal, a primeira regulando condutas privadas e a segunda ligada ao dever estatal de manter a ordem e a paz⁶³.

Similar pensamento é consagrado nas doutrinas estrangeira e nacional. Lenzerini ensina que “l’azionabilità di un diritto costituisce una condizione imprescindibile per garantirne l’effettività. In altre parole, il diritto di accesso alla giustizia (...) è funzionale alla realizzazzione e all’effettivo godimento dei ‘diritti primari’ riconosciuti”⁶⁴. Caplen também leciona que “*the importance of access to justice cannot be underestimated. It is a fundamental corollary of the rule of law because without access to justice the rule of law can be nothing more than just a concept, an ideal. If access to justice is absent, legal rights cannot be exercised and legal obligations cannot enforced. Nor can public or private bodies be challenged through the courts, or individuals brought to account. Access to justice is essential for a humane, just and civilized society*”⁶⁵.

Maria Tereza Sadek assinala que “os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O

Judiciário, desde este ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. Daí ser legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania”⁶⁶.

Os direitos fundamentais são enxergados como conquistas históricas no trajeto de eras evolutivas⁶⁷. Cuida-se daqueles direitos inerentes à pessoa humana (aspecto material), normalmente reconhecidos como direitos naturais ou previstos em Tratados de direitos humanos, que passam a ser considerados propriamente fundamentais a partir do momento em que são internalizados em disposições constitucionais (aspecto formal), destinando-se à promoção dos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade nas relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade e no interior desta última, horizontalmente. Eles se classificam em dimensões ou gerações⁶⁸: enquanto os direitos de primeira dimensão ligam-se ao signo político da liberdade e reclamam uma abstenção do Estado (propriedade, direitos políticos, garantias penais, etc), os de segunda dimensão vêm amparados nos valores da igualdade e bem-estar e demandam prestações estatais positivas (saúde, educação, segurança, assistência social, moradia, etc), ao passo em que os de terceira dimensão corporificam o compromisso solidário com o presente e o futuro e demandam o engajamento mútuo do Estado e da sociedade (meio ambiente, consumidor, desenvolvimento sustentável, etc)⁶⁹. Ao lado destes direitos clássicos são teorizados, ainda que com críticas quanto à necessidade dessas classificações, direitos de quarta dimensão, relacionados ao pluralismo político, ao progresso científico, à biotecnologia e à bioengenharia, bem como de quinta dimensão, como a paz, a autodeterminação dos povos e a cibernética⁷⁰. A ideia chave é a de que toda essa construção seria um elo perdido sem um Judiciário para assegurar tais direitos.

Em obra inglesa lançada na década de 90⁷¹, resultante de pesquisa encomendada pelo Lord Chancellor ao Master of Rolls, o magistrado Lord Woolf⁷², e cujo conteúdo foi determinante para o advento das Procedure Rules (CPR) de 1999⁷³, pode-se encontrar a enumeração de alguns dos princípios que, do ponto de vista do

Acesso ao Juiz, o sistema de justiça deve reunir para adimplir a sua função:

- (a) be just in the results it delivers
- (b) be fair in the way it treats litigants;
- (c) offer appropriate procedure at a reasonable cost;
- (d) deal with cases with reasonable speed;
- (e) be understandable to those who use it;
- (f) be responsive to the needs of those who use it;
- (g) provide as much as certainty as the nature of particular cases allows; and
- (h) be effective: adequately resourced and organised⁷⁴.

Paralelamente, contudo, ao Acesso aos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade, e mesmo a direitos privados e outros, mediante atuação do Judiciário, vem ganhando ares o pensamento de que a instituição judicial não é a única ou mesmo a principal encarregada, em um regime democrático e em um cenário de segurança jurídica, de viabilizar a fruição de tais direitos. Tampouco possui tal capacidade institucional⁷⁵, por variados motivos que não serão aqui tratados por delimitação temática. *O Acesso aos Direitos* em um palco pré ou para-judiciário⁷⁶ também se reveste de equivalente importância e depende de uma atuação sinérgica de todos os Poderes do Estado e da sociedade civil em geral⁷⁷, como, por exemplo, as profissões jurídicas, os órgãos públicos, privados e as entidades do terceiro setor. Isso exige do quadro de atores sociais um compartilhamento de responsabilidades e uma rede de mútuo apoio. Sob tal enfoque, “O cerne do acesso à justiça não é (...) possibilitar que todos vão a tribunal, mas sim que se realize a justiça no contexto em que se inserem as partes”⁷⁸, tendo em consideração o resultado da solução obtida⁷⁹.

Para que a fruição extrajudicial de direitos seja possível, é necessário que os cidadãos tenham informações suficientes sobre seus direitos e deveres, bem como possuam adequadas consultoria

e assistência jurídicas extrajudiciais, a fim de que ostentem discernimento para fazer valer suas eventuais prerrogativas, quando possível, já fora do espaço judicial⁸⁰. Existem canais adequados para isso perante os demais Poderes, os órgãos reguladores, os ambientes informatizados criados pela revolução tecnológica⁸¹ ou os métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem privadas, devendo-se trabalhar para que tais *locus* possuam qualidade e sejam equânimes e eficientes⁸². A informação e a consultoria jurídicas são elementos essenciais para tais propósitos, pois, ao gerarem uma cultura de conhecimento razoável sobre os direitos e deveres, tendem a contribuir, por um lado, para evitar as expectativas ilegítimas que desaguam em ações frívolas, e, por outro, para incentivar o cumprimento espontâneo das obrigações⁸³, de modo a fomentar um Acesso mais natural aos Direitos sem a prévia judicialização. Por isso o Acesso aos Direitos traz consigo algo como “uma vertente cultural (de sentido material, e não formal), padece meios com o que pode ser entendido por civismo”⁸⁴.

Como considerações finais, vale registrar que presente artigo buscou retratar o estado da arte do Acesso à Justiça (*lato sensu*). Duas possíveis perspectivas foram identificadas: uma jurídico-processual, atrelada à efetividade do processo como instrumento de resolução de conflitos, e outra democrático-institucional, ligada ao papel sistema jurídico e da instituição judiciária em regimes democráticos. Além dessas perspectivas, também foram encontradas e diferenciadas duas concepções de Acesso à Justiça: o Acesso ao Poder Judiciário e o Acesso aos Direitos. Enquanto aquele cuida das condições de acessibilidade aos órgãos jurisdicionais para a aplicação judicial de direitos, este privilegia a fruição de direitos em espaços extrajudiciais, desde que efetivos. E na dinâmica do Acesso à Justiça (*lato sensu*) insere-se também a coordenação entre esses dois *locus*, podendo-se afirmar que o aumento ou a redução do Acesso ao Judiciário pode influenciar no aumento ou redução do Acesso aos Direitos, sendo válida a recíproca.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende. O *case management* inglês: um sistema maduro? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** v. VII. p. 287-335. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21127/15217>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. L'accès a la justice au sein des droits de l'homme. *In:* BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement.** Toulouse: Presses de L'université Toulouse, 2016. p. 49-62.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de processo.* São Paulo: RT, v. 118. p. 75-88, novembro de 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico:** apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 de novembro 2016.

BÍBLIA, Antigo Testamento. Deuteronômio, 16:18. *In:* **A bíblia sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. LCC publicações eletrônicas. Disponível em:

<<http://www.culturabrasil.org/biblia.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L'età dei diritti*.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. *In*: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 01-09.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to internacional justice**. New York: Oxford University Press, 2011.

CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice: beyond the policies and politics of austerity**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 13-26.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 08. Título original: *Access to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report*.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1ª ed (ano 1998), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

CÓDIGO DE HAMURABI; código de manu (livros oitavo e novo); lei das XII tábuas. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2011.

CONFORD, TOM. The meaning of access to justice. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice: beyond the policies and politics of austerity**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 27-40.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 13 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. *Propos introductifs*, *In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit*. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 21-50.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*.

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1ed. Campinas: Bookseller, 2006. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*.

FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e <<common law>>: aspetti pubblicistici. *In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). Diritto costituzionale comparato*. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.

FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013.

FRANCIONI, Francesco. Il diritto di acesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. *In: FRANCIONI, Francesco; In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea*. Milano: Giuffré, 2009. p. 03-44.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

LENZERINI, Federico; MORI, Rebecca. Acesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti fondamentali. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffr , 2009. p. 149-174.

LIMA, George Marmelstein. **O Direito fundamental   a o: o direito de a o, o acesso   justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional   luz de uma adequada e atualizada teoria constitucional dos direitos fundamentais**. Fortaleza: georgemlima.blogspot.com, 1999. p. 30. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em 5 de janeiro de 2017.

MAGNA CARTA. **The great carter of english liberty granted: by king Jon at Runnemed at 15 june, 1215**. Nu Visions Publications LCC (recurso eletrônico – ebook): 2004, p. 09.

MAGNON, Xavier. L'acc s a la justice dans la théorie generale du droit. *In*: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'acc s   la justice em mati re d'environnement**. Toulouse: Presses de L'universit  Toulouse, 2016. p. 27-48.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e   justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MINIUSSI, Davide. Acesso Alla giustizia in matéria ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio. **DPCE online (S.1)**. v. 18, n. 2, p. 1-15. 2014. Disponível em: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/142>> Acesso em 14 de novembro de 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários   constitui o de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969**. 3^a ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MULLEN, Tom. Access to justice in administrative law and administrative justice. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice:**

beyond the policies and politics of austerity. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 69-104.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual – Rddp**. São Paulo, n.82, p. 43-53, janeiro 2010.

OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

PACINI, Marco. Il diritto di accesso ai giudici (Commento a corte europea dei diritti dell'uomo, sez. 5., 27 luglio 2007, ricorso n. 18806/02). **Giornale di diritto amministrativo**. v. 14, n. 7, p. 725-731. 2008. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/il-diritto-di-accesso-al-giudice/>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

PAROSKY, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008.

PUSTRONO, Pietro. Accesso alla giustizia e protezione diplomatica. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 69-78.

RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: V. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.

RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257-304.

SADEK, Maria Tereza. Introdução: experiências de Acesso à Justiça. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Accesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 07-10.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**. 2014. 128f. Curso de Mestrado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1589/Microsoft%20Word%20-%20Dissertação%20Bruno%20Definitiva.pdf>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7a ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

_____ (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School: n .156, p. 1-55, 2002.

TROISI, Claudia. Forme e Modelli di ADR. Profili sostanziali. *In*: AUTORINO, Gabriella; NOVIELLO, Daniela; TROISI, Claudia. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali**. Seconda edizione. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. p. 37-78.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. *In*: NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 07-11.

WOOLF, Lord. **Access to justice: final report**, by the right honourable the Lord Woolf, Master of the rolls. London: HMSO, 1996.

-
- [1] Doutor em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, *Dottorato in Giurisprudenza* pela *Università di Perugia* – Itália, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.
- [2] Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor e permanente e coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI. Professor visitante das Universidade de Perugia (Itália) e Alicante (Espanha)
- [3] Aos interessados, há importantes resgates históricos nas obras: PAROSKY, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 148-188; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 03-51; e MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016. p.19-51.
- [4] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual – Rddp**. São Paulo, n. 82, janeiro 2010, p. 43.
- [5] **CÓDIGO DE HAMURABI; código de manu (livros oitavo e novo); lei das XII tábuas**. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2011. p. 39-40.
- [6] LIMA, George Marmelstein. **O Direito fundamental à ação: o direito de ação, o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional à luz de uma adequada e atualizada teoria constitucional dos direitos fundamentais**. Fortaleza: georgemlima.blogspot.com, 1999. p. 30. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em 5 de janeiro de 2017.
- [7] BÍBLIA, Antigo Testamento. Deuteronômio, 16:18. *In: A bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. LCC publicações eletrônicas. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/biblia.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

- [8] O texto está disponível na seguinte obra: MAGNA CARTA. *The great carter of english liberty granted: by king Jon at Runnemed at 15 june, 1215*. Nu Visions Publications LCC (recurso eletrônico – ebook): 2004, p. 09. A redação acima transcrita corresponde ao item 40 da Magna Carta, seguindo a tradução livre: “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.
- [9] Sobre a categorização do Acesso como direito humano, conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3.
- [10] CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1ª ed (ano 1998), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87-95.
- [11] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**: com a emenda n. 1 de 1969. 3ª ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1987, p. 104.
- [12] A respeito: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. In: NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 7.
- [13] PUSTRONO, Pietro. Acesso alla giustizia e protezione diplomatica. In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’unione europea**. Milano: Giuffré, 2009. p. 69. Tradução livre: “O Acesso individual à justiça para a proteção de direitos constitui um direito humano fundamental, que parece ter assumido, ao menos em seu núcleo essencial, natureza consuetudinária. Reconhecido como direito protegido em diversos ordenamentos, o direito de acesso à justiça é agora contemplado em numerosos instrumentos convencionais de tutela de direitos humanos, parecendo representar, em tais sistemas, uma das garantias de maior relevância”.
- [14] MULLEN, Tom. Access to justice in administrative law and administrative justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice: beyond the policies and politics of austerity**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 69. Tradução livre: “quando houver recursos eficazes disponíveis para essa pessoa reivindicar seus direitos legais e promover seus interesses legalmente reconhecidos”.

- [15] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016. p. 147.
- [16] CONFORD, Tom. The meaning of access to justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. Access to justice. p. 29.
- [17] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 122.
- [18] Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 13 ed. Curitiba: Juruá Editora. 2012, p. 132.
- [19] Princípios e regras são, ambos, espécies do gênero normas jurídicas. Ricas são as discussões sobre os elementos que os diferenciam e elas não cabem neste artigo. Para os fins deste trabalho, adota-se a corrente segundo a qual a distinção entre normas-regras e normas-princípios reside, principalmente, em seus graus de abstração e generalidade, com reflexos nos mecanismos de aplicação. Enquanto as normas-regra são circunscritas, quase sempre, em pressupostos de fato que desencadeiam consequências jurídicas predeterminadas, os princípios, compreendidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico, possuem conteúdo aberto e notabilizam-se por maior dose de flexibilidade. A lógica de aplicação das regras, em razão dessa rigidez estrutural, parte da premissa do “tudo ou nada”: ou a regra se aplica a determinado caso ou não se aplica, porque consagra direitos definitivos e excludentes, não ostentando mecânica de funcionamento maleável. A incidência dos princípios, em contrapartida, admite ponderação. Dada a estrutura aberta, os princípios definem direitos *prima facie*, prescrevendo, como mandamentos de otimização, que esses direitos sejam realizados na maior extensão possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em caso de colisão entre princípios, portanto, admite-se ponderação, também balizada por inúmeros parâmetros que não cabem neste tópico. Sobre o assunto, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 86. Ainda: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*. p. 39-42.
- [20] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 15.

- [21] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 11 e 12. Tradução livre: “direito funcional ou servo” e “a adaptação do sistema jurídico aos direitos fundamentais”.
- [22] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 55 e 197.
- [23] CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 18.
- [24] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 22-23.
- [25] CONFORD, TOM. The meaning of access to justice. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 33.
- [26] A respeito: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- [27] Sobre o tema: RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: v. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.
- [28] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 148.
- [29] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 148-149.
- [30] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 12.
- [31] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**, p. 12. Tradução livre: “É evidente, portanto, a partir do que foi dito, que o acesso à justiça contém uma dimensão pública que é relevante e prevalente em relação àquela privada: serve principalmente para garantir, através da solução de casos individuais, a restauração da legalidade e a promoção de direitos para o benefício de toda a comunidade”.
- [32] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 94.

[33] A respeito, vale lembrar a notória contribuição de Konrad Hesse. Segundo o autor, embora a Constituição esteja condicionada pela realidade histórica ('ser'), ela não configura apenas a reprodução dessa realidade que a condiciona, mas apresenta, antes, uma força normativa também apta a conformar e ordenar a ordem política e social ('dever ser'), não devendo ser reputada, sempre, a parte mais fraca quando confrontada com fatores reais de poder. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

[34] Nesse sentido: MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 158.

[35] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 16.

[36] RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257. Tradução livre: "chama a mente para uma infinidade de questões sobre as formas de injustiça e os sistemas jurídicos, desenvolvidos ao redor do mundo, para construir caminhos destinados a corrigir um erro".

[37] DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. Propos introductifs, *In*: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit**. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 33. Tradução livre: "Vários conceitos possuem vínculos estreitos com a ideia de Acesso ao Juiz".

[38] JOHNSON JR., Earl. Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice**. v III: emerging issues and perspectives. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979, p. 07-08. Tradução livre do texto citado: "abrangem naquela única palavra quase todos os problemas experimentados pelo sistema judicial".

[39] DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. Propos introductifs, *In*: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge**. p. 32. Tradução livre: "É paradoxalmente mais fácil definir o que não é o direito de acesso ao juiz do que tentar formalizar o que ele é".

- [40] DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*. p. 122.
- [41] CONFORD, TOM. The meaning of access to justice. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 33. Tradução livre: “acesso à justiça é acesso à justiça legal, não devendo haver confusão com a ideia de justiça em um sentido mais geral”.
- [42] A análise dogmática, tradicionalmente, busca dar evidência a conceitos básicos construídos segundo a lógica do positivismo jurídico. A respeito: FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e <<common law>>: aspetti pubblicistici. *In*: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. p. 775.
- [43] A respeito: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 31.
- [44] Nesse sentido: MAGNON, Xavier. L'accès a la justice dans la théorie generale du droit. *In*: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. Toulouse: Presses de L'université Toulouse, 2016. p. 27
- [45] RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. p. 257-258. Tradução livre: “(...) uma compreensão de conceitos como a separação de poderes entre os ramos judiciário, executivo e legislativo do governo, a doutrina das questões políticas (...)”.
- [46] DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. Propos introductifs, *In*: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge**. p. 32.
- [47] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 151. Tradução livre: “direito constitucional forjar o direito processual a fim de torná-lo apto a tutelar os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito, no âmbito dos esforços, sempre necessários, para tornar o sistema judicial mais eficiente”.

- [48] Nesse sentido: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. p. 36.
- [49] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 11. Tradução livre: “a possibilidade a cada ser humano de ter acesso aos instrumentos, geralmente jurisdicionais”, “previstos no ordenamento, colocados à disposição para a tutela dos próprios direitos ou interesses”.
- [50] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: *Access to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report*. p. 08.
- [51] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 05. Tradução livre: “abordagem procedimental que se resolve na equação justiça/sistema jurisdicional”.
- [52] FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013, p. 21.
- [53] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 158.
- [54] BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. p. 06-07. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 de novembro 2016.
- [55] MAGNON, Xavier. L'accès a la justice dans la théorie generale du droit. *In*: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. p. 28.
- [56] ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. L'accès a la justice au sein des droits de l'homme. *In*: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. p. 51. Tradução livre: “primeiro dos direitos processuais”.
- [57] ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. . L'accès a la justice au sein des droits de l'homme. *In*: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. p. 53. Tradução livre: “pode estar sujeito a limitações”.

- [58] MINIUSSI, Davide. Acesso Alla giustizia in matéria ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio. **DPCE online (S.1)**. v. 18, n. 2, p. 1-15. 2014. Disponível em: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/142>> Acesso em 14 de novembro de 2017.
- [59] Nesse sentido: PACINI, Marco. Il diritto di accesso al giudici (Commento a corte europea dei diritti dell'uomo, sez. 5., 27 luglio 2007, ricorso n. 18806/02). **Giornale di diritto amministrativo**. v. 14, n. 7, p. 725-731. 2008. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/il-diritto-di-accesso-al-giudice/>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.
- [60] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The access of individuals to internacional justice*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 71.
- [61] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 12.
- [62] SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7a ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 146.
- [63] CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 13.
- [64] LENZERINI, Federico; MORI, Rebecca. Acesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti fondamentali. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. p. 155. Tradução livre: "(...) a acionabilidade de um direito constitui condição imprescindível para garantir sua eficácia. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça (...) é funcional para a realização e o gozo efetivo dos direitos primários reconhecidos"

[65] CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. *In*: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 24. Tradução livre: “A importância do acesso à justiça não pode ser subestimada. É um corolário fundamental do Estado de Direito porque, sem acesso à justiça, o Estado de Direito pode ser nada mais do que apenas um conceito, um ideal. Sem acesso à justiça, os direitos não podem ser exercidos e as obrigações não podem ser aplicadas. Nem os órgãos públicos, privados ou indivíduos podem ser desafiados perante os tribunais. O acesso à justiça é essencial para uma sociedade humana, justa e civilizada”.

[66] SADEK, Maria Tereza. Introdução: experiências de Acesso à Justiça. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7.

[67] A respeito: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L'età dei Diritti*.

[68] Dado o caráter complementar entre os direitos fundamentais, tem prevalecido o uso do vocábulo *dimensões* de direitos fundamentais, prioritariamente em relação ao designativo *gerações* de direitos fundamentais, precisamente porque a terminologia *gerações*, conforme a doutrina, transmite a impressão de que a série de direitos concebidos no período subsequente sucede e ultrapassa os direitos anteriormente reconhecidos, ocultando a complementariedade e coexistência entre direitos.

[69] A propósito, conferir: SALLES, Bruno Makowiecky. **Controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**. 2014. 128f. Curso de Mestrado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2014. p. 33-40. Disponível em: <<http://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1589/Microsoft%20Word%20-%20Dissertação%20Bruno%20Definitiva.pdf>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

[70] A propósito, conferir: SALLES, Bruno Makowiecky. **Controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**. 2014. p. 40-41.

[71] WOOLF, Lord. **Access to justice**: final report. By the right honourable the Lord Woolf, Master of the rolls. London: HMSO, 1996.

[72] O Lord Chancellor é membro do alto escalão do Governo e o Master of Rools é considerado o segundo juiz mais importante do país. Nesse sentido: ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende. O *case management* inglês: um sistema maduro? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. VII. p. 289. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21127/15217>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

[73] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de processo*. São Paulo: RT, v. 118. p. 75-88, novembro de 2004.

[74] WOOLF, Lord. **Access to justice**. p. 02. Tradução livre: “(a) ser justo nos resultados que fornece; (b) ser justo na maneira como trata os litigantes; (c) oferecer procedimentos adequados a um custo razoável; (d) lidar com casos com velocidade razoável; (e) ser compreensível para aqueles que o usam; (f) ser responsivo às necessidades daqueles o utilizam; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza de casos particulares permite; e (h) ser efetivos: dotados de recursos adequados e organizados.

[75] A respeito: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School: n .156, p. 1-55, 2002.

[76] RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 527.

[77] Sobre o tema: RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 523-543.

[78] A respeito: SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002. p. 11.

[79] OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell’access to justice**. p. 06.

[80] FOLLEVILLE, Clémence de. **L’accès au droit et à la justice**. p. 21.

[81] TROISI, Claudia. Forme e Modelli di ADR. Profili sostanziali. *In*: AUTORINO, Gabriella; NOVIELLO, Daniela; TROISI, Claudia. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali**. Seconda edizione. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. p. 75-76.

[82] FRANCONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. *In*: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. ***Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea.*** p. 03-06.

[83] SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça.** p. 11.

[84] RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados.** p. 531.

DA CRISE DA REPRESENTAÇÃO À CRISE DA JURISDIÇÃO E SEUS REFLEXOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Horácio Monteschio⁸⁵
Afonso Gustavo Martins⁸⁶

Resumo: O presente artigo aborda brevemente o retrospecto histórico quanto ao acesso à justiça como tema central. Como aspecto correlato a essa temática a crise da representação popular e, ato contínuo, a da jurisdição. Essa crise sistêmica será abordada à luz da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio e da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, vez que sob a perspectiva do silogismo aristotélico, partir-se-á da premissa maior sendo a análise constitucional quanto a soberania, artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, a tripartição do poder e a tratativa quanto ao acesso à justiça. A premissa menor é a análise da Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista nos artigos referentes ao acesso à justiça, artigo 790, §3º, que trata do benefício de justiça gratuita àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Artigo 790, §4º, versa sobre o tema àqueles que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Artigo 790-B, §4º, estabelece a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente ainda que beneficiário da justiça gratuita. Artigo 791-A, §4º, dispõe sobre os honorários de sucumbência, ainda, quando o vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e

somente poderão ser executadas e artigo 844, §2º, que dispõe na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do artigo 789 ainda que beneficiário da justiça gratuita. Para tanto vale-se o artigo da pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo.

Palavras-chave: Ordenamento jurídico; Representação legislativa adequada; Crise da jurisdição; Reforma trabalhista; Acesso à justiça.

1. INTRODUÇÃO

O título merece explicação, isso para esclarecer as razões pelas quais parte-se da ideia de representação legislativa e crise da jurisdição. Quanto àquela, a temática refere-se ao fato de ausência representativa da classe trabalhadora em sede do Congresso Nacional no que tange a elaboração da norma jurídica, sobretudo, no âmbito econômico-social, ou seja, há evidências quanto às motivações econômicas na proposta de reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017.

Exemplificativamente, enquanto a Confederação Nacional das Indústrias – CNI – patrocinava a causa patronal com o documento intitulado, 101 Propostas de Modernização Trabalhista, os empregados viram-se desguarnecidos de representação. No transcurso dos Projetos de Lei (Câmara dos Deputados e Senado), houve manifestações, mas não é disso que se trata a representação adequada, mas sim de participação efetiva na elaboração da norma jurídica.

Nesse viés, aborda-se a tripartição dos poderes vez que a representatividade popular, e/ou de classe, far-se-á no Congresso Nacional quanto a elaboração de normas relativas à tutela dos direitos laborais nesse particular. E a efetivação desses direitos e eventuais correções de aplicação far-se-á por intermédio do Poder Judiciário.

De qualquer sorte, o Congresso Nacional está sobremaneira a ater-se a questões de interesse das categorias de classe, seja ela qual

for. O Poder Legislativo deve observar o ordenamento constitucional quando pretende elaborar nova norma, isso porque, conforme Norberto Bobbio e Friedrich Müller, a estrutura do ordenamento jurídico exige coerência sistêmica.

Assim reside a necessidade da tratativa quanto à soberania popular representada pelos parlamentares nos termos dos art. 1º e 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em razão dessa assertiva é importante ressaltar a doutrina de Norberto Bobbio para quem “tanto a soberania quanto a jurisdição são interdependentes, ou seja, cada qual depende da outra para que se fale em harmonia em um Estado Democrático de Direito.”⁸⁷

Portanto, falar em representatividade popular, é falar também em tutela coletiva de direitos pela prestação jurisdição, os quais, não podem ser fragmentados. Em outras palavras, o que não se espera é a tutela de direitos de uma classe específica em detrimento a outra.

Diante do texto aprovado – Lei nº 13.467/2017 – o que parece é a sobreposição de direitos de uma classe em desfavor de outra de maneira que a prestação jurisdicional não fora à coletividade, nem tampouco essa parcela da sociedade – trabalhadores – não foram devidamente representados em sede de Congresso Nacional, de sorte que uma vez seus direitos se encontram fragilizados face ao poder econômico da classe empresarial, poder esse materializados no texto aprovado conhecido como Reforma Trabalhista.

Em outras palavras, se em sede legislativa a classe dos empregados não foram adequadamente representados, e também, ao que se verifica, pouco foi observado quanto às garantias constitucionais no que tange o acesso à justiça, não há que se falar em exercício regular da soberania popular representada de modo a atingir a totalidade da sociedade, razão pela qual, a ausência do devido representante em fase legislativa, fere inclusive a prestação jurisdicional, o que, por sua vez gera a crise da jurisdição instalada com a reforma trabalhista.

O que se apresenta nesse artigo, segundo a visão de Bobbio e Müller é que conforme a estrutura da norma e o ordenamento jurídico harmônico depende de uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, e isso é possível mediante a devida representação de classes em sede legislativa para a formulação da norma jurídica regente de determinada questão que envolva interesses individuais e/ou coletivos de categorias distintas, mas que são dependentes uma das outras. Nestes termos cabe destacar a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que “la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad.”⁸⁸

A elaboração da norma jurídica sem a devida representação legislativa tende a gerar crise da jurisdição, vez que o Poder Judiciário se vê competente e provocado a corrigir eventuais distorções da interpretação dada pelos operadores da lei e isso por falha do sistema legislativo que não observou a adequada representação na elaboração da norma.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico tratado é à luz da compreensão de Norberto Bobbio, contudo, vale-se do conceito exposto no artigo 8º do Código de Processo Civil que dispõe “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Esse conceito evidencia que o ordenamento é composto por várias normas, as quais tutelam o bem da vida demandado. Por ora parece óbvia essa afirmação, porém não é. O que se quer dizer refere-se a uma leitura sistêmica do todo sistema normativo estabelecido, leitura essa à luz da Constituição Federal. Nestes termos se trata de norma que atua sobre a interpretação de outras

normas: o juiz, considerando a dignidade da pessoa humana, deve atender aos fins sociais e as exigências do bem comum ao aplicar o ordenamento jurídico.

Corroborando com esse artigo a posição de Friedrich Müller ao esclarecer por intermédio da obra *Teoria Estruturando do Direito*, que norma vai além do texto normativo, ou seja, a norma é aplicada ao caso concreto de acordo com a peculiaridade exigida, sendo, portanto, o texto literal uma referência textual onde a norma se apoiará, contudo, é pela via da interpretação que a norma encontra aplicabilidade.

É importante salientar a importância da doutrina de Friedrich Müller especificamente de que “o direito não se apoia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística”.⁸⁹ Em outras palavras, a tutela jurisdicional pleiteada no caso concreto exige mais do que a subsunção do texto normativo ao caso concreto, a fim de verificar se aplica ou não àquele caso, mas, sobretudo depende de uma interpretação do texto capaz de se extrair a norma e se aplicar o direito.

A escolha pela teoria desenvolvida por Friedrich Müller se justifica nesse artigo, vez que, em linhas gerais o autor parte da necessidade de se interpretar o texto normativo a fim de se extrair o comando normativo e se aplicar o direito ao caso concreto, por outro, no que tange Bobbio, a sua teoria quanto ao ordenamento jurídico possibilita verificar a necessidade de se ter coerência, completude e unidade no sistema normativo.

Essas duas teorias, em uma visão rasa aborda sobre interpretação e sobre coerência, o que permite verificar que textos infraconstitucionais, sobretudo a Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – no que se refere ao acesso à justiça, carece de interpretação constitucional, bem como, de harmonia à luz do texto constitucional. Vez que o ordenamento jurídico, na perspectiva traçada aqui, embora composto de normas isoladas, somente faz sentido lógico-jurídico se aplicada pela via da

interpretação nos termos do artigo 8º do Código de Processo Civil que se fez questão de destacar acima.

2.1 Tripartição de poderes e a soberania

A explicação para partir da análise da tripartição dos poderes⁹⁰ se justifica pelo fato de que o artigo aborda a formação da norma pelo Poder Legislativo e a aplicação pelo Poder Judiciário. A importância da jurisdição aqui recebe por parte de Nelson Nery Junior o caráter de “seu exercício é realizado pelo Estado por meio de três funções: legislação, administração e jurisdição.”⁹¹

A tripartição de poderes, na doutrina de André Ramos Tavares, fixa a “separação dos poderes estatais”⁹² a qual, na realidade, acarreta a distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado, com o objetivo de especializar a atuação estatal, bem como, corroborar a ideia assimilada dos norte americanos do sistema de *check and balances*, ou seja, um sistema de freios e contra pesos que venha a equilibrar as “forças” entre os poderes, tornando-os harmônicos e independentes.

Dentro das funções estatais consagradas no texto constitucional pátrio, ao Poder Legislativo, no âmbito federal, o qual é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 44 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os artigos 45 e 46 da Carta Magna, versam sobre a composição do Congresso Nacional. Sendo a Câmara dos Deputados responsável por representar o povo e o Senado compõem-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal. Nesse sentido, a composição do Congresso Nacional se justifica para representar interesses da coletividade a fim de atingir o bem comum.

Por outro, a soberania é relevante nesse artigo porque se liga ao fundamento do regime de governo do Estado Brasileiro nos termos do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil⁹³ de 1988. Sendo, portanto, a soberania representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, assim retratadas

na doutrina de Nelson Nery Junior, “significa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente”.⁹⁴

Nesse sentido, compete mencionar o art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao dispor que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto secreto, com valor igual para todos (...)”. Por conseguinte, compete ao Poder Legislativo a elaboração do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁹⁵ Sendo que a composição desse Poder é mediante o exercício da soberania popular materializado pelo sufrágio universal e voto secreto.

Tratar da soberania e da função legislativa do Estado é sobremaneira pertinente a este artigo, porque sendo a soberania popular exercida pelos representantes eleitos democraticamente, isso significa que a representação deve ser adequada o que, por sua vez, pressupõe observância quanto ao objeto e seus destinatários.

É importante ressaltar a simbiose existente entre o direito processual e a sua convivência com a sociologia, ainda mais dentro de uma temática que envolve o processo legislativo, para tanto é oportuno citar a doutrina de André Ramos Tavares:

A expressão “processo legislativo”, adverte Nelson de Souza Sampaio, tanto pode ser considerada em seu sentido sociológico como no jurídico.

Sociologicamente, processo legislativo “refere-se ao conjunto de fatores reais ou fáticos que põem em movimento os legisladores e o modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa”. (...)

Juridicamente, o processo legislativo insere-se na noção ampla de processo, de Direito Processual. Por meio deste, “o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas”.⁹⁶

Em seu sentido jurídico, o processo legislativo vem corroborar para a elaboração de outras normas jurídicas a fim de comporem o ordenamento pátrio. Por outro, em seu aspecto sociológico, leva-se em conta a experiência, empirismo, a realidade social posta que influencia e exige de certa maneira a intervenção legislativa para regular determinada situação e/ou comportamento individual ou coletivo.

Assim, como o objeto deste artigo é o tema sobre o acesso à justiça tratado na Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 – Reforma Trabalhista – a qual é uma lei ordinária, faz-se necessário observar além do seu trâmite formal, se a soberania popular fora exercida de maneira plena, ou seja, de maneira que os interesses tenham sido devidamente e adequadamente representados.

Dito em outras palavras, a soberania popular exercida pelos congressistas pressupõe representação adequada dos interesses. Em se tratando de legislação trabalhista, há pelo menos duas categorias interessadas, a patronal e a dos empregados, ambas dependem de representação para que suas pretensões sejam apreciadas e pautadas para deliberações e formulação da estrutura normativa que regerá a relação jurídico – social e econômica – estabelecida entre as classes.

2.2 Ordenamento jurídico constitucional e o acesso à justiça

A importância para o Estado Democrático de Direito do livre acesso ao Poder Judiciário, bem como a garantia ofertada pelo Estado de acesso a todos os cidadãos encontra-se indelevelmente presente no texto Constitucional pátrio, recebe fundamento ainda mais específico com a redação ofertada pelos inc. XXXV⁹⁷ e LXXIV⁹⁸ do art. 5º, para os quais Nelson Nery Junior assevera em sua doutrina a sua estratégica relevância:

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio

constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.⁹⁹

O princípio constitucional de amplo acesso à justiça “é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas,”¹⁰⁰ sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. É por demais importante ressaltar o posicionamento doutrinário assumido por Fábio Alexandre Coelho sobre a temática do acesso a justiça, nos seguintes termos:

O acesso à justiça não significa simplesmente a possibilidade de solicitar aos órgãos jurisdicionais que apreciem uma pretensão baseada na suposta existência de lesão ou ameaça de direito. De fato, o acesso à justiça é acompanhado de inúmeras garantias, sendo a principal delas a obediência ao devido processo legal. Além do aspecto formal, a decisão deve ser justa e acompanhada de “mios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial”. Portanto, é necessário diferenciar acesso à justiça no sentido formal (mero ingresso) de acesso à justiça no sentido material (colocação à disposição de pessoas de mecanismos que permitam não apenas o acesso, mas também, a defesa adequada do interesse).¹⁰¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao consagrar o princípio de amplo acesso à justiça limita por si só a atuação do Poder Legislativo em legislar em sentido contrário, impondo, os referidos dispositivos constitucionais, um verdadeiro efeito paralisante, inibidor para possíveis práticas legislativas que tenham por escopo, ainda que superficial, limitar o acesso a todos os brasileiros e estrangeiros que estão em território pátrio à proteção de seus direitos perante o Poder Judiciário.

Essa constatação doutrinária evidencia que o Poder Legislativo ao elaborar a chamada Reforma Trabalhista nos termos constantes

nos artigos citados a seguir, fere o princípio constitucional de acesso à justiça vez que limitativo e/ou inibidor do exercício do direito à prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Assim, embora positivado o direito ao acesso à justiça, essa expressão é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios.

2.3 Alguns obstáculos ao acesso à justiça

Falar em acesso à justiça significa a possibilidade de restrição e/ou mitigação desse direito constitucional. “a expressão acesso à justiça contém, em si, a ideia de que, de algum modo, este acesso está sendo obstruído. Ou então não faria sentido à discussão em torno do acesso àquilo que não encontra barreira à acessibilidade”.¹⁰²

Mesmo que em breves palavras, é possível notar que mesmo com previsão constitucional, o exercício do direito ao acesso à justiça resta ameaçado pela via legislativa quando inobservado o comando normativo Constitucional. Não raro, são promulgadas leis infraconstitucional restringindo tal direito, de maneira que, conforme a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 5677 que será melhor tratada no item 3.1, faz-se necessário tratar do tema a fim de que a garantia constitucional seja preservada.

Entre os obstáculos a serem tratados nesse artigo, destacam-se o custo e o lapso temporal, assim, apresenta-se à luz de Mauro Cappelletti e Briant Garth, as razões pelas quais “isso obstrui o exercício pleno da prestação jurisdicional.”¹⁰³

2.3.1 Custas judiciais como obstáculo de acesso ao poder judiciário

No que concerne às custas judiciais, em face da previsão Constitucional prevista no inc. LXXIV do art. 5º, o Estado

prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Além da questão da comprovação, há o fator do risco do processo e seu proveito econômico, bem como a própria disponibilidade financeira dos litigantes.

Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni ressalta que “o obstáculo econômico para o efetivo acesso à justiça dá-se quando da incompatibilidade entre a quantia financeira disponível dos litigantes e o valor a ser despendido”¹⁰⁴. Tal afirmação decorre da própria face perversa do obstáculo que se caracteriza o excessivo custo do processo. O custo ainda envolve os gastos com a estrutura dos tribunais, o que sob a ótica de Mauro Cappelletti e Briant Garth representa a “resolução formal de litígios”.¹⁰⁵

Em tempos pretéritos não havia qualquer preocupação no que concerne a desigualdade e os custos processuais pelo Estado, “na época dos Estados liberais burgueses, por direito de ação entendia-se apenas o direito formal de propor uma ação. Estaria em juízo quem pudesse suportar os custos de uma demanda, pois a desigualdade econômica e social não era objeto das preocupações do Estado”.¹⁰⁶

É relevante ressaltar a importância, cada vez mais crescente, das práticas processuais necessárias a inclusão de todos sob o manto protetivo dos seus direitos, assim “na perspectiva igualitária, como os fenômenos do multiculturalismo e do pluralismo, marcam a democracia contemporânea, o Estado, longe de eliminar qualquer desígnio ou valor, deve reconhecer como valioso todos os projetos de vida – inclusive os minoritários”¹⁰⁷

Verifica-se, por conseguinte, também as custas adjacentes, como a sucumbência a qual onera a parte vencida, o que para Mauro Cappelletti e Briant Garth acaba por impor “os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”.¹⁰⁸

Nesse sentido, a questão econômica encontra guarida para viabilizar a prestação jurisdicional ou não. Em outras palavras, a

tutela do Estado juiz fica refém do estado financeiro dos litigantes, ora jurisdicionados. O que se vê com a Reforma Trabalhista nesse artigo, perpassa, também por essa problemática, a restrição econômica para o exercício de um direito constitucionalmente garantido.

2.3.2 A demora na prestação da tutela jurisdicional representa prejuízo difuso

A temporalidade relativa à duração do processo, tão questionada inclusive por setores do próprio Poder Judiciário brasileiro, acabou por ser alçada a princípio explícito no texto constitucional passando a compor o rol dos direitos e garantias fundamentais, na Constituição Federal de 1988, que pela Emenda Constitucional 45, também denominada de Emenda de Reforma do Poder Judiciário, consagrou, agora no art. 5º, o inciso LXXVIII, “que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A questão de imprevisibilidade temporal quanto à demora processual reflete no acesso à justiça, sobretudo porque torna a prestação jurisdicional intempestiva, tardia. Não há como se esquivar da afirmação na qual justiça tardia é claramente injustiça, tal afirmação encontra consonância com a doutrina de Murilo Gasparini Moreno “Assim, uma medida pode ser considerada eficiente, em seu sentido amplo, e de razoável duração, se utilizar o mínimo de recursos e se atingi o máximo de resultados em tempo razoável, ou seja, a medida deve ser eficiente de forma específica e efetivamente, ambos no tempo certo.”¹⁰⁹

O lapso temporal como obstáculo ao acesso à justiça reflete a precariedade na prestação jurisdicional, vez que sob o fundamento de diminuiu o tempo de espera processual, o autor por vezes se vê compelido a firmar um acordo, mesmo que lhe custe prejuízos financeiros e/ou diminuição do valor efetivo que teria direito a receber, para que não experimente o transcurso do tempo e a

incerteza de quando ocorrerá o trânsito em julgado e execução exitosa.

3. A REFORMA TRABALHISTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO

A Justiça do Trabalho é, em última análise, uma das expressões desse Estado Social, isso porque previsto na Constituição Federal em seus artigos 6º, 7º e 8º vem a disciplinar a matéria dos direitos sociais, trabalhistas e livre associação, na medida em que um dos pressupostos desse direito é que há uma dicotomia entre empregado e empregador que deve ser sanado com a atuação jurídica estatal.

Assim, a tutela dos direitos trabalhistas a fim de garantir-lhes proteção em face a um cenário desfavorável e desproporcional, faz-se necessária a Intervenção Estatal por intermédio do Poder Judiciário que se depara com a realidade posta e não com aquela realidade pressuposta e textualizada na letra da lei.

Com o advento da Lei nº. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – a qual alterou diversos dispositivos, sobretudo no que tange ao acesso à justiça, a preocupação e intervenção do Poder Judiciário se intensifica, vez que se antes da alteração legislativa, as demandas laborais já eram em grande escala por desrespeito à legislação laboral, o que esperar da nova regra quando vem mitigar o exercício desse direito constitucionalmente garantido, o acesso à justiça?

O que se verifica é, além da especulação econômica que fundamenta a elaboração da norma jurídica, também uma preocupação em diminuir as demandas trabalhistas, contudo, elegendo a via da negação do direito ao acesso à justiça. Em outras palavras, mitigar o exercício de um direito constitucional não equivale a prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva somente pelo fato de diminuição das demandas, isso mais se aproxima de uma incompetência legislativa e judiciária em resolver um problema sem diminuir um direito.

Portanto, ao se falar em deficiência na prestação jurisdicional e também da ausência de representação adequada no Congresso Nacional, é atribuir responsabilidade aos eleitores, vez que destinatários das normas estatuídas pelos parlamentares que eleitos democraticamente as promulgam. Assim, a crise da representação adequada precede a crise da jurisdição o que fere o exercício de direitos constitucionalmente previstos, nesse particular, o acesso à justiça.

3.1 O acesso à justiça – a vinculação infraconstitucional face ao ordenamento constitucional

A elaboração da norma jurídica deve observar o comando normativo constitucional, isso porque, conforme esclarece Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico é um “sistema, uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem.”¹¹⁰ Ou seja, há prevalência de normas constitucionais em face às infraconstitucionais, estas devem seguir e/ou garantir os direitos naquela Carta Maior, podendo ampliá-las, porém, jamais diminuí-las ou contrariá-las.

Sobre esse assunto Robert Alexy ressalta o que “é válido para normas isoladas pode não valer para um sistema jurídico como um todo.”¹¹¹ Sobreleva enfatizar o fato de que é justamente o que se depara ao ler os dispositivos infraconstitucionais contido na Lei nº 13.467/2017, ao tratar da temática do acesso à justiça.

Corroborando com esse artigo a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 5677 no Supremo Tribunal Federal, a qual tem por objeto vários dispositivos da Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – todos com pertinência ao acesso à justiça. Os dispositivos tratados nessa ADIN são:

Artigo 790, §3º, que trata do benefício da justiça gratuita àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Artigo 790, §4º, versa sobre o tema àqueles que comprovar insuficiência de recursos para o

pagamento das custas do processo. Artigo 790-B, §4º, estabelece a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Artigo 791-A, §4º, dispõe sobre os honorários de sucumbência, ainda, quando o vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas, e, artigo 844, §2º, que dispõe na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Extraí-se dessa ADI 5766 ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, ao deparar-se com alguns dispositivos do texto legal da Lei nº 13.467/2017, observou inconstitucionalidades, ou seja, falta de unidade, incoerência e incompletude sistêmica da Lei Ordinária com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal extraí-se as razões contidas na ADI 5766:

Impõem “restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”. Segundo o procurador, as normas violam as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados. (...) “Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.**112**”

Têm-se, portanto, uma maximização dos riscos da demanda trabalhista para o autor, e uma minimização do exercício do direito constitucional ao acesso à justiça, vez que, conforme a seguir, a realidade legislativa laboral concedia ao trabalhador uma amplitude de acesso ao Poder Judiciário, por outro, com o advento da Lei nº. 13.467/2017, além de se mitigar tal direito, aumentaram-se os riscos.

O autor – por vezes – o trabalhador deve suportar os riscos da demanda trabalhista em vários aspectos, como dito, obstáculo do custo pecuniário e temporal. Não obstante, o custo pecuniário triplica-se com a Reforma Trabalhista, além do pagamento dos honorários contratuais, agora há previsão dos honorários de sucumbência, periciais e custas processuais.

No exercício da sua função típica, o Poder Legislativo além de não observar o texto Constitucional referente a matéria, gratuidade da justiça e, por conseguinte, acesso à justiça, também, omite-se, conseqüentemente no que tange a representação adequada da classe trabalhadora.

Essa questão estará melhor esclarecida no item 4 e seguintes, ao expor a influência da Confederação Nacional das Indústrias – CNI – representando a classe patronal com a elaboração do documento intitulado as 101 Propostas de Modernização Trabalhista sob o Congresso e, em contrapartida, não se verifica no Congresso Nacional a representatividade dos interesses da classe dos trabalhadores. O que se têm, são movimentos contrários a edição da Lei nº. 13.467/2017, contudo, sem a capacidade postulatória ou legitimidade de representação política ou jurídica para tutela dos direitos dessa segunda classe.

Em outras palavras, por fim, restaria aos parlamentares, que eleitos democraticamente como representantes do povo, portanto, no exercício da soberania popular, tutelar os direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, sobretudo, ao acesso à justiça.

Em síntese, a classe trabalhadora (povo), que nos termos do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que o modo de exercício da soberania popular se dará pelo voto secreto e direito, isso pressupõe a não eleição de representantes que não defendam seus interesses, sobretudo legislando em sentido contrário e prejudicial aos direitos constitucionalmente previstos.

Ora, se os interesses não foram atendidos, nem tampouco seus direitos assegurados pelos supostos representantes, isso significa que não houve representação adequada, o que, por sua vez fere um princípio e fundamento constitucional, o da soberania popular.

3.2 O acesso à justiça: como era e como ficou pós reforma trabalhista

Ao cotejar analiticamente esses dois momentos é pertinente para evidenciar que o acesso à justiça fora mitigado com a promulgação da Reforma Trabalhista, nesse sentido, em breves palavras, trata-se de maneira dialógica o tema a fim de demonstrar como era e, posteriormente como ficou.

Os dispositivos legais que ladeiam a temática deste trabalho, inicia-se com o artigo 790, que trata a forma de pagamento das custas e emolumentos, com o advento da Lei nº 13.467/2017, fora alterado o parágrafo 3º¹¹³, suprimindo parte do texto que versava quando a possibilidade do reclamante declarar não ter condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A alteração legislativa afasta a possibilidade da declaração de hipossuficiência e passa a estabelecer que a benesse do benefício da justiça gratuita pode ser concedida àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A forma trazida pela nova redação afasta a boa-fé presumida da declaração de hipossuficiência e adota um critério objetivo, embora isso signifique por consequência, dificultar o acesso à

justiça, no que concerne a essa temática é importante trazer ao lume a doutrina elaborada por Homero Batista Mateus da Silva:

Há praticamente presunção absoluta, nos julgados trabalhistas, quanto à pobreza declarada pelo trabalhador desempregado, quando, na verdade, deveríamos lidar com o conceito de presunção relativa, admitindo provas contrárias à alegação de pobreza jurídica. Andou-se muito para ficar no mesmo ponto. Mera troca de salários-mínimos por percentual de teto previdenciário pouco importa para o debate.¹¹⁴

Outra alteração encontra-se no artigo 790, §4º, disciplinando que o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo passaram ser disciplinadas sob a égide de uma comprovação de insuficiência de recursos, assim destacadas na doutrina de Leonardo Dias Borges, “a redação do §4º apenas exige a comprovação para a insuficiência de recursos para fins de pagamento das custas. Fica a pergunta: e quanto às demais despesas, como os honorários do tradutor, as diligências relativamente às inscrições de atos constritivos, entre outras?”.¹¹⁵

O objetivo deste artigo não é apresentar a resposta a essas perguntas, mas levantar os questionamentos capazes da reflexão e construção da solução, pois o acesso à justiça estaria impossibilitado pelo simples fato de se exigir, do hipossuficiente, o pagamento de despesas processuais, violando-se um dos direitos fundamentais.

Segue-se com a análise das alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.467/2017, que em seu artigo 790-B, disciplina que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita, e mais, acresce o §4º que dispõe que somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa

referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

A redação apenas mantém a União como garantidora dos honorários periciais, desde que esgotadas as pesquisas sobre eventuais créditos trabalhistas do mesmo reclamante.

Por sua vez, o artigo 791-A, §4º, inaugura a figura dos honorários de sucumbência, não havia referência no diploma laboral anterior, nesse sentido o *caput* do artigo dispõem:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Cabe ressaltar e novamente citar Homero Batista Mateus da Silva, “a inauguração dos honorários de sucumbência no processo do trabalho é um divisor de águas, uma quebra de paradigma, um momento decisivo em sua história e, para muitos, o início do fim do processo do trabalho como um ramo autônomo, que procurava sua afirmação dogmática”.¹¹⁶

Outra inovação encontra-se no §4º deste mesmo artigo, que estabelece que vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Veja-se que há uma nova regra, a da condição suspensiva para a cobrança da verba honorária, em se tratando de beneficiário da gratuidade.

Até aqui se verifica a dificuldade aos reclamantes em demandarem, vez que os riscos econômicos empregados na reforma trabalhista foram maximizados sobremaneira, o que não significa efetividade da prestação jurisdicional, mas sim em limitação da sua prestação o que fere o direito fundamental de acesso à justiça, e, por conseguinte, acarreta em crise da jurisdição.

Por fim, o artigo 844, dispõe que o não comparecimento do reclamante à audiência importa arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Sendo acrescido o parágrafo segundo pela Lei nº. 13.467/2017, que menciona que na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Outra novidade presente na reforma trabalhista está prevista na exigência de recolhimentos das custas processual para o arquivamento dos autos, ainda que o trabalhador seja beneficiário da justiça gratuita, assim destacadas por Homero Batista Mateus da Silva:

Por sua vez, o parágrafo segunda passa a exigir o recolhimento das custas processuais decorrentes do arquivamento, ainda que o trabalhador seja beneficiário da justiça gratuita. Essa é realmente uma grande novidade na legislação processual, trabalhista ou civil, porque em geral a justiça gratuita abrange as custas processuais. Claramente a reforma entendeu que as custas assumem um caráter indenizatório ou punitivo, afastando-se do campo das despesas processuais.¹¹⁷

Esses dispositivos aqui tratados possuem caráter de restrição ao exercício de um direito constitucionalmente previsto, o de acesso à justiça, e, isso origina-se na barreira financeira e risco econômico

que o jurisdicionado passa a ter com o advento da Lei nº 13.467/2017.

CONCLUSÕES

O Estado Democrático de Direito se caracteriza por esse binômio, político e jurídico, ou seja, se constitui pela representação popular pela via do Poder Legislativo, e, pela via da prestação jurisdicional por intermédio do Poder Judiciário. Completa a conceituação de tripartição o Poder Executivo, porém não é objeto deste artigo a sua análise e participação, embora possua previsão constitucional para elaboração da norma jurídica.

A reflexão deixada nesse artigo perpassa por temas originários do Poder Legislativo e sua representação da soberania popular, conforme art. 14 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, de maneira que é presumida que a elaboração da norma jurídica atende o interesse da sociedade, se não em sua totalidade, ao menos não mitigando direitos já previsto, sobretudo constitucionalmente.

Outro tópico tangencia pela representação adequada na elaboração da norma jurídica em fase Legislativa, de maneira que sendo os destinatários daquele Projeto de Lei devidamente e adequadamente representados, a possibilidade de se estruturar e elaborar a norma geraria ao ordenamento jurídico maior concretude, unidade e coerência, conforme abordado na visão dos doutrinadores citados.

A justificativa para estruturar o artigo na forma em que fora realizado se dá na medida em que, para se falar de crise da jurisdição é necessário buscar uma causa originária. O que se considera nesse trabalho ser a origem a crise de representação adequada na esfera legislativa.

Para exemplificar a falta de representação adequada, vale-se da Lei nº 13.467/2017, Reforma Trabalhista, a qual teve de um lado seus interesses representados pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI – com a apresentação do documento intitulado:

101 Propostas para Modernização Trabalhista, e por outro, não se viu representantes da classe dos empregados. Conforme abordado no artigo, houve manifestações populares, e de classes dos magistrados, procuradores, auditores do trabalho em sentido contrário a alteração legislativa.

Veja-se que a representação adequada não é a competição de qual argumento é mais favorável para a elaboração da norma jurídica, mas, sobretudo liga-se a fundamentos constitucionais de pleno exercício da soberania popular, esse representada pelos congressistas, e das garantias constitucionais de acesso à justiça.

Pois bem, a edição da Lei nº 13.467/2017, não se mostra atenta a esses dois quesitos, vez que não representa o interesse de boa parte da sociedade – empregados – portanto, não respeita o conceito de soberania popular, tampouco se vinculam a questões de Inconstitucionalidade dos dispositivos que atentam contra o acesso à justiça.

Portanto, uma lei ordinária, como é o caso da lei da Reforma Trabalhista, que não se ateve ao interesse social, por sua vez, ignorou o fundamento constitucional de soberania popular presente no art. 14, da Constituição Federal de 1988, corroborando para a falta de representação legislativa adequada para a elaboração da norma jurídica, e mais, não estruturou a norma segundo critérios, fundamentos e princípios constitucionais, sobretudo no que tange o acesso à justiça, é uma lei por si só inconstitucional.

Conforme exposto no artigo, a ADI 5766 apresenta as inconstitucionalidades pertinentes ao acesso à justiça, o que já é suficiente para instauração da crise da jurisdição. Nesse sentido, a soberania popular e a prestação jurisdicional como fundamento e garantia constitucional à sociedade, que são os destinatários das normas, se não foram adequadamente representados, não há que se falar em exercício da soberania de forma plena, vez que parte da população e/ou destinatários da norma não participaram do processo de elaboração da norma jurídica.

Assim, falta de representação adequada em sede legislativa é igual a falha na prestação jurisdicional o que equivale a crise da jurisdição. Por fim, falta de representação adequada é igual a crise da jurisdição, esta, por sua vez resulta em falha na prestação jurisdicional, que se caracteriza sendo intempestiva, inadequada e não efetiva, essas consequências negam o acesso à justiça e, sem acesso à justiça, o Estado Democrático de Direito está fadado à falência institucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

_____. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 253.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. (Lei da Reforma trabalhista) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 5 de março. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Unb. 2014.

BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Rio de Janeiro : Método, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teria geral do processo**. São Paulo : Juarez de Oliveira. 2007.

GOMES NETO, Indalécio. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba : J M. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las partes em el proceso civil**. Revista de Processo, São Paulo. n. 44, p. 182, out/dez. 1986.

MORENO, Murilo Gasparini. **O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo**. Curitiba : Edição do autor, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentário à reforma trabalhista, análise da lei 13.467/2017**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Curso de direito do trabalho aplicado. Vl. 7, direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instruções de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 1997.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro : Forense 2012.

[85] Doutorando pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Mestre em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR Maringá; ex-Secretário de Estado da Indústria, Comércio do Paraná; ex-Secretário Municipal de Curitiba. Professor da UNICURITIBA. h.monteschio@uol.com.br

[86] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania – Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba – PR. E-mail: gustavoamartins.cwb@gmail.com

[87] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Unb. 2014.p.40.

[88] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las partes em el proceso civil**. Revista de Processo, São Paulo. n. 44, p. 182, out/dez. 1986.

[89] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 191.

[90] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

[91] NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

[92] TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional, São Paulo : Saraiva, 213, p. 918.

[93] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania; (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[94] Idem, p. 177.

[95] Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[96] TAVARES, André Ramos, op. cit. p.996.

[97] Art. 5º, XXXV, A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[98] Art. 5º, LXXIV, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

[99] NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 223.

[100] TAVARES, André Ramos, op. cit. p. 584.

[101] COELHO. Fábio Alexandre. **Teria geral do processo**. São Paulo : Juarez de Oliveira. 2007, p. 14.

[102] GOMES NETO, Indalécio. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba : J M. 2000. p. 145.

[103] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002.p.18.

[104] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

[105] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Briant. Op. cit. p. 15.

[106] Idem, p. 187.

[107] TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense 2012, p. 54.

[108] Idem p. 18.

[109] MORENO, Murilo Gasparini. **O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo**. Curitiba: Edição do autor, 2016, p. 39.

[110] BOBBIO, Norberto, op. cit. p. 77.

[111] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 253.

[112] PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. Disponível *in* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910> <<acesso em 10 de janeiro de 2018>>.

[113] Art. 790, §3º, É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

[114] SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentário à reforma trabalhista, análise da lei 13.467/2017**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 136.

[115] BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Rio de Janeiro : Método, 2017, p. 139.

[116] SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit. p. 140.

[117] SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit. p. 158.

ACESSO À JUSTIÇA E SUA PERSPECTIVA NO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Marisa Rossignoli¹¹⁸

Virgínia Ramos Castilho¹¹⁹

Régis Canale dos Santos¹²⁰

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise do estudo do acesso à justiça e do princípio da efetividade processual. A problematização decorre da compreensão da releitura dada ao princípio da efetividade em face dos preceitos constitucionais e do novo Código de Processo Civil objetivando discutir se possui correlação ou não com o acesso à justiça. Foi abordado o acesso à justiça através da perspectiva do Projeto Florença, um estudo aprofundado sobre referido direito, bem como as ondas renovatórias do acesso à justiça. Utiliza-se o métodos dedutivo e o estudo foi feito por meio de revisão bibliográfica. Como resultado tem-se que claramente que o acesso à justiça, na sua vertente relacionada à efetividade processual, não tem sido atendida pelo Estado, por intermédio do Poder Judiciário, mormente pela morosidade do processo, sendo que o desafio proposto pela terceira onda acima referida é justamente adequar o sistema processual aos conflitos modernos que surgem na sociedade moderna que de fato protejam o direito material violado.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Princípio da efetividade; Projeto de Florença.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre o acesso à justiça constitui-se em importante campo de investigação do direito, sendo analisada em diversos momentos da história brasileira. O objetivo do presente trabalho é analisar a concepção atual do acesso à justiça e se possui ou não sua correlação com o princípio da efetividade.

O instituto do acesso à justiça não era um tema recorrente na literatura jurídica até a década de 1960. Com efeito, os estudos sobre o tema se resumiam unicamente sobre a cláusula de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, atualmente, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, esse panorama muda quando um grupo de juristas se reuniu para analisar os problemas comuns relacionados ao acesso à justiça em diversos países. Assim sendo, juristas, de diversos países, passaram a discutir os problemas concernentes ao acesso à justiça e que, de modo geral, se identificavam em todos os ordenamentos jurídicos.

Esse estudo foi denominado de “Projeto Florença”, sendo certo que o resumo do referido estudo foi publicado no Brasil, apenas em 1988, por Cappelletti e Bryant, na clássica obra denominada “Acesso à Justiça”, traduzida em português por Ellen Gracie Northfleet, que veio a ser a primeira mulher a se tornar Ministra do Supremo Tribunal Federal.

O estudo foi muito importante para a ciência processual, podendo ser considerado um divisor de águas, sobre esse tema. A partir de então, diversos doutrinadores passaram a analisar esse instituto, surgindo, atualmente, diversas facetas e significados.

O enfoque que se pretende neste artigo refere-se ao acesso à justiça na sua perspectiva na efetividade processual que assegura ao jurisdicionado o direito de obter uma proteção estatal ao seu

direito jurídico de maneira adequada, célere e tempestiva, buscando, sempre que possível, dar exatamente aquilo que se obteria caso não precisasse se socorrer do Poder Judiciário.

Iniciar-se-á a análise com os principais conceitos atribuídos ao instituto do acesso à justiça, para, em seguida, analisar as ondas renovatórias, propostas pelos estudos desenvolvidos por Cappelletti e Garth (1988), que buscaram identificar os problemas que impedem os juridicionados de obterem o direito constitucional do acesso à justiça.

Será analisado o acesso à justiça na perspectiva do acesso à justiça, que tem a finalidade de proporcionar ao jurisdicionado, ao se socorrer do Poder Judiciário, não apenas uma sentença de mérito, mas o próprio direito tal como teria se tivesse normalmente cumprido pelas partes contratantes. Não basta, simplesmente, assegurar o direito de ação perante do Poder Judiciário, exigindo-se, além disso, uma prestação adequada ao devido processo legal, numa duração razoável, entregando-se o direito que a parte possui, em sua plenitude.

2. ACESSO À JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO PROJETO FLORENÇA

O conceito de acesso à justiça pode ser compreendido por diversas maneiras, dependendo do aspecto que se queira imprimir a esse termo. Pode-se dizer, assim, que a expressão pode ser considerada polissêmica e plurissignificativa, comportando diversos sentidos. Com efeito, nota-se que existem diversos grupos que interpretam o sentido do acesso à justiça, de modo que, ao tentar conceituá-la, é natural a aproximação de um desses grupos interpretativos.

Sob um enfoque mais alinhado à técnica processual, citem-se, inicialmente, aqueles que tratam o acesso à justiça como a forma de se pleitear a tutela jurídica, por meio do Poder Judiciário, pondo fim à inércia da jurisdição. Nessa fase incipiente, o acesso à justiça buscava analisar as formas de ações, a natureza dos

provimentos jurisdicionais, os requisitos necessários para se requerer a tutela jurisdicional, os instrumentos processuais, as defesas dispostas para se contrapor ao pedido etc.

Outrossim, nessa forma de pensar, encontrava-se incluída a ideia da instrumentalidade do processo, segundo a qual o processo é um meio para se obter a justiça, sendo um mecanismo de acesso à justiça. O processo não é a justiça em si mesma. Conforme Dinamarco (2003) enxerga-se o processo como um instrumento que busca a justiça.

Por outro lado, de forma diametralmente oposta, existiam aqueles que entendiam que o conceito de acesso à justiça se tratava como forma de ingresso físico aos fóruns e tribunais. Nesse aspecto, preocupa-se com a análise de acesso aos prédios judiciários toda a sociedade, devendo o Estado proporcionar meio àqueles que possuem limitação física, tais como os cadeirantes e os deficientes visuais, por meio de rampas e elevadores aos primeiros e com sinalização específica aos segundos¹²¹.

Ato contínuo, Watanabe (1988) propôs uma nova perspectiva de acesso à justiça ao equipará-lo a uma ordem jurídica justa. Parte de um conceito mais amplo de acesso à justiça, por meio de mecanismos de promoção de justiça social. Em suas palavras

a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*" (WATANABE, 1988, p. 128).

Por fim, passou-se a fase em que se buscou o significado do acesso à justiça, abordando o termo em si mesmo até a sua constituição enquanto objeto teórico.

Verifica-se, assim, que, sopesando as diversas etapas sobre o que se entende pelo instituto do acesso à justiça, infere-se não há aquele que faz uma análise melhor do acesso à justiça ou, então, a

mais verdadeira. Na verdade, são desdobramentos totalmente possíveis de se tratar diante das diversas facetas, apresentando, cada um, sua relevância e dificuldades próprias.

Não obstante a amplitude do tema, neste artigo, leva-se em consideração a construção teórica da pesquisa que recebeu o nome de “Projeto Florença”, realizada por um grupo de pesquisadores em décadas passadas. O fruto dessas pesquisas foi publicado sob a forma de um relatório geral, denominado de “Acesso à Justiça”, por Cappelletti e Garth, no ano de 1988, traduzida em português por Ellen Gracie Northfleet, publicação esta que gerou um impacto muito grande na seara acadêmica a respeito do acesso à justiça.

De fato, no relatório são analisadas e discutidas as nuances da administração da justiça em diversos países que participaram na pesquisa. Nasceu no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, tendo ficado, também, conhecido como “Projeto florentino sobre acesso à justiça” (PIMENTEL, 2005), coordenado por Cappelletti e Garth (1988).

Capeletti sintetiza o trabalho desenvolvido pelo “Projeto de Florença”, no tocante ao acesso à justiça, da seguinte forma:

Existe, atualmente, uma ampla literatura internacional sobre o tema do Acesso à Justiça. A pesquisa mais ampla até agora conduzida teve o seu centro em Florença e concluída com a publicação de 4 volumes, em 6 tomos, nos quais participaram uma centena de especialistas: juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politicólogos e psicólogos, todos esses de 5 Continentes. (CAPPELLETTI, 2008, v. 1, p. 381)

Na vigência do Estado Liberal era comum a declaração dos direitos dos cidadãos e, sem dúvida, o acesso à justiça era um desses direitos consagrados. Contudo, tratava-se de uma fase em que se protegia o individualismo. Prestigiava-se, sobremaneira, a liberdade. Os direitos consagrados, em sua maioria, eram reconhecidamente limites à atuação do Estado.

O acesso à justiça, portanto, significava uma proteção judicial do direito formal do indivíduo que havia sido violado por outrem ou, então, o direito de contestar uma ação. Esse acesso prestigiava a igualdade formal e não a substancial, pois ao Estado se exigia uma atuação passiva e não ativa.

Como ressaltaram Cappelletti e Garth: “Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram sequer percebidos como problemas” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 10).

No entanto, com a evolução da sociedade e o surgimento de litígios cada vez mais complexos, verificou-se a necessidade de uma nova interpretação dos direitos que já estavam consagrados em diversos diplomas legais. A igualdade formal não era suficiente, pois, comumente, a vontade do mais forte economicamente sempre prevalecia sobre a vontade do mais fraco.

Dessa forma, do Estado Liberal passou-se ao Estado Social, também denominado de *welfare state*, em que se exigia uma atuação ativa do Estado e não mais passiva. Mudou-se, assim, o paradigma. Não bastava que se reconhecessem os direitos em diplomas legais, exigia-se, a partir desse momento, torná-los efetivos e acessíveis a todos. A titularidade dos direitos contemplados em lei é destituída de fundamento se não houver um efetivo mecanismo posto em prática para a sua defesa.

Sintetizam Cappelletti e Garth:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido um transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. [...] A justiça, [...] no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que

pudessem enfrentar seus custos [...]. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Consigne-se que o Brasil não participou do Projeto de Florença. Oliveira afirma que: “Fizeram-se representar países como Chile, Colômbia, México e Uruguai, mas não o Brasil. Sendo o maior país da América Latina, é no mínimo curioso que não constem dados sobre nosso país nesse projeto de dimensões internacionais” (OLIVEIRA, 2015, p. 141).

Junqueira (1996) ao analisar a ausência de participação do Brasil no Projeto Florença, afirma que nos primeiros estudos sobre o acesso à justiça no Brasil não se encontra nenhuma referência específica ao mencionado projeto. Em seguida, indaga se essa não participação decorreu de falta de interesse dos doutrinadores brasileiros no tocante ao tema, até então incipiente no Brasil, ou, então, se houve apenas dificuldades de comunicação com pesquisadores interessados na pesquisa.

Junqueira (1996) resume que a preocupação brasileira pelo assunto concernente ao acesso à justiça se deu a partir da necessidade de proporcionar os direitos básicos à população, que a maioria não possuía, tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica. O tema somente tomou proporção no Brasil com a publicação resumida do texto de Cappelletti e Garth em 1988.(JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Com efeito, nota-se que o interesse do Brasil pelos resultados da pesquisa decorrente do Projeto de Florença, coincidente ou não, deu-se a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que rompeu com as dimensões políticas e sociais até então vigentes.

Verificou-se, ademais, o aumento, pelo menos teórico, de pessoas no acesso à justiça, notadamente as minorias que passaram a ser tuteladas pelo novo texto constitucional, o que, de maneira

reflexa, ampliou o espectro de proteção constitucional e redimensionou o tema do acesso à justiça.

O acesso à justiça, portanto, alçou novo *status* com a Constituição Federal, com a proteção de novos direitos e a previsão de novos instrumentos com o escopo de uma inclusão social. No entanto, o aumento das prestações estatais, geralmente sem a devida correspondência orçamentária e de pessoal, gera uma constatação de que ao se atribuir mais acesso à justiça resulta em menos acesso à justiça.

Essa reflexão é feita por Sadek, ao ressaltar que:

[...] sem uma Justiça acessível e eficiente coloca-se em risco o Estado de Direito. [...] muitas vezes é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo *inchada*. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais. (SADEK, 2001, p. 41)

Nota-se que o grande mérito do Projeto Florença foi fazer uma análise do funcionamento da Justiça nos diversos países que participaram da pesquisa, nas décadas de 60 e de 70. Houve, assim, uma análise dos sistemas jurídicos de vários países, transnacional, aproveitando-se os acertos e identificando-se os erros de cada um. Com a pesquisa empírica do tema foi possível identificar os aspectos negativos e comuns a diversos países e, ao mesmo tempo, apresentar as propostas que deram certo em outros.

As conclusões do Projeto Florença, ao ser publicado entre 1978 e 1979 (Cappelletti, 1994), em seis tomos, analisou os dados coletados, atribuindo-se sentido aos dados e aos questionamentos levantados, de modo que, a partir dele, o termo de acesso à justiça passou a ter destaque no cenário jurídico pela sua importância.

Santos afirma que:

[...] termo 'acesso à justiça' foi definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação, em 1979, dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto de Florença. Os trabalhos tornaram-se referência no mundo inteiro (SANTOS, 2008, p. 80).

Juntamente com a publicação do estudo, publicou-se um relatório geral e foi nesse ensaio que o tema ficou conhecido no Brasil com sua tradução para o português pela ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, publicado em 1988, no ano da publicação da nova ordem constitucional brasileira. A partir dessa publicação inevitavelmente acarretou a reflexão e o estudo do tema.

Nota-se, com efeito, que o tema do acesso à justiça, sob o aspecto de sua origem, não diz respeito a criação de um novo instituto jurídico que ganhou notoriedade. Pelo contrário, a idéia do Projeto de Florença teve a finalidade de demonstrar o problema de acesso à justiça (FULLIN, 2013, p. 220).

O Estado é um ente que tem o poder de solucionar os conflitos que surgem na vida em sociedade por intermédio da produção de leis e, quando ocorre a violação da norma posta, com sua aplicação ao caso concreto. O acesso à justiça, quer em seu aspecto de acesso aos tribunais, quer no acesso ao direito, trata-se de um tema concernente ao Estado.

Essa valorização do Estado, principalmente do Poder Judiciário na sua incumbência de solucionar os casos posto à sua análise, com a subsunção da norma abstrata ao caso concreto, como fruto do acesso à justiça tem sido revisitada nos últimos anos, não mais tratando como algo exclusivo. Nesse sentido, Fullin (2013) considera que

[...] Acessar a justiça deixou de significar somente a possibilidade de ter o judiciário à disposição, mas, além disso, dispor de condições reais (econômicas, culturais,

institucionais) para acioná-lo. Em outras palavras, o acesso aos tribunais passou a ser visto como um problema social a ser debatido e gerido pelo poder público. (FULLIN, 2013, p. 220)

Não há dúvida que o acesso à justiça decorre do Estado Social, também chamado de *Welfare State* ou Estado do Bem Social, pois se trata de um direito social, presente no texto constitucional, como forma de política pública.

É verdade que o acesso à justiça pode ser analisado sob um viés liberal ou por sob o ângulo do estado social. Faz-se essa advertência porque comumente é tratado apenas como decorrente do *welfare state*.

O Projeto de Florença trata a questão do acesso à justiça como algo que se transforma durante o tempo. Trata-se de um conceito dinâmico que se adapta ao longo e em constante construção. O conceito comum refere-se ao acesso aos tribunais e ao direito, focando sua análise no denominado acesso efetivo à justiça, deificando essa que também se adotará nessa dissertação.

Contudo, registre-se que acesso efetivo à justiça, também designado princípio da efetividade, não traduz necessariamente a ideia de acesso ao Poder Judiciário. Com efeito, o acesso efetivo se traduz em um acesso efetivamente garantido, como se demonstrará abaixo, como um entendimento amplo. A noção do acesso à justiça é construída a partir dos obstáculos detectados e das possíveis soluções adequadas, denominadas como ondas renovatórias, a seguir analisadas.

2.1 Ondas Renovatórias

O estudo do acesso à justiça detectou, com base no estudo empírico, três grandes obstáculos ao acesso à justiça. Em seguida, como soluções a esses problemas relacionados ao acesso, foram apresentadas as ondas renovatórias.

Os três óbices detectados foram organizados da seguintes forma: custas judiciais, possibilidade das partes e problemas especiais dos interesses difusos. Trata-se de problemas relacionados a questões econômicas, sociais e culturais que não podem ser analisados separadamente, mas, sim, de forma conjugada, de modo que, advertem Cappelletti e Garth “[...] esses obstáculos não podem ser simplesmente eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

No aspecto econômico, detectou-se o valor alto das custas judiciais e dos serviços prestados pelos advogados. Os juizados de pequenas causas, em que geralmente não há a cobrança de custas e não é necessário a contratação de advogados, é, sem dúvida, uma forma de solucionar esse entrave, porém, não se pode olvidar dos altos valores que são despendidos para a manutenção da Justiça que, por sua vez, poderá ser prejudicada, sem a correspondente fonte de seus sustento.

No aspecto social, pessoas com mais recursos financeiros possuem mais vantagens em relação aos que não os possuem. Ou, em outros termos, os litigantes habituais gozam de vantagens quanto aos litigantes eventuais. É evidente que aqueles que constantemente se encontram em litígio contam com a experiência jurídica e têm uma superioridade com aqueles que raramente ou nunca se encontram em juízo.

Após apontar os obstáculos, o Projeto Florença apresentou as ondas renovatórias que seriam as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.

A primeira onda é a assistência judiciária aos pobres. Busca analisar a dificuldade do população de baixa renda de ter acesso à justiça em face dos altos custos, principalmente levando-se em consideração as custas processuais e a contratação de advogado. Como, então, incluir no sistema judiciário aqueles que estão excluídos ou ao menos em desigualdade de condições em relação aos mais fortes economicamente falando? Várias discussões

surgiram com o escopo de tentar solucionar esse obstáculo identificado pelo estudo do projeto.

A segunda onda, por sua vez, identificou o problema dos interesses difusos e coletivos. Hodiernamente, verifica-se um eficiente sistema para a proteção desses direitos, situação bem diferente na década de 60.

Explicam Cappelletti e Garth que:

[...] concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais [...] São litígios de 'direito público' em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvem grandes grupos de pessoas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

A terceira onda renovatória é chamada, no texto do Projeto de Florença, "Do Acesso à Representação em Juízo a uma Concepção mais Ampla de Acesso à Justiça. Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça". Aponta que o acesso à justiça é de tal complexidade e de interconexão com outros elementos, que contempla as dimensões econômicas, sociais e culturais da primeira onda renovatória e da questão dos direitos difusos da segunda onda para melhorar o acesso por meio de reformas em vários aspectos.

Cappelletti e Garth, sobre esse tema, afirmam que:

O novo enfoque de acesso à Justiça [...] tem alcance muito [...] amplo. Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-69).

Em seguida, os mesmos autores ressaltam que é crescente o reconhecimento de que “[...] embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva de reforma [...], com uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69-70).

A terceira onda pode ser resumida na facilitação e simplificação dos procedimentos dispostos aos jurisdicionados e também na criação de vias alternativas de Justiça. O Poder Judiciário não deve ser o único órgão com incumbência de solucionar os conflitos que surgem na vida em sociedade.

Grinover escreveu que:

De um lado, a desmoralização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direito, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflito de interesses. De outro lado, a desformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las, mediante instrumentos institucionalizados de mediação (GRINOVER, 1990, p. 179).

A partir da terceira onda buscou-se proporcionar ao jurisdicionado a obtenção daquilo que teria caso o acordo tivesse sido cumprido como fora pactuado. Para tanto, verificou-se a necessidade de alteração da legislação constitucional e infraconstitucional para que pudesse ser operacionalizada essa nova forma de acesso à justiça, imprimindo a efetividade processual.

2.2 Direito Processual Constitucional e as Ondas Renovatórias

O Código de Processo Civil é um ramo do direito público, pois disciplina uma relação jurídica em que o Estado figura como um

dos participantes, presente na jurisdição, não obstante o direito ser um só.

Com efeito, a Constituição Federal tem por escopo a equilibrar forças políticas assentes na sociedade em determinado momento na história para que possa ser utilizada pelo processualista como um instrumento jurídico para o completo entendimento do processo e seus princípios. (CINTRA; GRINOVER; DINARMARCO, p. 84-85, 2002)

Ao estudo do direito processual civil, partindo-se da premissa dos preceitos constitucionais, deu-se o nome de direito constitucional processual civil brasileiro, que, por seu turno, subdivide-se em jurisdição constitucional e a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo.

As três ondas de acesso à justiça podem ser cotejadas à luz das gerações dos direitos fundamentais.

De fato, os direitos fundamentais de primeira geração, uma consequência da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, constituem-se em liberdades públicas oponíveis ao Estado, como o intuito de impor limites a este. Resumem-se em liberdades negativas ou direito de defesa do indivíduo contra o Estado.

Nos direitos fundamentais de segunda geração, por sua vez, decorrente do Estado Social, busca uma atuação positiva do Estado em favor do indivíduo, em conceder direitos sociais. Notou-se que o individualismo puro traz desigualdades e que, portanto, cabe ao Estado agir para que se possa atingir a igualdade material, protegendo-se os vulneráveis.

O direito de segunda geração se refletiu na primeira onda de acesso à justiça proposto por Cappelletti e Garth, pois a previsão constitucional das defensorias públicas e a possibilidade de acesso gratuito ao Poder Judiciário demonstra uma atuação positiva do Estado em viabilizar o acesso à justiça às pessoas menos favorecidas.

Por outro lado, o direito de terceira dimensão, nas palavras de Lenza “são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2019, p. 1158).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão se subsumem à segunda onda de acesso à justiça que identifica que a tutela de interesses se verifique além da esfera individual, abrangendo contornos coletivos.

O direito constitucional contemporâneo busca a efetivação do acesso à justiça e tutelar a ordem jurídica justa, reclamando, sem dúvida, um interesse do Estado no resultado do processo como instrumento, como forma de propiciar uma entrega justa e efetiva da tutela jurisdicional.

A postura mais ativa do juiz, notadamente os poderes instrutórios, aliados com outras formas que buscam solucionar a lide, tais como a conciliação, a arbitragem, o divórcio e a separação e, recentemente, a usucapião, realizados pelas serventias extrajudiciais, buscam entregar uma tutela jurisdicional justa e efetiva que vai ao encontro da terceira onda de acesso à justiça.

3. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O Princípio da Efetividade está visceralmente ligado ao acesso à justiça. Aliás, é comum autores tratarem o acesso à justiça como sinônimo do princípio da efetividade. Será nessa perspectiva que o acesso à justiça será tratado nessa dissertação.

Nesse diapasão, Bedaque assevera que:

[...] entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente

protegido, em favor do seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea. (BEDAQUE, 2003, p. 341)

Com o escopo de compreender como o princípio da efetividade se manifesta, diga-se acesso à justiça, mister se faz verificar se os elementos indispensáveis que, caso não estejam presentes, fatalmente acarretará na ausência de efetividade, devendo ser observada a aplicação da lei ao caso concreto, pacificando-se, a controvérsia, se dê de forma adequada, tempestiva e eficiente, atendendo-se, sempre, ao devido processo legal.

Não mais se admite uma visão estritamente instrumental do processo, analisando seus institutos cientificamente e totalmente isolados do direito material. Pelo contrário, a temática que predomina hodiernamente é o estudo dos seus dispositivos, objetivando uma solução adequada e célere do direito material.

Aliás, o objetivo central da atuação do processo civil é oferecer a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, caso não tivesse que se socorrer do Poder Judiciário, conforme os ensinamentos de Chiovenda.

Inferese, assim, que a efetividade decorre da terceira onda proposta por Cappelletti e Garth, justamente no desafio do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, prestar um serviço público de qualidade na solução dos conflitos, conferindo aos litigantes todos os meios necessários para dar àquele que possui o direito de obter o seu interesse.

Ensina Tartuce que “havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor” (TARTUCE, 2018, p. 367).

A partir do momento em que há o descumprimento da relação obrigacional, o prejudicado deverá se socorrer obrigatoriamente ao Poder Judiciário que, ao analisar o caso concreto, aplicará a norma em abstrato no caso a ser solucionado, pacificando a questão. Por isso tem razão Tartuce ao dizer que “para o Direito, interessa mais o descumprimento do que o cumprimento da obrigação, já que se

trata de uma ciência que lida com o conflito” (TARTUCE, 2018, p. 367).

O devedor da relação obrigacional deve cumprir com sua obrigação, sob pena de cumprimento por coerção judicial. Como no ordenamento jurídico brasileiro são raríssimas as hipóteses em que se permite a autotutela, de modo que, em regra, ao prejudicado pelo não cumprimento da obrigação não restará outra alternativa senão se socorrer do Poder Judiciário.

Assim sendo, a partir do momento em que o interessado se dirige ao Poder Judiciário, deve-se possibilitar aos litigantes que a solução da divergência seja adequada, tempestiva e eficiente.

Conforme afirma Dinamarco, valendo-se dos ensinamentos de Chiovenda, “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (DINAMARCO, 2008, p. 319). E prossegue asseverando que, como a jurisdição tem o escopo de solucionar conflitos, com a obtenção da paz social, o princípio da efetividade do processo torna-se verdadeira essência da jurisdição. É certo que um processo tardio, ineficaz e sem concretude no mundo dos fatos, fracassa a tutela pleiteada e também do direito material, não proporcionando a pacificação do conflito (DINAMARCO, 2008).

Marinoni acrescenta que “o processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida” (MARINONI, 1994, p. 12).

No mesmo sentido, Bedaque afirma que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (BEDAQUE, 2007, p. 49).

Bueno, a seu turno, esclarece que existe uma relação muito forte entre o direito processual e o direito material, de modo que aquele deve tutelar este de forma efetiva, não se olvidando que é função essencial do Estado garantir um eficaz exercício da

jurisdição. Em outros termos, entende-se como eficaz exercício da jurisdição não só uma resposta do Poder Judiciário quanto ao deslinde da lide, como também a própria realização do direito material (BUENO, 2016).

Dessa forma, é missão do Estado apresentar uma legislação processual que, de forma eficaz, tempestiva, oportuna e adequada, garanta a realização do direito material. Se desempenhar este mister, a efetividade processual estará atingida.

Não se deve, portanto, ter uma visão autônoma do direito processual que não se preocupa com o direito material. Pelo contrário, nos dias atuais a ciência processual deve se ater no auxílio efetivo de realização do direito material.

É verdade que o direito material não se confunde com o direito processual, de modo que a ação processual é o meio pelo qual se busca a realização do direito material. Consigne-se que, em determinada momento da literatura jurídica, a instrumentalizado do processo foi confundida com a sua neutralidade em relação direito material. Era necessária apenas uma espécie de procedimento e este, acreditou-se, teria a aptidão para propiciar tutela adequada às diversas situações de direito material (MARINONI, 1995).

Já advertia Moreira que:

Não é preciso grande esforço para demonstrar que as modalidades de tutela jurisdicionais mais prestigiadas pela tradição se revelam, com muita freqüência, incapazes de desempenhar a contento missão de tamanha delicadeza. Sobremaneira insatisfatório mostra-se ao propósito o mecanismo – que se pode representar por meio do esquema ‘processo de condenação (normalmente de rito ordinário) + execução forçada’, máxime quando se reserva, conforme sucede as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada (MOREIRA, 1980, p. 23).

Nota-se, assim, que para cada tipo de direito material exige-se uma providência diferente do poder judiciário. De fato, adequar a legislação processual e a atuação da jurisdição para, de forma eficaz, tempestiva, oportuna e adequada, garantir e realizar o direito material a ser tutelado, é a missão hoje presente nos foros acadêmicos e profissionais que constantemente debatem processo civil no Brasil (MEDEIROS NETO, 2014, p. 378).

O direito à efetividade tem como consequência a preordenação de procedimentos suficientes para a tutela dos direitos. Registre-se que, outrora, ao sustentar a constitucionalidade de artigos da Medida Provisória referente ao Plano Collor, que vedavam a concessão de liminares nas ações cautelares e nos mandados de segurança, destacava-se sua conformidade com a ordem jurídica constitucional, mormente ao princípio da inafastabilidade, previsto no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal, por não obstar que o Poder Judiciário apreciasse lesão ou ameaça a direito, pois o que “é vedado é excluir de apreciação, é eliminar, não admitir, privar, o que não se sucede, evidentemente, se por meio ordinário se admite tal apreciação” (ADIN n. 223-6-DF).

Deveras, para quem sustenta o direito à adequada tutela jurisdicional não admite aceitar este entendimento, pois o princípio da inafastabilidade não apenas veda que se exclua de apreciação, mas antes de tudo garante o direito ao processo efetivo (MARINONI, 1995).

Dessa forma, sem dúvida, o acesso à justiça, manifestado pelo princípio da efetividade, decorre da terceira onda do clássico estudo realizado por Cappelletti e Garth.

Nesse sentido, afirma Watanabe:

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídicos-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando mecanismos de segurança que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que

resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso (WATANABE, 2000, p. 141).

Tendo em vista que o Estado suprimiu o direito à autotutela, avocando para si este dever, deve desempenhá-lo de forma satisfatória, sob pena de seu desprestígio. Ademais, acarreta o desestímulo do acesso à justiça daqueles que possuem seus direitos injustamente resistidos e pune os que obtiveram seu direito mas que não conseguiram utilizá-lo de maneira real.

A natureza constitucional da efetividade do processo foi reconhecida por Zavascki:

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização 'Tática' da sua vitória (Zavascki, 1997, p. 64).

Ademais, é importante consignar que a busca da efetividade tem-se traduzido na preocupação de diversos países, sendo um dos princípios de processo civil com validade transnacional, de acordo com o projeto Unidroit/American Law Institute (ANDREWS, 2012), liderado pelos professores Geoff Hazard e Michele Taruffo.

Neste projeto, houve destacada tônica para a preocupação com uma justiça efetiva, pronta e célere, com o dever das partes de evitar propositura de ações temerárias e abuso do processo, com o dever das partes de agirem de forma justa e de estimularem procedimentos eficientes e rápidos, e com o seu respectivo dever de cooperação.

A busca de uma tutela jurisdicional justa e efetiva também está presente nos princípios do moderno processo civil inglês, sendo que esta diretriz já constava da obra do professor Neil Andrews de 1994 (*Principles of Civil Procedure*, 1994), sendo depois reafirmada no livro *English Civil Procedure*, de 2003 (Oxford University Press), além de estar constante nas CPR de 1998 (“O Código de Processo Civil Inglês”) (ANDREWS, 2012).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é, dentro os direitos humanos, o mais básico. Deve ser compreendido não apenas sob o aspecto de acesso ao Poder Judiciário, mas, também, a uma ordem jurídica justa, no sentido da efetividade de uma justiça adequada, pronta e célere. Ao litigante deve-se proporcionar, na medida do possível, exatamente aquilo que ele naturalmente teria caso a avença fosse cumprida na forma e termos pactuados, ou seja, se não precisasse se socorrer do Poder Judiciário.

A discussão sobre o tema do acesso à justiça só foi possível em razão do estudo desenvolvido por Cappelletti e Garth, desenvolvido no Projeto de Florença, na década de 70 e que ainda se encontra na pauta do dia. Dentro do estudo, foram identificados três obstáculos para a universalização do acesso à justiça e, como consequência, foram apresentadas três ondas renovatórias para a superação desses impedimentos.

A primeira onda renovatória diz respeito à possibilidade de conferir àqueles que não possuem capacidade econômica a tutela efetiva de seus direitos. A segunda onda, por sua vez, busca a proteção dos interesses difusos e coletivos, substituindo vários processos individuais por um coletivo. E, por fim, a terceira onda preocupa-se em proporcionar ao jurisdicionado todos os meios necessários para a obtenção do seu direito.

Nota-se claramente que o acesso à justiça, na sua vertente relacionada à efetividade processual, não tem sido atendida pelo Estado, por intermédio do Poder Judiciário, mormente pela

morosidade do processo, sendo que o desafio proposto pela terceira onda acima referida é justamente adequar o sistema processual aos conflitos modernos que surgem na sociedade moderna que de fato protejam o direito material violado.

Os procedimentos rígidos previstos na legislação há longo tempo demonstraram que não foram aptos a resolver os direitos de modo satisfatório. Assim sendo, passou-se a revisar a legislação processual de modo a proporcionar a efetiva prestação jurisdicional, não se admitindo mais que os conflitos de interesse sejam resolvidos de maneira ineficaz e tardia.

A ciência processual não deve mais ser analisada de maneira independente. Pelo contrário, deve servir como um instrumento de realização do direito material de maneira efetiva, contribuindo para que novos instrumentos adequados surjam para a proteção dos direitos.

Em sendo assim, é dever dos operadores do direito buscar a efetividade processual, auxiliando o Poder Judiciário e a ciência processual civil nessa fase de mudança e transformação, reinterpretando os institutos já existentes e propondo a criação de novos.

Portanto, a partir do momento em que o interessado se dirige ao Poder Judiciário, deve-se possibilitar aos litigantes que a solução da divergência seja adequada, tempestiva e eficiente. Deve-se, portanto, na medida do possível, garantir ao demandante exatamente aquilo que ele naturalmente obteria se não tivesse de ir ao Poder Judiciário.

De fato, na vida em sociedade, é natural que as pessoas se relacionem e realizem os mais diversos negócios jurídicos, no entanto, a partir do momento em que há o descumprimento da relação obrigacional, o prejudicado deverá se socorrer obrigatoriamente ao Poder Judiciário que, ao analisar o caso concreto, aplicará a norma em abstrato no caso a ser solucionado, pacificando a questão.

Dessa forma, a partir do momento que o interessado se dirige ao Poder Judiciário deve-se possibilitar aos litigantes que a solução da divergência seja adequada, tempestiva e eficiente. Deve-se, portanto, na medida do possível, garantir ao demandante exatamente aquilo que ele naturalmente obteria se não tivesse de ir ao Poder Judiciário. É exatamente nisso que se traduz o princípio da efetividade.

A jurisdição tem o escopo de solucionar conflitos, com a obtenção da paz social, de modo que o princípio da efetividade do processo torna-se verdadeira essência da jurisdição. O processo inefetivo nega o acesso à justiça. Com efeito, a inefetividade processual, sem concretude no mundo dos fatos, entregando uma prestação tardia e ineficiente atenta contra o real sentido atual do acesso à justiça.

Por outro lado, a efetividade do processo estará em sua plenitude quando estiver presente a eficiência, a celeridade, o devido processo legal. Quando estes elementos estiverem presentes podemos afirmar que a solução da controvérsia foi consentânea com o preceito do acesso à justiça e do princípio da efetividade.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Barrados**: pessoas com deficiência sem acessibilidade – como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 223-6-DF, relator Sepulveda Pertence. Publicado em 29.06.90. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acessado em: 22 dez 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Vol. 1 Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CAPPELETTI, Mauro. **Dimensione della giustizia nella società contemporanee**. Bologna: Il Mulino, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo, Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalização do processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

FULLIN, Carmen Silvia. Acesso à justiça: a construção de um problema em mutação. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. A efetividade do processo e a importância da arbitragem nos conflitos de energia. **Revista Argumentum**, n. 15, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva, *in* **Temas de direito processual** (segunda série). São

Paulo: Saraiva, 1980.

OLIVEIRA, Luciano. **Manual de sociologia jurídica**. Petrópolis: Vozes, 2015.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Prefácio. *In*: GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (Série Pesquisas, 23).

SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais. *In*: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: JusPodvm, 2008.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

[118] Doutora em Educação pela UNIMEP-SP, Mestre em Economia pela PUC-SP e graduada em Economia pela UNESP – Araraquara; Professora Titular do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Marília – SP, Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia de São Paulo CORECON-SP para o Município de Marília. marisarossignoli@unimar.br.

[119] Mestranda em Direito pelo Programa Pós Graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP. Especialista em Direito Administrativo e em Gestão Pública. Advogada. E-mail: mestrado.virginia@gmail.com

[120] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR /SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Oficial de Registro de Imóveis de Pereira Barreto. Email: cartorio.regis@gmail.com.

[121] Luiz Alberto David Araújo na obra intitulada **Barrados**: pessoas com deficiência sem acessibilidade – como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

FUNDAMENTOS PARA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Albino Gabriel Turbay Junior¹²²

Bruno Smolarek Dias¹²³

Resumo: O objetivo deste artigo é a análise da jurisdição constitucional sob a perspectiva dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, da separação dos poderes e da hermenêutica constitucional. A jurisdição constitucional deve respeitar e ser mecanismo do processo democrático, em um Estado de Direito no aspecto formal e material para alcance da realidade social. A atuação do Poder Judiciário deve estar de acordo com a separação dos poderes, cumprindo o papel da fiscalização e controle da constitucionalidade, mas, respeitando os limites de sua atuação com base constitucional. A jurisdição constitucional é ambiente para interpretação do texto constitucional, por meio de uma hermenêutica constitucional com princípios e métodos adequados ao texto constitucional aberto para a realidade, concretizando valores sociais e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia; Processo democrático; Direitos fundamentais; Interpretação constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem se destacado em seu papel junto a sociedade, pois está envolvido em decisões que tem enfrentado questões em todos os segmentos da sociedade, controlando atos do

Poder Executivo e leis produzidas pelo Poder Legislativo. Esta intensidade na atuação clama por uma reflexão sobre a legitimidade do Judiciário e os fundamentos da jurisdição constitucional.

Apesar da importância da atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional, é necessário que esta se realize conforme os limites delineados pela Constituição Federal, já que nenhum absolutismo é desejado, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Neste sentido, este artigo analisa fundamentos para a legitimidade da jurisdição constitucional: o Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes e a hermenêutica constitucional.

O que se pretende é uma justificação da jurisdição constitucional por meio da garantia de um processo democrático, pensando na ideia de construção de democracia e da legalidade em um Estado Democrático de Direito; outro aspecto é a análise da atividade jurisdicional constitucional compreendendo a separação dos poderes e como o Judiciário se estabelece na relação da divisão de funções e interdependência com outros poderes; ainda, será abordada a hermenêutica constitucional com o objetivo de verificar uma interpretação adequada para o texto constitucional e suas características, um texto contendo princípios, cláusulas gerais e conceitos abertos.

Durante a análise dos fundamentos apontados, o trabalho terá uma perspectiva de que a jurisdição constitucional é instrumento para a realização de valores constitucionais, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, assim, atua para concretização de direitos fundamentais a partir da compreensão da realidade social.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza a revisão bibliográfica.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conhecida frase de Abraham Lincoln “democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo” é apenas um ponto de partida para a compreensão do que seja democracia, pois, a história dos governos democráticos, e dos estudos em ciência política, demonstra que há uma complexidade na compreensão do termo, e ainda, que há inúmeras críticas ao sistema democrático, apesar de não haver uma outra solução que possa superar a democracia como uma referência desejada.

A ideia de democracia é da participação do povo, seja ela uma participação direta ou indireta, deliberando sobre os interesses do Estado ou escolhendo os representantes que farão as deliberações. Para Pontes de Miranda (2002, p. 191):

Democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público.

Os graus de democracia concernem à sua perfeição. Mas democracia somente há, se existe a co-decisão. Chama-se co-decisão a deliberação em comum, pelo povo ou por pessoas escolhidas pelo povo, isto é, não por pessoas oriundas de atos de força, ou de fato estranho ao querer da população (nascimento, por exemplo).

Ao se justificar como o governo do povo – por participação direta ou indireta nas decisões – o que se espera de uma democracia é o afastamento do arbítrio de um governante, a autocracia, o despotismo, regimes absolutistas em que as escolhas do governante não se amoldam ao querer do povo ou são impostas por atos de força.

Importante destacar que a participação do povo nas decisões do Estado e a rejeição por governos absolutistas, tem como finalidade proteger valores que garantam a convivência humana em sociedade, assim, mesmo que a vida em sociedade signifique limitações individuais, o Estado não pode extirpar a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas. Neste sentido, o

conceito de democracia para Pietro de Jesús Lora Alarcón (2012, p. 211):

Regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões do Estado, sempre à procura da realização de valores de convivência humana como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas.

A democracia, mesmo que embasada nos valores referidos, não é isenta de críticas, é atacada por não ser perfeita, tendo contrários a ela argumentos como: a) a incapacidade de resolução por grande número de pessoas; b) a diferença entre povo e eleitores; c) críticas voltadas à democracia como liberdade e igualdade; d) críticas ao processo eleitoral ou ao regime do governo.

Aqueles que criticam a democracia não conseguem sustentar outra ideia para substituí-la. O apontamento sobre problemas de igualdade e liberdade em relação à democracia deve ser rejeitado porque a democracia não é a igualdade ou liberdade em si, estes valores são suas finalidades. A democracia, nas palavras de Pontes de Miranda, não é “regra de fundo”, ela é o processo, é formal, é relativa. Sobre as críticas à democracia, conclui Pontes de Miranda (2002, p. 254):

As críticas usuais à democracia são temerárias. Primeiro, porque criticá-la, em si, é querer destruí-la, e não há outra coisa para se por no seu lugar, senão monocracia ou oligocracia. Segundo, a restauração do passado só se faz à custas de compressões cada vez mais fortes; e com isso se estabelece a luta entre os críticos e os que defendem a liberdade e a maior igualdade, e não só a democracia.

Paulo Bonavides também registra os pensamentos que criticam a democracia, que dizem haver dificuldades no sistema democrático, e com isso, os defensores do sistema não alcançariam a perfeição. A questão é que não há outra forma de organização do

poder na história que alcance a democracia. Para fazer uma reflexão entre as dificuldades do sistema democrático e sua vantagem sobre outros sistemas, Bonavides utiliza a frase de Winston Churchill: “A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram” (2000, p. 343).

Em relação à espécie, a doutrina distingue entre democracia direta, indireta ou semidireta. A democracia direta é a ideia do povo em assembleia tomando as decisões, espécie que se estuda em razão da história, já que a complexidade social e o número de pessoas que compõe o “povo”, tornam inviável este tipo de democracia. Mas isto não significa que deve ser descartada, já que nas democracias semidiretas há mecanismos para decisões diretamente pelo povo.

A democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo governa por meio de seus representantes escolhidos. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 99): “A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos”. Por isso, é preciso escolher os representantes que tenham a capacidade das decisões políticas, e ao povo cabe a capacidade de perceber quem são aqueles que tenham capacidade para representá-los.

Para que haja uma democracia representativa é preciso o sufrágio universal, caso contrário caracteriza-se uma aristocracia. O sufrágio universal garante a igualdade na oportunidade de escolha dos representantes.

Ainda é preciso refletir sobre a representação, o vínculo entre aqueles que escolhem (governados) e os que representam (os governantes). A dificuldade desta relação está na seguinte questão: quem governa escolhido pelo povo, atua pensando no melhor para o povo que o escolheu, ou para si próprio?

A resposta tem a ver com a natureza jurídica da representação. Uma primeira teoria entende que a relação é entre mandante e mandatário – teoria do mandato –, sendo uma relação diferente do direito privado, pois, neste tipo de mandato o representante não é um procurador que segue as orientações do mandante, pelo contrário, pois nem mesmo tem contas a prestar ao mandante e age em nome do povo, e não apenas de quem o escolheu (FERREIRA FILHO, 2012, p. 101).

Para a teoria da investidura o representante é “investido do poder querer” pelo povo, sendo uma atribuição de competência, sem vinculação à vontade de quem o escolheu (FERREIRA FILHO, 2012, p. 102).

Com o fortalecimento dos partidos políticos, nasce o mandato partidário, já que os escolhidos pelo povo são vinculados aos programas partidários, tendo o dever da fidelidade partidária, com isso, os mandatos são dos partidos, e os escolhidos como representantes do povo devem respeitar suas disciplinas (FERREIRA FILHO, 2012, p. 110).

De qualquer forma, esta é uma dificuldade da chamada representação, pois, respeitar os compromissos expressos em campanha eleitoral e pensar no melhor para o povo que o escolheu, depende de um ato moral do representante e de sua consciência política.

A democracia semidireta, adotada pela Constituição Federal de 1988, tem sua base na democracia representativa, mas tem a previsão de mecanismos em que a participação do povo é direta, como iniciativa popular, referendo e plebiscito.

Esta espécie de democracia é uma forma de amenizar os problemas de um sistema totalmente representativo, dando voz ao povo, aquele que tem a soberania, para participar de forma direta demonstrando sua vontade nas decisões políticas.

Para Paulo Bonavides (2000, p. 354):

Com a democracia semidireta, a alienação política da

vontade popular faz-se apenas parcialmente. A soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. Determinadas instituições, como o referendun, a iniciativa, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo, garantem-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável.

É preciso fazer a crítica de que, apesar de ter uma concepção atrativa em termos de participação popular, os institutos da democracia semidireta são de pouca utilização, mesmo a iniciativa popular. O que resulta, na prática, um sistema democrático em que a carga das principais decisões ocorre a partir da representação, dando espaço para uma democracia partidária.

Os partidos políticos têm representado a massa e representam as diversas correntes de opinião pública, e seus integrantes eleitos pelo povo representam sua ideologia no governo. A ideia do partido político é de uma organização democrática que contribui para a formação política do povo, “buscando o poder pelo convencimento e pelo voto, jamais pela força” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 109).

O partido político se estrutura em torno de um programa que representa sua ideologia e o grupo de pessoas que compartilham do mesmo pensamento, e, disputa pelo poder nas eleições representaria a vitória do partido que conseguiu atrair o maior número de eleitores, a maioria do povo. Mas este tipo de democracia também tem seus problemas, especialmente, pela dificuldade de manter o programa quando na prática exige negociação com outros partidos (outras ideias) para poder governar, e ainda, a questão da personalidade do representante eleito, que muitas vezes se sobressai e se afasta do programa do partido.

Viver uma democracia é viver um processo de construção para o alcance dos valores da sociedade, assim, é a determinação da forma participativa para alcançar tais valores. Isto não significa

dizer que um Estado com sistema democrático é aquele que alcançou de forma plena os valores sociais, em especial a liberdade e igualdade, e sim, que este Estado tem uma forma de governo e mecanismos que proporcionem democraticamente sua construção contínua com base nos referidos valores. Não há a ilusão da perfeição, há processo de construção de uma sociedade justa.

Nesta ideia de processo democrático é possível vislumbrar Estados com maiores conquistas neste cenário tendo uma maior consistência democrática, e Estados que são direcionados para a democracia, mas, que ainda procuram uma estabilidade nos mecanismos de democracia. É possível sustentar graduações ou níveis de conquistas democráticas.

A partir da ideia de democracia temos o chamado Estado Democrático que é princípio estruturante expresso no artigo 1º da Constituição Federal de 1988¹²⁴, e este espírito democrático deve ser constitutivo de todo o sistema, não apenas o constitucional jurídico, mas social, econômico e político, pois a Constituição deve constituir e, seus princípios estruturantes, necessariamente, devem se irradiar por todos os sistemas que compõem o Estado.

A ideia de Estado Democrático é de que as decisões políticas, nos termos da análise sobre democracia, contam com a participação do povo que é titular da soberania. Conforme Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 132):

O regime político democrático é caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões que afetam a toda a sociedade, sempre a procura da realização de valores de convivência humana, como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas.

Mas deve ser considerado que o princípio estruturante não é apenas de um Estado Democrático, e sim, um Estado Democrático de Direito, o que indica uma composição entre um Estado de Direito e um Estado Democrático.

O Estado de Direito é aquele direcionado por meio do princípio da legalidade, em que todos, inclusive o próprio Estado, ficam submetidos à lei. Contudo, lembra José Afonso da Silva, que um Estado do Direito não pode se confundir com um Estado de Legalidade, a legalidade é elemento do Estado de Direito, mas não o realiza completamente (2011, p. 974).

Neste sentido Silva demonstra que um Estado de Direito não pode se realizar apenas num aspecto formal, ou seja, confundir a composição do Estado com o mero enunciado formal das leis, pois desta forma corre-se o risco de perder o compromisso com a realidade social, o que justificaria uma ditadura ser considerada um Estado de Direito (2011, p. 974).

Os dois componentes, Estado de Direito e Estado Democrático, precisam se unir e fazer superação para estabelecer um novo conceito de Estado, aquele em que há uma efetiva participação do povo no exercício do poder, mas que esse poder seja exercido conforme as leis, o que implica numa forma de estabelecer limites e manter o equilíbrio social.

Conforme Katsutoshi Matsmoto (2011, p. 997): “O Estado Democrático de Direito tem como tarefa fundamental superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.

Para que esta tarefa seja realizada, o citado autor indica os princípios que embasam um Estado Democrático de Direito: princípio da constitucionalidade, democrático, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão de poderes e da independência do juiz, legalidade e segurança jurídica (MATSMOTO, 2011, p. 996).

Com tais argumentos, podemos concluir que, no Estado Democrático de Direito, a lei é instrumento importante, não apenas no aspecto formal, mas sim como meio de se alcançar igualdade, segurança jurídica, justiça social e proteção aos direitos fundamentais.

Ainda, é preciso considerar que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 ao constituir um Estado Democrático de Direito estabeleceu como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes fundamentos devem guiar o processo democrático e toda construção legislativa.

Este fundamento democrático de nosso Estado é importante para a discussão proposta sobre fundamentos da jurisdição constitucional, pois é preciso analisar a atuação do Poder Judiciário e sua legitimidade democrática na interferência da lei produzida pelo Poder Legislativo ou nos atos do Executivo.

3. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um Estado Democrático requer a separação dos poderes, evitando que fique concentrado todo o poder em apenas um representante, o que implicaria em um poder absoluto que teria a prerrogativa de todas as decisões do Estado, assim, não haveria limitação do poder.

Para a ideia democrática e a proteção dos valores de uma sociedade é preciso que haja limitação do poder por meio de técnicas. Entre as técnicas há a divisão territorial do poder, podendo ser realizada pelo federalismo; o reconhecimento da esfera autônoma do indivíduo e de que sua liberdade deve ser protegida do Estado; divisão funcional do poder, ou seja, a divisão nas funções legislativa, executiva e judiciária, conhecida como separação dos poderes (FERREIRA FILHO, 2012, p. 147).

Esta técnica de separação dos poderes (funções) em Executivo, Legislativo e Judiciário é atribuída a Montesquieu – apesar de haver outros modelos de separação – e tem sido a grande referência para análise do papel de cada poder no Estado, bem como, na relação entre eles.

Caso os poderes fossem absolutos haveria um choque entre eles, o que seria destrutivo para o Estado, por isso, apesar da divisão (separação) é preciso um sistema que faça a previsão da

interrelação entre os poderes, chamado de sistema de freios e contrapesos.

Conforme Canotilho (2003, p. 579): “O padrão básico subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão e separação de poderes”. Para o autor não há uma crise em relação à unidade do Estado, a divisão dos poderes tem a ver com o exercício das competências dos órgãos de soberania, e para isso está associado à separação as ideias de freios e contrapesos, separação e interdependência entre os poderes.

Analisando as propostas de separação dos poderes de Locke e Montesquieu, Canotilho (2003, p. 579) conclui que a atividade do governo não se afasta do aspecto sócio-político, se revela em níveis de articulação de poderes e funções:

(1) *nível funcional* com a distinção das funções fundamentais do poder político: legislação, aplicação/execução das normas, jurisdição; (2) *nível institucional* centrado nos órgãos do poder: parlamento, governo, administração, tribunais; (3) *nível sócio-estrutural*, onde o poder surge associado a grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades.

Importante destacar que a separação dos poderes é relacionada ao Estado de Direito. O Estado de Direito se realiza por meio de pressupostos que são a juridicidade, a constitucionalidade e um sistema de direitos fundamentais, assim, o Estado de Direito depende de um direito que promova justiça, da vinculação de todos poderes públicos à ordem normativa da constituição e da proteção dos direitos fundamentais voltados a liberdade, igualdade, dignidade e cidadania. Neste sentido, o Estado de Direito é formado por uma ordenação subjetiva, que garante um *status* jurídico às pessoas com base nos direitos fundamentais, e uma ordenação objetiva, fundamentada na constitucionalidade, que por sua vez é estruturada pelo princípio da separação dos poderes (CANOTILHO, 2003, p. 250).

Com isto, a separação dos poderes e seu sistema de freios e contrapesos tem por objetivo garantir o direito justo, a constitucionalidade, e, principalmente os direitos fundamentais.

Ainda, a separação dos poderes tem duas dimensões complementares, a primeira, uma dimensão negativa em que a separação significa divisão, controle e limite do poder. Nesta dimensão o papel da divisão é como forma e meio de limite do poder, neste sentido, é uma medida que protege a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evita a concentração do poder (CANOTILHO, 2003, p. 250).

A segunda dimensão é positiva, e tem como objetivo decisões do Estado que sejam funcionalmente eficazes e materialmente justas, assim, separação significa constitucionalização, ordenação e organização do poder. Esta dimensão está relacionada às “competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”, por isso, é uma dimensão que visa assegurar a justa e adequada ordenação das funções e suas responsabilidades pelo exercício do poder (CANOTILHO, 2003, p. 250).

Destaca-se que a separação dos poderes não é uma ideia estanque de separação/independência absoluta, primeiro pelo sistema de freios e contrapesos e da relação de interdependência dos poderes, segundo, que, conseqüentemente, é preciso haver controle na ordenação entre as funções, e, terceiro, porque cada poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, tem suas funções típicas, administrar, legislar e julgar, mas em razão de suas organizações realizam atividades atípicas, já que em cada esfera há necessidades de regulamentos, procedimentos e administração de sua estrutura.

Bruce Ackerman (2009, p. 7) faz a seguinte reflexão:

Mais concretamente: retorno reiteradamente a três ideais de legitimidade ao responder à pergunta: “separação de poder em nome de quê?” O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas

permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania.

Pode ser notado nas ideias de Canotilho e de Ackerman que a separação dos poderes está vinculada ao Estado Democrático, sendo que cada poder deve cumprir suas funções conforme as características deste Estado, e, especialmente, respeitarem suas limitações e atuarem em favor dos direitos fundamentais, que é garantia de cada indivíduo na sua relação com o Estado e na sua convivência social.

Importante resgatar, conforme o tópico anterior, que as democracias não estão prontas e acabadas, é processo, é construção, por isso, tem seus defeitos, suas falhas. No mesmo sentido, a separação dos poderes e a relação entre os poderes tem seus problemas.

O sistema de governo, presidencialista ou parlamentarista, interfere na relação entre os poderes, desta forma, na dinâmica da separação dos poderes. Soma-se a esta situação o papel dos partidos políticos, já que a composição do legislativo pode definir uma força entre coalizões que sejam afinadas ao Executivo ou não, em especial em sistemas multipartidários.

No sistema presidencialista, como o nosso, as mudanças que acontecem em cada eleição, no Legislativo e no Executivo, causam variação no movimento político, nos acordos e nas desavenças, o que repercute na relação entre estes poderes, assim, interferência na legislação e nos atos administrativos.

Na democracia dos partidos, estes buscam uma autoridade plena na condução do governo e na implantação de seus programas, mas esta autoridade depende da consolidação deste partido pelas eleições. Conforme Bruce Ackerman (2009, p. 17):

As constituições que recepcionam a separação dos poderes podem ser classificadas segundo o grau de dificuldade que impõem aos movimentos políticos que buscam autoridade plena. Os sistemas fracos necessitam de um pequeno número de eleições que podem ser conduzidas em rápida sucessão; os sistemas fortes necessitam de um conjunto mais sustentável de vitórias eleitorais.

Outro problema no presidencialismo que afeta a separação dos poderes é que o presidente eleito, após assumir o cargo, num ato personalista, pode se desvincular do programa de seu partido destacando-se como uma liderança política e muitas vezes acreditando que está acima do próprio programa político que o fez ser eleito.

Para Bruce Ackerman (2009, p. 31): “Não há nenhuma surpresa, então, que o último vencedor da eleição de novembro seja tentado a entender o seu mandato em termos personalistas: o povo elegeu a ele como Presidente e o seu partido serviu simplesmente como um veículo da projeção da sua própria personalidade e ideias”.

Estes problemas apontados no regime presidencialista interferem nesta busca por autoridade no governo, o que resulta em movimentos políticos determinados por interesses, muitas vezes pelo interesse de garantir uma próxima eleição. Com isso, esta relação entre o Executivo e o Legislativo, justamente os poderes que estão ligados diretamente ao processo legislativo, pode influenciar a elaboração das leis e dos atos administrativos em direção dos interesses próprios e não da sociedade.

Daniel Giotti de Paula (2011, p. 307/308) apresenta fatores que contribuem para uma nova Separação dos Poderes, em que se sustenta a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos:

Na verdade, do início do século XX até hoje um complexo cenário de transformação se processou no direito e na política: 1) vive-se sob a égide de uma crise de

representação parlamentar; 2) fruto, principalmente, do abandono de uma visão mítica de que a sociedade é homogênea; 3) passou-se de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, no qual aos princípios constitucionais se conferiu aplicação direta; 4) o que, em consequência, implicou o abandono da subsunção como único método de resolução de impasses sobre a interpretação e aplicação do direito; 5) instaurou-se um quadro em que as agências e os agentes dentro do ramo governamental, mas com alguma independência, são aqueles que realmente decidem questões técnicas na sociedade, mudança que se dá em quadro de desformalização do direito; 6) consolidou-se, ainda, o presidencialismo de coalização, em que às minorias sobra pouco espaço para participar da construção da agenda parlamentar.

Neste sentido, mesmo que não tenham representantes eleitos pelo voto popular, o Judiciário tem a importante missão de garantir o processo democrático, especificamente, ser aquele que protege os direitos fundamentais individuais ou coletivos da atuação do próprio Estado.

4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A interpretação é tema importante para a compreensão do direito aplicado em uma sociedade, já que a interpretação é atividade inerente à construção das normas. O direito apresenta-se por suas fontes formais, em nosso sistema jurídico de tradição *civil law* a principal forma em que o direito se apresenta é a lei escrita, ou seja, legislação elaborada pelo Poder Legislativo.

Desta forma, as normas que direcionam as condutas no meio social devem ser compreendidas a partir de textos escritos que são interpretados. A hermenêutica tem construído escolas, teorias, métodos ou processos, para fins de análise da interpretação, assim, o que se busca é o sentido de interpretar e suas técnicas adequadas.

João Batista Herkenhoff (1994, p. 33) menciona que as escolas hermenêuticas podem ser divididas em três grupos, escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, escolas de reação ao estrito

legalismo ou dogmatismo, e, escolas que se abrem a uma interpretação mais livre.

Resumidamente, as escolas do primeiro grupo são vinculadas ao positivismo jurídico, de um direito que determinava regras, mas não se vinculava a valores, um direito conforme o Estado, legalista e dogmático.

No segundo grupo, escolas voltadas ao historicismo, que entendiam a interpretação como forma de adaptação das leis ao contexto de sua aplicação, um direito com fundamento na vida real.

No terceiro grupo, são escolas, como, por exemplo, a Escola da Livre Pesquisa Científica, a Escola do Direito Livre, a Escola Sociológica Americana, a Escola Realista Americana e a Escola da Jurisprudência de Interesses, que pregavam interpretação mais livre do direito, em busca de um direito justo.

A partir do estudo de cada escola hermenêutica é possível perceber suas escolhas interpretativas, optando pela busca da vontade do legislador ou pela vontade da lei de forma objetiva, ainda, utilizando métodos ou processos interpretativos tradicionais, como o literal, o sistemático, o lógico, teleológico, histórico.

A evolução da hermenêutica passou a contar com escolas que analisam a interpretação numa relação com a teoria semiótica, a partir da linguagem, percebendo que o texto é apenas o ponto de partida para o alcance da norma, e, é preciso compreender os significados das palavras utilizadas pelo legislador, neste ato de comunicação com a sociedade, por meio do texto para se revelar o sentido normativo.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior o sentido do dever ser encontra-se nas palavras utilizadas no texto e seus signos linguísticos. Assim, é necessário compreender os significados, já que há palavras que podem ter mais de um significado, com significado técnico ou vulgar, e isto é determinante para a compreensão da mensagem (2008, p. 220).

Há problemas interpretativos como vaguezas, ambiguidades e usos diversos para a mesma palavra, o que dificulta a questão hermenêutica. Por isso, o papel do intérprete deve ser comprometido com a realidade social e análise dos contextos de aplicação da lei.

Nesta relação entre texto-interpretação-realidade-norma, no processo semiótico para encontro do sentido, há o chamado “atrito triádico e dialético” entre um significante (texto da lei), um significado (sentido das palavras da lei) e um referente (realidade designada), e, a partir deste atrito é construído o sentido jurídico (BITTAR, 2019, p. 494).

Quando o objeto de interpretação é o texto constitucional, a hermenêutica encontra um outro patamar, pois, neste caso tratam-se de normas que contém os valores mais importantes de uma sociedade, que direcionam todas as questões sociais, políticas, jurídicas, econômicas, e por isso, há uma complexidade muito mais intensa, a partir do fato de que estas normas não apenas necessitam da compreensão da realidade social, mas sobretudo, são normas que constituem realidades, ou deveriam constituir.

Ainda, a Teoria Constitucional demonstra a importância da Constituição e sua força normativa, neste sentido há uma supremacia que irradia por todo o sistema jurídico, sendo paradigma de suporte e validade de todas normas infraconstitucionais, por isso, é necessária uma hermenêutica constitucional com fundamentos, métodos e princípios próprios para a interpretação do texto da Constituição.

De início, sobre hermenêutica constitucional, é preciso compreender quem são os intérpretes. Peter Häberle traz a ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, assim, a interpretação constitucional não pode ficar a cargo de uma sociedade fechada, ou seja, ser realizada apenas pelos juízes, para o autor:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente

vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (2002, p. 13)

Este pensamento da sociedade aberta dos intérpretes reflete a importância da Constituição realizar-se na realidade das pessoas, da sociedade, por isso, um conceito mais amplo de hermenêutica que alcance como intérpretes todos cidadãos, grupos sociais, órgãos públicos e opinião pública, já que isto representa democratização. O fato de que a jurisdição constitucional realize a última palavra em termos de interpretação, utilizando métodos adequados, e de forma consciente e intencional buscam a compreensão e o sentido da norma, não afasta que a realidade acontece com a sociedade aberta, assim:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HÄBERLE, 2002, p. 15)

Outro fator relevante para a interpretação constitucional é que o texto da Constituição é composto de conceitos vagos, cláusulas gerais, com a prevalência de princípios, ou seja, uma textura aberta, especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

Por isto, a hermenêutica constitucional requer que juízes invoquem e apliquem valores e princípios substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, tendo como ponto de partida a soberania da constituição, uma interpretação com tendência objetiva levando em consideração o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência, e, de que a interpretação substancial da constituição é realizada em um direito que vai além do conteúdo de regras jurídicas concretas, pois, sua formação constitutiva tem a presença

de princípios jurídicos abertos, por isso, os juízes tem a missão de mediação concretizadora destes princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1197).

Canotilho faz uma relevante síntese das ideias básicas sobre o problema da interpretação constitucional (2003, p. 1199), entendendo o que deve ser rejeitado em termos de interpretação da constituição:

(1) rejeição de qualquer interpretativismo extremo (= literalismo, textualismo, originalismo) vinculado a premissas teóricas insustentáveis: a interpretação como revelação da “vontade de um poder” constituinte histórico, identificação do texto com a norma, limitação da interpretação aos preceitos constitucionais transportadores de regras jurídicas precisas e concretas; (2) rejeição do “desconstrucionismo” ou “pós-estruturalismo interpretativo”, conducente a uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação e integração dos valores presentes numa ordem constitucional[...].

Na mesma síntese, Canotilho entende que deve haver uma “articulação da concepção *substantiva de constituição* com o *princípio democrático* [...]”, neste sentido, os legisladores concretizam os parâmetros substantivos da constituição de forma política-jurídica-valorativa e os tribunais fazem um controle jurídico-valorativo (CANOTILHO, 2003, p. 1199).

Ainda, que a interpretação constitucional deve estar fundamentada numa teoria constitucional adequada que postule ao mesmo tempo valores substantivos, como liberdade, igualdade e justiça, valores procedimentais por processos democráticos, e, valores formais, no sentido da forma da lei e de contratos, por exemplo, desta forma, há uma operacionalização prática da concepção da constituição como “sistema normativo aberto de princípios e regras”. Por isso, a interpretação da constituição é “interpretação-concretização” de uma *hard law*, pois, as regras e

princípios constitucionais não são simples regras diretivas, e sim, padrões de condutas vinculantes (CANOTILHO, 2003, p. 1199).

A Constituição Federal não pode ser confundida com seu texto, sua força normativa deve realizar-se na realidade da sociedade, dos indivíduos, por isso, a importância de uma interpretação constitucional que promova a adequada adaptação entre o texto e a realidade no sentido de proteger os valores sociais e os direitos fundamentais.

A ideia é de construção, pois, pelas características apresentadas, as situações da realidade não são contempladas de forma detalhada na Constituição, neste sentido, Luis Roberto Barroso (2013, p. 429):

Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é de construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados.

Por estas razões, não basta para a interpretação constitucional a utilização de métodos tradicionais da hermenêutica – literal, sistemático, teleológico, lógico –; não significa que não devam ser utilizados, mas, que perante um texto aberto, de conceitos vagos, de princípios que precisam ser densificados no caso concreto, e, da complexidade dos temas constitucionais, estes métodos não são suficientes.

As especificidades das normas constitucionais, como sua superioridade jurídica, linguagem, conteúdo e caráter político, fundamentaram um sistema próprio de interpretação, com princípios instrumentais que constituem premissas conceituais

para a interpretação constitucional. Tanto doutrina como jurisprudência brasileira reconhecem os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou proporcionalidade e da efetividade (BARROSO, 2013, p. 456).

Além disso, no sentido de concretização a hermenêutica constitucional utiliza, além dos métodos tradicionais, o método tópico-problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante (CANOTILHO, 2003, p. 1120). Todos estes métodos podem ser utilizados de forma complementar para a melhor resposta interpretativa conforme o caso concreto.

Não é objeto deste trabalho a discussão de cada princípio e método, bem como, de qual seria o mais adequado no exercício da interpretação em cada caso concreto, o sentido é de apontar uma hermenêutica adequada para utilização pela jurisdição constitucional.

5. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal constitui um Estado Democrático de Direito, desta forma, organiza o Estado e seus poderes, estrutura os entes federativos, contempla os valores fundamentais da sociedade – liberdade, igualdade, dignidade, justiça, cidadania, segurança jurídica -, estabelece uma ordem política, social, econômica, ambiental, refletindo na existência e fortalecimento dos direitos fundamentais.

A ordem constitucional ilumina todo o ordenamento político-jurídico-social, sendo a Constituição um norte para todo o sistema, assim, é o parâmetro para uma sociedade justa e igualitária. Em um Estado Constitucional todos devem estar submetidos à ordem constitucional, por isso, a atuação dos

poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de seus representantes máximos e de toda sua estrutura, devem ser pautados pelas normas constitucionais.

Por esta razão, deve haver mecanismos para a adequada interpretação e aplicação dos textos constitucionais e de proteção da Constituição, um controle de constitucionalidade sobre os atos. O controle pode ser exercido de várias formas, pelo Legislativo durante o processo legislativo, pelo Executivo no ato do veto e pelo Judiciário em que o controle pode ocorrer de forma difusa ou concentrada.

Quando a interpretação e o controle da Constituição ocorrem no Judiciário surge a jurisdição constitucional, missão atribuída pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 102 ao Supremo Tribunal Federal o instituindo como Guardião da Constituição, em ações diretas ou via recurso, assim, cabe a todos juízes e tribunais a análise da constitucionalidade.

Conforme Luis Roberto Barroso (2012, p. 482):

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).

Exercer a jurisdição constitucional é o papel do Judiciário perante a separação dos poderes e seu sistema de freios e

contrapesos, pois, pela jurisdição constitucional o Supremo Tribunal Federal, e os demais tribunais e juízes, fiscalizam a constitucionalidade de atos e leis emitidas pelos outros poderes, garantindo um equilíbrio no sistema. Conforme já argumentado, todos os poderes estão submetidos à ordem constitucional, assim, a necessidade do equilíbrio do sistema pelos mecanismos de fiscalização, no caso, a jurisdição constitucional.

Mas é importante destacar que, o principal fundamento para o exercício da jurisdição constitucional é a limitação do próprio Estado em relação à proteção dos direitos fundamentais, à proteção dos indivíduos e dos grupos minoritários.

Para Georges Abboud (2011, p. 101):

A Jurisdição constitucional possui como primeira grande tarefa instrumentalizar a função primordial do próprio *constitucionalismo*, qual seja, coibir os excessos do Poder Público. Nas palavras de Peter Häberle, a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, racionalização e controle do poder estatal e social, na proteção das minorias e os débeis e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana.

Há críticas com relação à legitimidade do Poder Judiciário e sua atividade na jurisdição constitucional, especialmente no controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos do Executivo. Entre as críticas está a forma de investidura dos juízes que não são eleitos pelo voto popular, e, de forma específica, crítica em relação aos membros do Supremo Tribunal Federal, já que estes, além de não serem eleitos pelo voto, são nomeados pelo Chefe do Executivo.

Ainda, no sentido da crítica, há temas polêmicos a partir da jurisdição constitucional, como a judicialização e o Ativismo Judicial. Com relação à judicialização, o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal estabelece que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de garantia constitucional ao acesso à jurisdição, e, conforme Pietro de Jesus Lora Alarcón (2011, p. 180):

Observe-se que existe uma tríplice mensagem normativa. Primeiro, dirigida ao legislador, que não poderá afastar através de seus dispositivos típicos o exame de qualquer lesão ou ameaça ao direito pelo órgão jurisdicional; logo, ao próprio Judiciário, ao qual lhe está vedado eximir-se de apreciar e, ao final, realizar o direito; finalmente, aos co-associados, que tem a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para resolver seus conflitos, livres de constrangimentos que os obriguem a assumir a opção de fazer justiça por si.

Na verdade, quando se fala em judicialização, está vinculado a ideia de judicialização da política. É inevitável esta relação direitopolítica, por exemplo, como tem ocorrido nas demandas por medicamentos, mas o princípio do acesso à justiça dá esta abertura para discussão de um direito constitucionalmente garantido, inclusive para questionar leis ou atos do executivo que estejam contrários a norma Constitucional, bem como, questionar omissões legislativas ou executivas, devendo o Judiciário encontrar uma solução para o caso, decidindo e buscando a concretização dos direitos fundamentais, mesmo quando se enfrenta um contexto moral ou político.

Luis Roberto Barroso (2011, p. 228/229) trata de judicialização no seguinte sentido:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

A força normativa da Constituição também é fundamento para a chamada judicialização, já que a pretensão de eficácia das normas constitucionais depende das condições da realidade, questões sociais, políticas, econômicas. Conforme Hesse (1991, p. 14): “[...] A norma constitucional não tem existência autônoma em

face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade [...]”.

Sobre o tema Ativismo Judicial é preciso fazer sua conformação com o constitucionalismo, o que remonta à necessidade do Poder Judiciário ter uma atuação mais contundente para fins de tutelar os direitos fundamentais declarados, sendo que esta contundência implica em um choque entre a vontade do legislador ou a atuação ou falta de atuação do Executivo e a decisão judicial proferida (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 404).

Não se pode aceitar que os juízes ultrapassem os limites constitucionais em suas atividades jurisdicionais, mas, a atividade jurisdicional não deve ser compreendida como simples aplicação da lei ao caso concreto por simples subsunção, é necessário perceber a complexidade social e o sentido material da Constituição. Nesta linha, José Herval Sampaio Junior (2011, p. 404) explica que:

A função jurisdicional, por muito tempo, esteve atrelada tão-somente a ideia de simples reprodução do contido na lei a partir das doutrinas hermenêuticas do pensamento normativo ou sistemático. Desta forma, é importante que se revise os conceitos clássicos de Jurisdição para então se concluir que hodiernamente, a par do controle de constitucionalidade que os juízes necessariamente devem submeter todas as leis a serem aplicadas no caso concreto, não mais se revela adequada uma atuação meramente desveladora do sentido das normas em abstrato e sua conseqüente subsunção ao caso em específico, pelo menos, como regra geral nos casos difíceis, ou seja, a sociedade por sua indiscutível complexidade não mais compadece com uma atuação lógica-formal.

Luis Prieto Sanchís em sua análise sobre a possibilidade de um ativismo judicial entende como risco o fato de que uma jurisprudência abertamente valorativa pode propiciar que cada juiz aplique sua concepção de justiça, mas este deve ser o preço que se

paga para superar um Estado Legislativo e alcançar um Estado Constitucional, o que requer um protagonismo dos juízes embasado na existência de uma Constituição com força normativa e com disposições materiais que devem ser realizadas (1998, p. 44).

As críticas apontadas contra a jurisdição constitucional devem servir de alerta, especialmente, para que os juízes e tribunais não extrapolem os limites de sua atuação conforme a Constituição Federal, mas a importância de uma jurisdição constitucional ganha consistência nos fundamentos apresentados neste trabalho, o Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes e a hermenêutica constitucional.

A relação da jurisdição constitucional e o Estado Democrático de Direito deve começar pelo próprio exercício da jurisdição e modelos processuais que garantam a participação democrática. Assim, um processo democrático precisa de técnicas direcionadas pelo devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, fundamentação das decisões, e, uma ampla participação em questões relevantes para os valores sociais, com a presença de *amicus curiae* e previsão de audiências públicas, por exemplo.

A atuação do Judiciário em jurisdição constitucional contribui na preservação da constitucionalidade, da igualdade, da segurança jurídica, da justiça social e da proteção dos direitos fundamentais, fiscalizando o exercício de todas as funções do Estado, proibindo excessos e absolutismos pelo Poder Público.

Refletindo sobre separação dos poderes, a jurisdição constitucional tem papel importante, pois, é nesta atuação que o Poder Judiciário garante o equilíbrio entre os poderes, ou seja, as funções do Estado, e, ainda realiza o controle e limitação dos poderes do Estado, garantindo um direito justo, preservando as normas constitucionais, o processo democrático e os direitos fundamentais.

Ainda, sobre o viés da separação dos poderes, de forma específica, sobre as falhas na separação dos poderes no sistema presidencialista no que se refere à relação entre Executivo e Legislativo, a jurisdição constitucional é meio de proteção dos direitos subjetivos, das individualidades e dos grupos minoritários.

A jurisdição constitucional também se fundamenta na necessidade da construção de normas constitucionais a partir de uma hermenêutica constitucional, já que as características do texto constitucional e sua abertura por meio de princípios, conceitos vagos, cláusulas gerais, não é compatível com a exclusiva utilização dos métodos tradicionais de interpretação, e, a simples subsunção do texto ao caso concreto. É preciso métodos e princípios de interpretação específicos para o texto constitucional, reconhecendo a supremacia e a força normativa da Constituição.

No sentido da hermenêutica constitucional a jurisdição constitucional tem a finalidade de alcançar, pelo texto e sua interpretação, a norma adequada à realidade dos indivíduos e da sociedade, concretizando direitos, promovendo um controle jurídico-valorativo, densificando os princípios e cláusulas gerais para aplicar no caso concreto.

6. CONSIDERAÇÃO FINAIS

A teoria constitucional demonstra a importância de um constitucionalismo que reflete a complexidade social, uma sociedade plural, multicultural, que enfrenta dificuldades materiais que acontecem diariamente na vida das pessoas, um ambiente de convivência de diversidades, de grupos majoritários e minoritários, de busca por igualdade, liberdade, dignidade, justiça, segurança, em questões sociais, econômicas e políticas.

Por estes desafios, constantemente surgem problemas na efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal, seja na elaboração das leis ou na execução dos atos administrativos, ou ainda, na interpretação para alcance dos direitos fundamentais e demais normas constitucionais.

Por isso, a importância da jurisdição constitucional, da atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos e leis, limitando o poder do Estado em todas suas funções, impedindo que arbitrariedades dos ocupantes dos cargos públicos prejudiquem os direitos previstos e garantidos pela Constituição, bem como, sendo um ambiente para a interpretação do texto constitucional.

Para a legitimidade da jurisdição constitucional a atuação dos Tribunais e juízes deve estar de acordo com o Estado Democrático de Direito, promovendo a participação democrática, garantindo que as decisões políticas respeitem o processo democrático.

A jurisdição constitucional deve respeitar sua posição na dinâmica da separação dos poderes, por isso, toda atividade jurisdicional tem que estar conforme os limites constitucionais estabelecidos para o sistema de freios e contrapesos, mas é necessário atuar para a proteção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais, especialmente, controlando possíveis inconstitucionalidades resultantes das atividades do Executivo e Legislativo.

Por fim, a Constituição não pode ser confundida com seu texto escrito, desta forma, a interpretação constitucional não pode se resumir na utilização dos métodos hermenêuticos tradicionais. A Constituição comporta princípios, cláusulas gerais, valores que estruturam todo o cenário social, político, econômico, ambiental, de uma sociedade que se pretende livre, igualitária, justa e que preserva a dignidade da pessoa humana, neste sentido a interpretação e aplicação das normas constitucionais devem dar respostas a partir da realidade social. Em jurisdição constitucional não basta a subsunção da lei ao caso concreto, é necessária uma hermenêutica constitucional concretizadora de valores e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ACKERMAN, Bruce. **A nova Separação dos Poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodvim, 2011.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica**.

política. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

_____. Democracia. In DIMOULIS, Dimitri (org.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATSMOTO, Katsutoshi. O estado democrático de direito. In BARROSO, Luis Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodvim, 2011.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodvim, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. In BARROSO, Luis Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[122] Mestre em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Professor da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: albinoturbay@prof.unipar.br

[123] Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali/SC. Professor da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: professorbruno@prof.unipar.br

[124] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

SEGURANÇA JURÍDICA, TEXTOS E NORMAS: PERSPECTIVAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Celso Hiroshi Iocohama¹²⁵

Alessandro Otavio Yokohama¹²⁶

Resumo: O trabalho trata do acesso à Justiça na perspectiva da definição dos direitos, tratando das deficiências relativas ao direito de informação e da segurança jurídica decorrente da declaração judicial do direito aplicado ao caso concreto. De plano, demonstra-se que o Judiciário, ao contrário do imaginário coletivo e até do senso comum teórico, também legisla, mas o faz através de “normas”, que nada mais são do que o resultado da interpretação dos “textos”, sendo que estes últimos – e tão somente eles – são exclusividade do Poder Legislativo. Ao considerar a definição dos direitos como fator importante para o acesso à Justiça, registra-se o conflito normativo entre o dever de conhecer as obrigações e deveres (*ignorantia juris neminem excusat*) e a deficiência de se conhecer os direitos e garantias. Ao tratar do conhecimento dos direitos, o estudo aponta a insegurança jurídica provocada por interpretações jurisdicionais que se divergem na comparação de casos concretos, em prejuízo da previsibilidade das definições do Direito a partir da manifestação do Poder Judiciário. Destacando a importância de se conceber resultados estáveis decorrentes do exercício da tutela jurisdicional para o fim de se estabelecer a sua confiabilidade, apontam-se as perspectivas que o novo Código de Processo Civil traz para a predominância da jurisprudência como fonte do Direito, registrando a importância do Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência para a interpretação do Direito, sem

retirar o valor do intérprete na capacidade de compreender, repensar e contribuir para com o direito jurisprudencial interpretado.

Palavras-chave: Uniformização de jurisprudência; Direito à informação; Interpretação do direito; Texto e norma; Fontes do direito.

INTRODUÇÃO

Das diversas abordagens que o tema do acesso à Justiça comporta, é preciso que se retome uma base essencial para o debate, que é o conhecimento dos direitos e, portanto, tocar a questão da segurança jurídica envolvendo sua proteção.

Com efeito, em uma perspectiva de um Estado Democrático de Direito como se constrói o Estado brasileiro, é de se compreender que a busca da pacificação social a partir da consolidação de direitos e sua proteção, demanda esforços empreendidos de diversas direções, entre eles, o reconhecimento estatal de direitos, o conhecimento por parte dos seus sujeitos, a criação de mecanismos de proteção dos direitos e, com uma pacificação dos litígios, uma maior estabilização da própria sociedade.

Entretanto, é sentimento assente na comunidade jurídica – mais diretamente ligada aos debates interpretativos voltados a todos estes temas – que há um grau de insegurança jurídica que paira sobre a definição dos direitos. Assim, mais que apenas o problema do desconhecimento do direito por ausência do pleno direito constitucional de acesso à informação (na própria perspectiva de um exercício da cidadania de forma democrática e participativa), tem-se que a definição dos direitos, decorrentes da interpretação realizada pelo Poder Judiciário, passa por uma fase de incertezas jurídicas. Na prática, é inseguro definir-se realmente qual é o direito que deve ser seguido, diante do exercício hermenêutico realizado com o resultado dos processos judiciais.

De fato, sempre foi assente na práxis jurídica que não se deve definir como certa uma pretensão (envolvendo uma demanda) sem

que realmente se tenha passado pelas possíveis instâncias judiciais voltadas a definir o direito ao caso concreto (decorrentes de processo judicial que produza uma decisão que assuma um caráter definitivo). Contudo, a diversidade de fundamentações jurídicas e de manifestações jurisprudenciais divergentes tem ensejado um clima de insegurança jurídica que, muitas vezes, transforma o processo judicial em um instrumento de desestabilização das relações jurídicas.

Neste contexto, o estudo procura destacar os caminhos que envolvem a (in)segurança jurídica diante do cenário jurídico brasileiro, observando o fenômeno da criação jurídica decorrente da atuação interpretativa e declarativa do Poder Judiciário.

Na ordem das abordagens, além do acesso à Justiça por conta do direito à informação (destacando a importância do conhecimento do direito), trata da importância da atenção à segurança jurídica, não na perspectiva de se resgatar um sistema dogmático e ditador, mas sim voltado à proteção à confiança das pessoas dentro de um Estado Democrático de Direito, tocando a compreensão educativa que o processo judicial pode produzir neste plano, destacando o cenário de insegurança jurídica decorrente de processos interpretativos judiciais e da dificuldade de se ter um planejamento para as possíveis soluções a serem produzidas para casos concretos.

Na parte final do trabalho, abordam-se algumas perspectivas de caminhos para uma segurança jurídica de direitos a partir da consolidação de um sistema jurisprudencial como direcionam as regras estabelecidas no novo Código de Processo Civil, apresentando-se o papel do Conselho Nacional de Justiça na busca da padronização dos incidentes envolvendo ações repetitivas.

1. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Em uma abordagem que marcou importante diretriz doutrinária para os debates sobre o acesso à Justiça no Brasil, Kazuo Watanabe¹²⁷ tratou do tema alertando que não pode ser ele

estudado “nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”. Alertou, neste sentido, por uma “nova postura mental”, apta a “pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*”, lembrando Cappelletti¹²⁸.

Com efeito, segundo o autor, o acesso à ordem jurídica justa pressuporia:

(1) direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características*.¹²⁹

De fato, o debate sobre o acesso à Justiça percorre diversos subtemas: meios para a superação de questões econômico-financeiras (daí pensar-se a assistência jurídica e a assistência judiciária para permitir a gratuidade da Justiça às pessoas necessitadas); mecanismos para a prestação jurisdicional com maior celeridade (para atender à garantia constitucional inserida no art. 5º, inciso LXXVIII¹³⁰); formas alternativas para a solução de conflitos, com a viabilização da arbitragem e da mediação, e o incentivo à conciliação; fortalecimento da informação sobre os direitos; melhorias do sistemas de demandas individuais e coletivas; segurança no tratamento isonômico das partes; garantia de imparcialidade no exercício da jurisdição e outras tantas

garantias voltadas a uma adequada prestação jurisdicional; garantia dos direitos individuais e coletivos em exames de mérito, entre muitos outros temas destacados para que se possa ter assegurados os direitos com a imposição de seu cumprimento/respeito, em um ambiente de contraditório e ampla defesa, concretizando um sistema democrático (e, portanto, participativo), com responsabilidades e obrigações.

Com efeito, o debate do acesso à ordem jurídica justa perpassa pelo aumento da litigiosidade e da ampliação de mecanismos para atender a essa demanda, tratando-se de um problema global¹³¹. Na medida em que se amplia o sistema de garantia de direitos para torná-lo cada vez mais acessível à população (como se deu, por exemplo, com a relação de consumo mais protegida), é consequência se ampliar a litigiosidade e isso provocar a necessidade da criação de mecanismos para atender às provocações da tutela jurisdicional.

Entre esses e tantos outros aspectos que compõem a teia de fatores atrelados ao acesso à ordem jurídica justa, elenca-se, neste estudo, um elemento essencial de todo esse debate que se sustenta na definição do direito a ser garantido. Pensando-se mais especificamente na tutela jurisdicional, é certo que o mero acesso ao Poder Judiciário precisa ser superado a partir de uma preocupação voltada para o *resultado* da prestação jurisdicional. Entretanto, em que medida a implementação de todos os mecanismos e procedimentos para se garantir a melhor apreciação dos direitos é suficiente se há um problema anterior que é a definição dos direitos?

Por certo, será tratado, a seguir, sobre a questão do conhecimento e o desconhecimento dos direitos para, em um momento posterior, colocar-se em xeque a questão da *segurança jurídica* da definição e do estabelecimento dos direitos. Assim, invocar-se uma rápida reflexão sobre o acesso à ordem jurídica justa neste momento envolve o importante registro do que se espera em um ambiente de um Estado Democrático de Direito, de modo que a preocupação com a segurança jurídica do direito a ser

declarado também faz parte da problematização, que tem como suporte a qualidade de um acesso à ordem jurídica justa.

2. TEXTO E NORMA

Hoje é corrente na doutrina a distinção entre “texto” (ou “dispositivo”) e “norma”.

EROS ROBERTO GRAU, por exemplo, depois de lembrar que já em 1919 FRANÇOIS GENY havia estabelecido implicitamente essa distinção, aborda-a de modo direto e claro: “As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação [...]”. **132**

Também HUMBERTO ÁVILA é bastante didático ao estabelecer que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. **133**

É no mesmo sentido a observação do constitucionalista GUSTAVO ZAGREBELSKY: “o resultado constitucional não vem dado, mas deve ser construído”. **134**

Em todo um capítulo de sua obra *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*, KELLY SUSANE ALFLEN DA SILVA dedica-se a explorar a distinção entre texto e norma, utilizando-se, precipuamente, da obra de FRIEDRICH MÜLLER. **135**

O mestre MIGUEL REALE, de modo indireto, parece aceitar essa distinção quando afirma que “uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação”. **136**

Para finalizar esse rol apenas exemplificativo, aparecem os tributaristas. Essa área do Direito parece ter sido campo fértil para receber e dar desenvolvimento para a distinção em comento.

É o que se vê em PAULO DE BARROS CARVALHO: “A norma jurídica é significação que colhemos da leitura dos textos

do direito positivo”. 137 No mesmo sentido são as lições de MARIA DO ROSÁRIO ESTEVES¹³⁸ e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹³⁹.

Bem observado o tema, trata-se de uma superação da distinção pioneira de HANS KELSEN, entre “norma” e “proposição jurídica”. Para a *Teoria Pura do Direito*, a norma é prescritiva, imperativa; a proposição jurídica, de outro lado, tem caráter científico e descritivo¹⁴⁰. Essa última característica é que foi alterada pela doutrina contemporânea, reapresentando-a como inteiramente nova.

Agora se sustenta – com inteira razão –, que não somos “operadores” do direito, mas sim seus “construtores”. A antiga “proposição jurídica” não mais se limita a descrever. Nós construímos o direito com base nessa distinção norma-texto; caso contrário, se o direito se restringisse aos textos, somente o Legislador poderia arvorar-se à condição de criador.

Essas distinções são expostas com maestria poética por KARL ENGISCH quando cita que “em ‘A Tempestade’ de SHAKESPEARE, diz Gonzalo: ‘Vós haveis falado mais acertadamente do que estava na vossa intenção’, ao que Sebastian responde: ‘E vós havei-lo entendido mais acertadamente do que eu o pensei’. De Goethe são conhecidos dos versos das **Zahmen Xenien**: ‘Interpretei com frescor e vivacidade – se não tirarmos e libertarmos o sentido da letra, algo aí nos ficará oculto”. 141

A distinção entre texto e norma pode ser demonstrada empiricamente com quatro situações extremas: (i) existem no ordenamento normas sem qualquer texto legal correspondente; (ii) existem textos sem norma alguma; (iii) existem diversas normas contidas em um único dispositivo; e (iv) muitas vezes, diversos dispositivos têm que ser “juntados” para formarem uma única norma.

Exemplos podem ser criados.

Em todo o ordenamento jurídico não há previsão expressa do *princípio da segurança jurídica*. Pode-se afirmar que ele advém do

Estado de Direito, como CANOTILHO¹⁴², ou da junção dos princípios da legalidade, irretroatividade e anterioridade, como aponta HUMBERTO ÁVILA¹⁴³. O fato é que mesmo não expresso, o referido princípio produz os efeitos de qualquer outra norma jurídica.

No segundo caso, usando um exemplo de ÁVILA¹⁴⁴ pode-se indagar qual a carga normativa que pode ser obtida do preâmbulo da Constituição de 1988 quando consigna a expressão “sob a proteção de Deus”? Nenhum. Ou seja: há disposição expressa no ordenamento sem qualquer norma jurídica correspondente.

Outro exemplo pode ser encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente garantido na Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Dele pode-se extrair não apenas mais de uma norma definidora de direitos e garantias de cunho subjetivo do cidadão, mas também deveres fundamentais, ou melhor, *condutas positivas do Estado*, sempre buscando a promoção de seu conteúdo.¹⁴⁵

Aliás, se não fosse assim, o que falar da atuação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no exercício do controle de constitucionalidade sem redução de texto em que se declara inconstitucional alguns dos diversos significados ou interpretações nascidas de um único texto legal, sem, contudo, alterá-lo ou suprimi-lo do ordenamento jurídico? ¹⁴⁶

Por fim, voltando ao exemplo do princípio da segurança jurídica exposto por Ávila, tem-se que, uma vez considerada como norma, a segurança jurídica só pode nascer de uma série de textos, como, por exemplo, os que tratam da legalidade (art. 5º, II), da irretroatividade (5º, XXXI) e da anterioridade (art. 150, III, “b”). Nesse caso, diversos textos se unem para formar apenas uma norma.

De tudo, pode-se concluir que não há univocidade entre texto normativo e norma propriamente dita. A interpretação/aplicação, sobretudo da Constituição, parte do texto normativo e *reproduz* a norma diante de determinado caso concreto. ¹⁴⁷

A distinção entre *texto* e *norma* pode ainda ser ligada a um fenômeno ainda pouco conhecido no Brasil, denominado *pensamento do possível*.

As poucas referências que se obtém no contexto brasileiro se resumem em alguns votos proferidos pelo ministro do STF, GILMAR FERREIRA MENDES. **148**

O chamado *pensamento do possível* tem operação diante das lacunas existentes no texto constitucional, ou seja, em casos que não há *texto* na Constituição, configurando o que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA chama de um *espaço aberto que possibilite um jogo das possíveis alternativas*.**149**

Sua principal função é buscar suprir tais lacunas usando de uma interpretação adaptadora fundada no próprio sistema principiológico da Constituição. Nesses casos, a intenção presumida do constituinte quanto à omissão em certos casos (originando a lacuna), quando contrária à realização dos direitos fundamentais perante determinado caso concreto não pode se perder em mero formalismo.

Nesse aspecto, aproxima-se a ideia do pensamento tópico de THEODOR VIEHWEG**150**, na medida em que se reveste em pensamento das alternativas, ou melhor, das *indagações* acerca das realidades vividas pela Constituição. Valendo-se do pensamento de PETER HÄBERLE**151**, através do voto de GILMAR MENDES:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na *res publica*, existe um, *ethos*, jurídico específico do pensamento em alternativas, que contempla a realidade e a necessidade, sem deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.**152**

O RECrim nº 147.776-8 julgado pelo STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, é exemplo típico do pensamento do possível.

A Constituição de 1988 atribuiu às Defensorias Públicas o papel antes conferido ao Ministério Público (CPP, art. 68) de cumprir o que se chama de direito fundamental à *assistência judiciária integral* (CF, art. 5º, LXXIV).

O Estado de São Paulo, ante a inexistência de norma transitória, encontrava-se em situação caótica: não implementadas as Defensorias Públicas na forma do texto constitucional (art. 134), tal papel era exercido de forma atípica pelos “Procuradores do Estado”. **153**

O STF, diante da manifesta inconstitucionalidade do art. 68 do CPP, afirmou que, até não serem instituídas definitivamente as Defensorias Públicas, tal dispositivo seria considerado “ainda vigente”. Isso configura o chamado *processo de inconstitucionalização das leis*, explorado em momento oportuno.

A doutrina já encampou a decisão, como se vê na obra “Reparação do dano causado por crime”, de ROGÉRIO FELIPETO¹⁵⁴, citada no AI 339696/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Diante de uma lacuna constitucional (ausência de norma transitória que regulasse a situação das Defensorias), o que se fez foi simplesmente considerar as *realidades* vividas até então, e, como forma de garantir efetivamente um direito fundamental, criou-se uma norma transitória “implícita”: em outras palavras, uma norma sem texto. **155**

Referido caso das defensorias públicas será analisado posteriormente quando se falar do processo de inconstitucionalização das leis. O que se buscou aqui foi simplesmente exemplificar o uso dos conceitos de norma e texto legal.

3. O (DES)CONHECIMENTO DOS DIREITOS

De há muito tempo, o sistema brasileiro registra uma regra geral para tratar do conhecimento do direito e da impossibilidade de se alegar a ignorância da lei, impedindo que alguém se escuse de seu cumprimento por tal motivo. A atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁵⁶ tem, em seu art. 3º, a seguinte redação: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹⁵⁷⁻¹⁵⁸. O Código Civil português, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 467.344, de 25 de novembro de 1966, também prevê regra semelhante, ao afirmar, em seu art. 6º (Ignorância ou má interpretação da lei), afirmando que: “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”¹⁵⁹.

Por certo, a justificativa doutrinária para a existência de tal preceito se dirige à necessidade de se estabelecer uma segurança jurídica na aplicação das leis. Permitir que uma pessoa alegue a ignorância da lei seria, ao ver desta justificativa, causar uma insegurança para o ordenamento jurídico e instabilidade para as relações jurídicas.

De fato, é o princípio da obrigatoriedade das leis, citado por Pereira¹⁶⁰ que impõe a submissão de todos (sujeição de obediência) ao império da lei, “sem distinção de categoria social, de nível de cultura ou de grau de inteligência”. O fundamento desta imposição, segundo o autor, seria por conta de uma necessidade, tornando a convivência social possível. Com efeito, a *ignorantia juris neminem excusat* está voltada para o sistema de cumprir a lei. O cumprimento da lei, decorrente de deveres ou obrigações, coloca o sujeito destinatário de seu comando em um contexto de sujeição, cabendo-lhe tomar ciência da lei porque não poderá alegar ignorância para não a cumprir.

Já tivemos oportunidade de demonstrar, por diversos fatores, que essa regra deve ser relativizada, na medida em que uma diversidade de problemas afeta o conhecimento do direito, como é

o caso das dificuldades inerentes ao acesso do conhecimento das inúmeras normas jurídicas estatalmente produzidas. O estudo, feito na década de 1990, enfrentava uma realidade diversa, já que não tinha a Internet como uma fonte de acesso tão popularizada como hoje, mas ressaltava que o dogma do conhecimento da lei precisava ser visto com cuidado, ainda mais em se tratando de leis com vigor imediato¹⁶¹.

Passados 20 anos dos estudos que foram realizados, ainda não parece possível afirmar que o problema do conhecimento do Direito já foi superado, basta atentar-se à triste realidade brasileira, que aponta dados de analfabetismo na taxa de, aproximadamente, 13 milhões de brasileiros, exigindo a implementação de política pública para se ampliar o processo de alfabetização¹⁶². Certamente, o que dizer do conhecimento da lei para aquele que sequer pode ler?

De outro modo, poder-se-ia afirmar que a evolução do acesso à informação decorrente da Internet poderia ampliar o conhecimento do Direito, na medida em que esse acesso à informação seria facilitado. No Brasil, o sistema de divulgação da legislação, por exemplo, de âmbito federal, se dá por meio de Diário Oficial da União eletrônico (e-Diário), que pode ser consultado *on-line* ou por meio de assinatura com o pagamento de valores que variam de R\$ 38,00 (trinta e oito reais) pela assinatura mensal ou R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais) pela assinatura anual¹⁶³. De qualquer maneira, o acesso à legislação estaria vinculado ao custo e/ou ao caminho digital, e ambos têm seus percalços, até porque o acesso digital não é uma realidade plena, havendo muito que se investir para ampliar o acesso à Internet para a população brasileira – em grande parte, excluída. Em 2014, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontaram que 54,9% das casas estavam conectadas, correspondendo a 95,4 milhões de brasileiros com acesso à Internet¹⁶⁴, mas que, certamente, não alcança a imensa quantidade de regiões desprovidas de acesso à tecnologia.

O foco do presente estudo, contudo, não está voltado para o conhecimento dos deveres e obrigações, para os quais há tanta preocupação em se negar a possibilidade de se escusar do cumprimento pelo desconhecimento. Parte-se da ciência desta realidade para se projetar uma outra questão: se o desconhecimento dos deveres e obrigações pode ser algo que a realidade justifica, o que se poderá dizer do desconhecimento dos direitos e garantias?

Neste ponto de indagação, é de se colocar em questionamento se as pessoas sabem de seus direitos, porque, se podem desconhecê-los, muito provavelmente, não os terão protegidos, salvo se houver a intervenção de representantes que possam tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos que são protegidos por ações coletivas. Assim, se uma pessoa desconhece seu direito e não utiliza de uma ação individual para fazer valê-lo, pode vir a ser assegurado por uma ação coletiva – no Brasil, regulamentada por algumas leis, como é o caso da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) ou do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

Marinoni¹⁶⁵ já apontava o problema cultural que envolve o reconhecimento dos direitos, anotando que grande parte dos cidadãos “não tem sequer condições de reconhecer os seus direitos”, asseverando que a “complexidade da nossa sociedade faz com que mesmo as pessoas dotadas de maiores recursos tenham dificuldade em entender as normas jurídicas”.

Na perspectiva do acesso à Justiça, Marinoni¹⁶⁶ alerta que, para ser “cidadão participante no mundo em que vive, agente da história e responsável pela mesma, deve ser *efetivamente* orientado e informado sobre os seus direitos”. Daí a importância do direito à informação como “corolário do direito à livre expressão”, de maneira que “o direito de acesso à Justiça pressupõe o direito à informação a respeito da existência dos direitos”.

Há que se registrar que o direito à informação no Direito brasileiro é assegurado pelo inciso XIV do art. 5º da Constituição

Federal, afirmando que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

De qualquer modo, é possível se entender como ainda atual a advertência de que fazia Morello¹⁶⁷:

¿De qué vale que los operadores jurídicos diversifiquen vocaciones y estudios cada vez más complejos en sus técnicas, y generen una imparable inflación de normas, si, contrariamente, los destinatarios (consumidores) de todo ese arsenal jurídico y de las ulteriores tareas de interpretación, se hallan, vivencialmente, en un vaciamiento o laguna acerca de la existencia, sentido y alcances de unos derechos que ellos en verdad no está en condiciones de alegar, ejercer ni menos tutelar?

Neste aspecto, Marinoni¹⁶⁸ destaca ser intuitivo que, “em um país pobre como o Brasil, pouca gente conheça os seus direitos, e menos ainda como exercê-los”. Problemas como a democratização da Justiça (que passa pela “democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem”); o direito à informação “como requisito para a realização do direito à liberdade de expressão, um meio eficaz para assegurar não só a viabilidade de acesso à ordem jurídica justa, como ainda a participação do cidadão nos destinos da sociedade” (e, portanto, do direito de ser orientado para o exercício da cidadania); da atuação efetiva do Estado e dos órgãos e associação de classe (como a Ordem dos Advogados do Brasil) e do Ministério Público são fundamentais para a construção do acesso à Justiça.

Com efeito, anote-se como exemplo os resultados de um levantamento feito pelo Instituto Trata Brasil¹⁶⁹, segundo o qual metade da população brasileira não teria esgoto coletado em suas casas e cerca de 35 milhões de pessoas não teriam acesso a água tratada no País. Logo, caberia indagar-se até que ponto este direito fundamental à água potável é vista pela população carente como um efetivo direito?

É certo que este é apenas um exemplo, mas muitos outros poderiam ser elencados, partindo-se de direitos que já estão assentes (confirmados pela legislação, jurisprudência e doutrina) e que não acabam chegando ao alcance das pessoas, muitas vezes por desconhecimento.

Infelizmente, há, ainda, quem se valha do desconhecimento para se manter em comportamento ilícito ou lesivo a direitos (como, por exemplo, empresas que prestam serviços de má qualidade, mas que sofrem sanções que não as inibem em continuar com tal prática e ainda não são demandadas por todos aqueles que foram por elas prejudicados). Também a precariedade de um sistema educativo, certamente, pode produzir pessoas desconhecedoras de seus direitos. Por outro lado, formas equivocadas ou frágeis de se saber dos próprios direitos podem levar pessoas a deixar de exercê-los. O que resta, a título sucinto de conclusão parcial deste estudo, é que o acesso à Justiça depende desse direito de informação e que este tema deve sempre ser mantido em pauta para exigir reflexões sobre os caminhos para a sua superação.

De qualquer maneira, há que se acrescentar ao tema outro aspecto fundamental para se ampliar o debate sobre esse ponto do acesso à Justiça (do reconhecimento dos direitos), que envolve as dificuldades para se ter uma clareza quanto aos direitos, dada a diversidade jurisprudencial que assola os Tribunais, conforme adiante se abordará.

4. AS INCERTEZAS INTERPRETATIVAS E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Ainda que predominantemente se afirme que o Direito brasileiro é estruturado a partir de um complexo de leis (portanto, em um sistema de *Civil Law*), diante de uma estrutura legislativa dividida em seus âmbitos municipal, estadual e federal (além da atribuição dada ao Poder Executivo para a edição de normas como decretos, regulamentos e medida provisória – esta no caso do

Poder Executivo federal), há que se reconhecer que, da forma como o Poder Judiciário brasileiro foi estruturado e o que demonstra a sua história, acaba assumindo papel fundamental na determinação do significado do Direito ao caso concreto. Isso permite concluir que, se os direitos podem também estar estabelecidos por uma lei (em sentido amplo), a sua aplicação dependerá, em caso de controvérsias, do que ditará o julgamento judicial, e, assim, ao final, quem acaba determinando o significado de um direito é o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional/interpretativa.

Neste sentido, mesmo que o legislador cumpra sua função ao editar as leis, o seu significado e sua aplicação dependerão de uma aplicação prática, que será ditada pelos julgamentos que das leis tratarem. O sentido de um comando legal, portanto, dependerá dos ditames que o Poder Judiciário traçar.

Registre-se que não se está aqui a entender que os demais mecanismos e fontes interpretativas devem ser desprezados. Já se falava, classicamente, que a origem da interpretação pode ser autêntica, judicial e doutrinária. Seja o que o legislador registra de interpretação na própria lei (interpretação autêntica), seja o que a doutrina apresenta em seus estudos, seja o que o Poder Judiciário conclui a partir de suas motivações, nenhum deles deve ser desprezado por conta da força coercitiva que o Poder Judiciário tem em seus julgados. Contudo, o que se ressalta é que há uma inevitável coercibilidade que as interpretações para o caso concreto produzem por meio das decisões judiciais que um dia transitam em julgado. Para a vida daqueles sujeitos submetidos à autoridade da coisa julgada, o Direito está dizendo o que a decisão conclui e, a partir disso, a argumentação que ora se produz sobre a força da interpretação judiciária, decorrente dos julgamentos aplicados aos casos concretos.

Historicamente, o direito praticado pelos Tribunais sempre foi destacado como o “direito vivo”, ainda que submetido às críticas, como já ressaltou Maximiliano, em sua obra clássica sobre a Hermenêutica¹⁷⁰:

Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente.

No Brasil, até quando o Judiciário invade a esfera de ação do Congresso, ou se afasta, por outra forma, dos cânones constitucionais, surge sempre forte corrente, entre os mais doutos, que pleiteia o respeito à exegese ocasional; embora em assunto da própria competência o Legislativo nada tenha com a opinião dos juízes e seja também certo que um só julgado não constitui jurisprudência.

De há muito se debateu sobre a possibilidade ou não do Poder Judiciário “criar o Direito”, sempre se colocando em xeque a questão da divisão clássica dos Poderes. A evolução da compreensão de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são partes de um mesmo conjunto indicou a superação da divisão absoluta e estanque de cada *Poder*, mas, inevitavelmente, produz um resultado estranho quanto ao equilíbrio de forças entre os Poderes: ainda que a “função” legislativa procure regulamentar os comportamentos, a sua interpretação e aplicação acabam por desembocar nas mãos do Poder Judiciário. Isso significa, na prática, que, pelo menos em tese, a última palavra do significado e da aplicação do Direito depende do que dirá o Poder Judiciário.

Deste modo, o debate sobre o Poder Judiciário criar ou não direito acaba por enfrentar uma questão pragmática: podendo ou não criar um direito ao caso concreto, é certo que a decisão final, depois de sujeitada (ou não a recursos) e não eivada de vícios que permitam uma ação rescisória ou uma anulatória, estabelecerá o que será “certo” para determinado conflito. Anote-se que o “certo” não se dará, necessariamente, com o que afirma um dispositivo legal em sua interpretação gramatical, por exemplo. O “certo” pode também não estar de acordo com o que algum outro meio de

interpretação (lógico, sistemático, finalístico etc.) venha a indicar. O “certo”, ao final, é o “certo” que ficar constante na decisão judicial que não for mais submetida a recurso, ou à ação rescisória ou à ação anulatória. Será esse “certo” que definirá o que se poderá ou não fazer, o que se terá de direito ou não.

Em um plano abstrato e “teoricamente científico”, o parágrafo que foi anteriormente escrito pode parecer um absurdo. Da leitura do que muito se pode dizer sobre o Direito, da segurança jurídica que ele deveria trazer, da regulamentação social que ele deveria estabelecer, parece fácil concluir que esse discurso sobre o “certo” no Direito, dito pela “boca do Poder Judiciário”, seria um grande equívoco.

Entretanto, a prática do Direito, no Brasil, pode confirmar, por uma infinidade de exemplos, que o “certo” do Direito se sustenta em uma grande insegurança jurídica, porque não há como se garantir que uma interpretação, por mais óbvia que possa parecer, seja realmente acolhida para um caso sob apreciação do Poder Judiciário.

A *segurança jurídica*, por si, é uma expressão que transita entre polos opostos. Certamente, já foi utilizada para garantir a *ordem*, dentro de um regime ditador. Em uma perspectiva dogmático-legalista, já foi utilizada para se exigir o cumprimento absoluto da lei, abolindo julgamentos *contra legem*. Mas não é por causa dos desvios comportamentais que a utilizaram indevidamente que deverá ter uma importância desmerecida ou desconsiderada.

De certo, não há como se conceber uma determinada organização sem que se tenha parâmetros de segurança. Não se trata de estabelecer uma *segurança* que impeça o pensamento ou que limite a liberdade; não é a segurança que impede o advogado de postular ou o juiz de agir. É a segurança que estabelece parâmetros democráticos, indicando caminhos a serem seguidos sem que as pessoas se sujeitem às surpresas decorrentes de um alvitre de um poder (estatal) exercido ilegitimamente.

A segurança jurídica, como aponta Couto e Silva¹⁷¹, se constitui como conceito ou princípio jurídico ramificado em duas partes: uma de natureza objetiva, que limita a retroatividade dos atos do Estado (até mesmo com a atividade legislativa, com a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); e outra de natureza subjetiva, “concernente à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”. Em uma perspectiva moderna e em consideração ao direito comparado, observa o autor que se constroem dois princípios distintos, mas com estreitas correlações:

[...] Falam os autores, assim, em *princípio da segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em *princípio da proteção à confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjetivo*. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Considera-se, assim, para efeitos desse estudo, a ligação da segurança jurídica sob o aspecto subjetivo, envolvendo a proteção da confiança. Será que o Estado, no exercício da importantíssima função jurisdicional, caminha sob a égide desse princípio da proteção da confiança, de maneira a ser limitada a sua liberdade de modificar sua conduta, no que respeita à sua atividade-fim de dizer o Direito?

Como alerta Medina¹⁷², é importante se proteger a legítima confiança, aplicada ao processo judicial (que é construído em um sistema interacional), na medida em que “a conduta dos órgãos judiciários influencia significativamente o comportamento das partes: estas correspondem às determinações judiciais na medida

em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a *confiança* dos litigantes”.

A discussão sobre o resultado da atividade jurisdicional no que respeita à confiança dos litigantes remete aos estudos de Dinamarco, no que se refere ao *escopo educativo do processo*. Como alerta o autor, na “medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios”¹⁷³. Ademais, prossegue o autor:

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios.¹⁷⁴

Assim, há que se entender que a confiabilidade da atividade do Poder Judiciário é atrelada à segurança jurídica que se espera de um sistema de interação de comportamentos. Esse papel educativo da atividade jurisdicional tem importância destacada, neste sentido, porque, ao final, é pela atividade jurisdicional que se determina o “certo” nos casos concretos, como anteriormente mencionado. Deve-se, com isso, esperar o melhor empenho na definição dos direitos e, desta maneira, traçar comportamentos que podem ser seguidos como paradigmas para outros comportamentos. A confiabilidade para com a atividade do Poder Judiciário residiria, portanto, na credibilidade de seus julgamentos, na medida da estabilidade das suas decisões. Mas será que isso realmente tem acontecido na experiência brasileira?

Infelizmente, da observação sobre movimentos jurisprudenciais, tem-se percebido uma grande insegurança jurídica, com inevitável fragilidade ao princípio da confiabilidade.

Entre inúmeros exemplos de entendimentos jurisprudenciais que não se afinam entre os Tribunais, calha destacar-se um em especial, que é o referente à exigência ou não da defesa técnica, feita por advogado, em procedimento administrativo.

Veja-se a formatação de dois Tribunais Superiores no Direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, de competência regida pelo art. 102 da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça, com a competência estabelecida nos termos do art. 104 da Constituição Federal. Ambos foram instados a se manifestar sobre o tema (defesa técnica por advogado em processo administrativo). Na ordem da atividade jurisdicional, primeiro se manifestou o Superior Tribunal de Justiça depois da solidificação de inúmeros precedentes, com a Súmula nº 343¹⁷⁵ que assim estabeleceu: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Instado a tratar do mesmo assunto, o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶, no ano seguinte à edição da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula Vinculante nº 5, assim regulamentando: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Tratando especificamente do caso, Nery Junior¹⁷⁷ apresenta o problema decorrente das duas súmulas. Indica, sob o aspecto formal, a predominância da súmula vinculante, mas aponta, no mérito, a inconstitucionalidade do ato do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸:

Com a devida vênia, entendemos correto o *STJ 343* e inconstitucional o *STF-V 5*, por ferir a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), o direito de ação (CF, 5º, XXXV), o devido processo legal (CF, 5º, LIV), a ampla defesa (CF, 5º, LV) e os predicamentos da advocacia (CF, 133). Como a súmula vinculante do STF tem eficácia normativa, geral e abstrata, vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública (CF, 103-A, *caput*), isso significa que o *STF-V 5*, apesar de inconstitucional, vincula o STJ, de modo que o *STJ 343*, apesar de correto e constitucional, deve ceder

diante do verbete vinculante do STF.

Isto em termos formais. No entanto, como substancialmente o *STF-V 5* é inconstitucional, não poderá produzir efeitos nos processos administrativos e judiciais. Caberá ao julgador administrativo (processo administrativo) ou ao juiz (processo judicial) exercer o *controle concreto e difuso* de constitucionalidade do *STF-V 5*, e, ao reconhecê-lo inconstitucional, deixar de aplicá-lo.¹⁷⁹

O presente estudo não necessita trazer à baila os argumentos do autor sobre a inconstitucionalidade alegada, bastando registrar a indignação doutrinária (com razão), ao analisar um sistema jurídico que entre os próprios órgãos de um Poder (no caso, o Judiciário), digladiam-se em posicionamentos completamente distintos sobre um mesmo tema.

É certo afirmar que os fatos que influenciam as interpretações e as conclusões em decisões judiciais são envolvidos por uma diversidade de causas. A interferência de interesses em julgamentos pode afetar a esperada segurança jurídica na atuação do Poder Judiciário, na medida em que não se tem como controlá-los.

Por outro lado, há o problema do solipsismo, como alerta Streck, quando observa que a insegurança jurídica decorre da postura do juiz que decide com a sua própria consciência, afastando-se de outros fundamentos, a não ser aqueles que escolhe *de per si*. Registra o autor uma importante reflexão:

Daí a minha pergunta: De que adianta dizer que não há segurança jurídica hoje no Brasil e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz deve decidir conforme sua consciência? Ora, em termos de paradigmas filosóficos, estamos apenas saindo da crítica de uma concepção sofisticada e indo em direção a uma concepção solipsista, para dizer o menos. Que segurança tem o jurisdicionado quando sabe que a decisão é dada conforme a consciência individual do decisor? Ainda que isto esteja afiançado por uma instância transcendente com pretensões de objetividade (Deus ou a Natureza).¹⁸⁰

Certamente, os exemplos das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal indicam apenas uma pequena experiência, se considerado o macrossistema de julgamentos e formação de jurisprudência (ou não), que produzem decisões com resultados individuais ou coletivos e fixam parâmetros para o comportamento dos jurisdicionados.

Se vivemos em um sistema em que o Poder Judiciário assume a declaração dos direitos por meio da tutela jurisdicional e ela estabelece diretrizes para os comportamentos individual e social com posicionamentos que se contradizem, certamente que nos encontramos em um regime de insegurança jurídica, na medida em que se fragiliza a confiabilidade na atuação estatal.

Essa diversidade de pensamentos interpretativos, decorrentes de decisões individuais ou colegiadas, inevitavelmente, afeta a construção de qualquer planejamento voltado às orientações jurídicas que o exercício da advocacia, pública ou privada exigem. Que segurança tem o advogado em apontar para seu cliente os rumos da interpretação que o Direito está permitindo a partir da análise das diretrizes traçadas pelo movimento jurisprudencial? Quantos professores já refutaram os argumentos de alunos pautados em jurisprudência, sob a alegação de que estudar a jurisprudência não seria fazer ciência, já que julgar e fazer jurisprudência sai do controle científico (e qualquer tipo de decisão poderia ser encontrado)?

Provavelmente, o preço dessa insegurança jurídica advindo da atividade jurisdicional será o preço pago pelo movimento (até então necessário) de libertação da dogmática do legalismo, decorrente de um positivismo exacerbado que conduziu o Direito a um sistema hermético que insulou o jurista da realidade social. A complexidade das relações sociais, que ensejou o rompimento da tradicional forma de se conceber o Direito, provocou os operadores do Direito a sair da zona de conforto da dogmática legalista e, por via de consequência, adentrou-se em um sistema aberto de possibilidades principiológicas que, nas mãos de quem exerce o poder jurisdicional, pode acarretar desvirtuamentos.

5. OS CAMINHOS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DOS DIREITOS

É certo que o panorama desalentador que se traça, ao observar os caminhos de insegurança jurídica que o Direito brasileiro tem representado, pode ter alguns traços de esperança, ainda que se tenha muito a melhorar e experimentar.

Veja-se, por exemplo, o sistema da repercussão geral, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 como requisito do recurso extraordinário para ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal). De um lado, tem sua importância no sentido de buscar “garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados”, considerados os “destinatários maiores da mudança”, como se divulga na própria página do Supremo Tribunal Federal¹⁸¹.

De fato, o novo Código de Processo Civil brasileiro incorpora este comando nos arts. 1.035 e 1.036, quando vem a tratar do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Tem-se, sob perspectiva, que a segurança jurídica poderá ser mais bem contemplada, na medida em que uma corte de Justiça possa produzir uma decisão que estabeleça uma padronização de julgamento, inclusive afetando todos os recursos que estiverem tratando do mesmo tema.

Ocorre que a realidade, novamente pesando sobre a teoria da norma, dá indícios de que mesmo o instituto da repercussão geral precisa ser repensado, na medida em que se estabeleça uma agilização em seu julgamento. Na amplitude de suas competências, o Supremo Tribunal Federal enfrenta a dificuldade de tratar os casos de repercussão geral com a sua devida rapidez.

Com efeito, o problema já foi apontado pelos estudos de doutoramento Damares Medina, e o próprio Supremo Tribunal Federal lançou ações para a agilização dos julgamentos, conforme aponta Canário¹⁸². Em um recorte temporal que a estudo acadêmico apontou (de 2007 a 2013), o STF reconheceu a repercussão geral de 700 temas e “só julgou o mérito de 164”,

provocando um “resultado cruel”, na medida em que causou a “paralisação de 692 mil processos no País inteiro”.

Desse contexto, pode-se concluir que o caminho da padronização dos julgamentos para determinados assuntos, com a adoção do sistema envolvendo a repercussão geral, tem a louvável intenção de proporcionar *segurança jurídica*, mas precisa ser aprimorado para que as causas não fiquem estancadas, aguardando a decisão da Corte Superior, agravando a morosidade do Poder Judiciário.

É certo que o caminho da uniformização da jurisprudência foi assumido expressamente pelo novo Código de Processo Civil, de maneira a se estabelecer, em diversos dispositivos, a valorização do julgamento em âmbito dos Tribunais. Neste sentido, destacam-se os arts. 926 e 927, que assim afirmam:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

É na esteira desta atenção à jurisprudência e na fixação de entendimentos jurisprudenciais que o novo Código de

Processo Civil brasileiro permite, por exemplo, o julgamento pela improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 322, que assim afirma:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.

Ademais, coroa esta linha de entendimento o disposto pelo art. 489, também do novo Código de Processo Civil, que, em seu § 1º, apresenta um rol de situações as quais, se ocorridas, não constituem como fundamentada a decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão). A hipótese do inciso VI estabelece não estar fundamentada a decisão judicial quando “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”, dando claro entendimento de que a posição jurisprudencial que fizer parte do contexto do litígio deve ser analisada, interpretada e aplicada.

Anote-se que instituto do Incidente Recursal de Demandas Repetitivas, criado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, acompanha a preocupação da legislação em padronizar os julgamentos na busca de sua estabilização. Regulado pelos arts. 976 a 984, parte de duas hipóteses (simultâneas) para cabimento de sua instauração, previstas pelos incisos I e II do art. 976 (“I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”). Dirigido ao presidente do

Tribunal, será julgado pelo “órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal” (art. 978). O incidente provocará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso (art. 982, inciso I) e deverá ser julgado no prazo de um ano, com prerrogativa de preferência de julgamento sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980). Este incidente, com efeitos sobre os processos até então em andamento e os futuros, dentro da área de jurisdição do respectivo Tribunal, poderá ser objeto de recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal) ou especial (Superior Tribunal de Justiça), que, apreciando o mérito do recurso, fixará tese jurídica que “será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que verem sobre idêntica questão de direito” (§ 2º do art. 987).

A atenção à uniformização da jurisprudência, decorrentes das demandas repetitivas, levou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, dispondo sobre

a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências.¹⁸³

De fato, em uma consulta ao portal de pesquisas do Conselho Nacional de Justiça sobre demandas repetitivas¹⁸⁴, é possível acessar o Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência e, a partir dele, se constatar as inúmeras decisões já proferidas e aguardando

juízo, bem como os processos que ficaram ou estão suspensos. Espera-se que, com a ocorrência destes incidentes, permita-se a estabilização dos conflitos nos âmbitos de cada Tribunal do País, e, com o passar dos procedimentos aos Tribunais superiores, que se padronizem as interpretações jurídicas que assumirem essa natureza de causa repetitiva.

É claro que a padronização dos julgamentos e posicionamentos interpretativos toca a segurança jurídica, na medida em que se conhece o posicionamento adotado. A insegurança jurídica, porém, não está descartada se o resultado final das interpretações decorrerem de interesses políticos nem sempre coerentes com as aspirações sociais de justiça e igualdade, ou se, pelos mesmos interesses escusos, proceder com alterações interpretativas, revogando posicionamentos anteriores. Há gigantesca influência política em decisões de grande repercussão, e isso precisa ser objeto de constante preocupação se a pauta está direcionada à formação de um país democrático e pautado em critérios de justiça social, e atrelada às garantias fundamentais constitucionais.

De qualquer modo, diante da sistemática processual recém-vigente, há indícios para a pacificação de certos debates e a tendência à uniformização dos temas poderá, quiçá, construir um sistema com maior segurança jurídica, certamente não isento de críticas, mas, quem sabe, estabelecendo um novo patamar de orientações para a compreensão do Direito brasileiro.

Obviamente, o intérprete nunca perderá o seu papel ativo, que olha para o Direito posto, compreende-o a partir do cotejo de todo um sistema extrajurídico (porque o Direito não se faz apenas de normas e princípios jurídicos, e não deve se insular no seu “mundo de normas”) e o repensa, analisando se precisa ser mantido ou superado, propondo sua manutenção ou mudanças. Logo, não é porque o sistema brasileiro aponta um sistema jurisprudencial dominante, que se aceite o papel inerte do intérprete ou atrelado (escravo) do que dizem os julgamentos em seus paradigmas. A evolução do Direito não dependerá apenas do que diz o Poder Judiciário, até porque a provocação dada pelas

partes, por meio de seus advogados (com o exercício da postulação), é quem, em grande parte, ditará os problemas sociais e os caminhos possíveis de serem seguidos para a sua solução.

6. CONCLUSÕES

Há uma necessidade de ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos materiais, seja com políticas públicas ou com medidas que exijam que o Poder Público garanta os direitos e o direito à informação sobre esses direitos. A experiência brasileira aponta que muito há que se fazer para garantir acesso à Justiça de muitos, pautando-se ainda no próprio conhecimento do Direito, vez que, sem esse conhecimento, não há que se falar em sua garantia, salvo por demandas coletivas que podem amenizar essa deficiência.

O princípio da confiança precisa ser colocado sob foco das ações do Poder Judiciário. As decisões judiciais formam as normas jurídicas a partir dos textos. Sem um mínimo de controle e estabilidade sobre esse processo, o Judiciário acabaria monopolizando a atividade legiferante, substituindo a vontade popular na criação dos próprios textos legais. De nada adianta existirem orientações que estabeleçam procedimentos a serem observados pelos juízes e tribunais sem que isso seja realmente encampado como um escopo educativo do processo judicial, assumido como papel do juiz e efetivado em assegurar um sistema de decisões com coesão para a uniformidade, com critérios objetivos para a revisão dos entendimentos firmados.

É preciso reconhecer que interpretar o Direito desprezando os movimentos jurisprudenciais não está coerente com a sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, nem mesmo com as possibilidades de interpretação que a atuação do Poder Judiciário produz. Certamente que a interpretação, que se utiliza dos diversos instrumentos já consagrados e decorrem das diversas origens (autêntica, doutrinária e jurisprudencial), amplia a capacidade de produzir resultados interpretativos dos mais diversos. Porém, a importância da decisão judicial para a vida das pessoas exige

reconhecer, no papel do Poder Judiciário, uma coercível fonte de declaração dos direitos, e, se estamos diante de um império das decisões judiciais sobre outras origens interpretativas (seja da própria lei, seja da doutrina), é fundamental que sejam idealizados e praticados mecanismos que controlem e padronizem a atuação do Poder Judiciário em seus julgamentos, principalmente naqueles que podem afetar amplamente os sujeitos à sua coercibilidade.

Há luzes para que se construa um Direito brasileiro a partir de um sistema jurisprudencial que tenha coerência para tratar as pessoas de forma isonômica, gerando uma confiabilidade quanto aos julgamentos por não se permitir distinções de resultados da atuação do Poder Judiciário pautados unicamente no que pensa um ou outro juiz ou Tribunal.

Neste ponto, é de fundamental importância a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que procura consolidar os resultados de julgamentos produzidos no País acerca de questões repetitivas, independentemente de se tratarem oriundas de ações coletivas ou individuais. A sistematização de julgamentos serve de instrumento que contribui para um papel do intérprete do Direito brasileiro, que, cada vez mais, deverá agregar, em suas habilidades, a capacidade de coletar informações de julgamentos e de analisá-las, cotejando paradigmas, repensando sua incidência e contribuindo para a solidez do Direito (com a estabilização de interpretações), sem perder de vista sua capacidade crítica de alertar para mudanças da sociedade, aptas a provocar mudanças na jurisprudência até mesmo consolidada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. C. **Curso de processo civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, t. 1, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Decreto nº 3,725, de 4 de dezembro de 1919. Faz diversas correções no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3725.htm#art3>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5, de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 235, de 13.07.2016. Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>>. Acesso em: 13 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sobre a repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Imprensa Nacional. E-diários. Produtos Imprensa Nacional. Disponível em: <<http://imprensa.in.gov.br/ediarios/acessoExterno.do?metodo=produtosIN>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias: Demandas Repetitivas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CANÁRIO, P. Em 90 dias, Supremo julga 36 recursos e libera 30 mil processos na origem. Consultor Jurídico. 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/90-dias-supremo-julga-36-recursos-libera-30-mil-processos>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, M. Giustizia, acesso alla. **Enciclopedia delle Scienze Sociali** (1994). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/acesso-alla-giustizia_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/acesso-alla-giustizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/>). Acesso em: 2 fev. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

COUTO E SILVA, A. do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abr./maio/jun. 2005, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005->

almiro%20do%20coutho%20e%20silva.pdf>. Acesso em: 1 out. 2017.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1994.

ESTEVES, Maria do Rosário. **Normas gerais de direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FELIPETO, Rogério. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

G1. Tecnologia e Games. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. 06.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento posibilista**. In: _____. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

INSTITUTO Trata Brasil. Metade da população brasileira não tem coleta de esgoto. **Folha Vitória**. 16.03.2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/metade-da-populacao-brasileira-nao-tem-coleta-de-esgoto-14>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

IOCOHAMA, C. H. **A obrigatoriedade imediata das leis ordinárias federais: uma perspectiva crítica sobre o vigor das leis no momento de sua publicação**. Leme: LED, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 1º vol., 2ª ed., Coimbra: Armênio Amado, 1962.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEDINA, J. M. G. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MINISTÉRIO da Educação. Brasil alfabetizado será ampliado em 2017 e atenderá 250 mil jovens e adultos. Portal de notícias. Políticas Públicas. 16.09.216. Acesso em: 22 jan. 2017.

MORELLO, A. M. **El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación** (el derecho a la información y la realidad social). In: GRINOVER, A. P.;

DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

STRECK, L. O “decido conforme minha consciência” dá segurança a alguém? **Consultor Jurídico – CONJUR**, 15.05.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios**. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979.

WATANABE, K. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. 5ª ed., Torino: Editorial Trotta, 2003.

[125] Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL, Londrina/PR, Brasil). Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo (USP, São Paulo/SP, Brasil). Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Paranaense (UNIPAR, Umuarama/PR, Brasil). E-mail: iocohama@uol.com.br.

[126] Advogado. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, Florianópolis/SC, Brasil). Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, São Paulo/SP, Brasil). Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Paranaense (UNIPAR, Umuarama/PR, Brasil). E-mail: aoyokohama@uol.com.br.

[127] WATANABE, K. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

[128] CAPPELLETTI, M. *Giustizia, accesso alla*. Enciclopedia delle Scienze Sociali (1994). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/>). Acesso em: 2 fev. 2017.

[129] WATANABE, K. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. Op. cit., p. 135.

[130] “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

[131] Como observa Araújo (2016, p. 91), as “reformas legislativas produzidas em países de primeiro mundo assim como ao fenômeno da globalização revela que a necessidade de aperfeiçoamento e incremento da atividade jurisdicional não corresponde a uma necessidade isolada de nosso sistema” brasileiro.

[132] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

[133] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

- [134] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. 5ª ed., Torino: Editorial Trotta, 2003, p. 96.
- [135] SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 399 e s.
- [136] REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 583.
- [137] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 7.
- [138] ESTEVES, Maria do Rosário. *Normas gerais de direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 34.
- [139] DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 35.
- [140] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 1º vol., 2ª ed., Coimbra: Armênio Amado, 1962, cap. 3, n. 16.
- [141] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 166-7.
- [142] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 250.
- [143] ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 22.
- [144] ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 22.
- [145] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 68-9; TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-5.
- [146] ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 22.

[147] A distinção entre “texto” e “norma” não é de aplicação exclusiva do direito constitucional ou qualquer outro ramo do direito. A título exemplificativo, citamos uma hipótese em que pode ser aplicada no direito processual civil. Trata-se do caso da propositura de ação rescisória quando a decisão rescindenda “violar literal disposição de lei” (CPC/73, art. 485). Ao longo dos anos, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao cuidar do referido dispositivo, criou, na verdade, mais um requisito para esse instituto: que a matéria versada na sentença rescindenda não fosse de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343). O ponto que se pretende chegar é que a expressão “violar literal disposição de lei” deve ser entendida como “violar literal disposição de norma”. Conseqüentemente, a súmula 343 do STF jamais comportaria qualquer interpretação restritiva. Em outras palavras, tanto o disposto pelo art. 485, V, do CPC/73, quanto na súmula 343 do STF, devem ser interpretados em conformidade com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário como forma de realizar o conteúdo de tal preceito fundamental. E uma das possibilidades jurídicas hábeis a lhe garantir maior eficácia (como mandamento de otimização) é considerar que a “violação de disposição legal” seja o mesmo que “violação de norma”, ou seja, da interpretação dada de forma sistemática aos textos legais. A pergunta que se pode fazer é se tal assertiva confrontaria a súmula 343 do STF? Em primeiro plano, a resposta é afirmativa. Mas isso não é bem o que se tem visto na prática. O próprio STF vem reconhecendo assiduamente a não aplicabilidade dessa súmula 343 quando a matéria tratada for de índole constitucional. A responsabilidade então foi consideravelmente transferida ao Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a análise das questões que versem sobre matéria infraconstitucional. E isso, em regra, o STJ vinha cumprindo com louvor, assentando, por exemplo, que “o que o art. 485, V, do CPC [de 1973], reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita) tenha violado seu sentido, seu propósito: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar” (RSTJ 27/247). Ou seja: tanto o STJ, quanto o STF, ainda que vigente a citada súmula 343, tem reconhecido indiretamente a distinção entre texto e norma no caso da propositura ação rescisória por violação literal de dispositivo legal. O mesmo raciocínio, poderia ser estendido para fins de prequestionamento no caso da interposição de RE e REsp. Pode-se, perfeitamente, sustentar que o objeto do prequestionamento é a norma

prevalentemente, sustenta que o objeto do questionamento é a norma (interpretação sistemática dos textos normativos), e não os dispositivos legais em questão. O contrário implicaria em medida restritiva de direito fundamental (acesso ao Judiciário), passível de ser considerada inconstitucional usando, por exemplo, a Proporcionalidade para tanto.

[148] A propósito v. STF, Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Direito Público*, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 159-69. Sobre esse caso em específico, veja-se: MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4). *Revista do Advogado*, n. 73, São Paulo: AASP, 2003, p. 74-81.

[149] ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1994, p. 101.

[150] Sobre o pensamento tópico de VIEHWEG vide do próprio Autor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979.

[151] Cf. HÄBERLE, Peter. Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento posibilista. In: _____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 59 e s.

[152] STF, Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Direito Público*, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 162.

[153] STF, Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Direito Público*, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 168.

[154] FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58.

[155] O mesmo pensamento do possível foi usado pelo Min. Gilmar Mendes quando mudou o entendimento firmado há anos no Tribunal Superior Eleitoral no que concerne à obrigatoriedade de deficiente físico em votar. Segundo o ilustre Ministro, “a ausência de qualquer disciplina constitucional sobre a matéria tão relevante sugere não um silêncio eloquente, mas uma clara lacuna de regulação suscetível de ser colmatada mediante interpretação que reconhece o caráter facultativo do alistamento e do voto no caso de deficiência grave”. E conclui: “Parece evidente que o constituinte não pretendeu impor o alistamento em tais casos. Trata-se tão-somente de uma ‘lacuna’ suscetível de ser superada com base nos próprios princípios estruturantes do sistema constitucional”. (TSE, Processo Administrativo nº 18.483/ES).

[156] A redação é do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. O nome original deste Decreto-Lei era Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Com o advento da Lei nº 12.376 de 2010, o nome foi alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

[157] Brasil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 21 jan. 2017.

[158] Anteriormente ao citado art. 3º, semelhante previsão de proibição de se alegar a ignorância da lei existia na “Introdução” inserida no próprio Código Civil de 1916 (Brasil, 1916). O texto estava previsto no art. 5º: “Ninguém se excusa, alegando ignorar, a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar” (redação original do Código Civil alterada pelo Decreto nº 3.725, de 4 de dezembro de 1919, que trouxe correções ao texto) (Brasil, 1919).

[159] Portugal, Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

[160] PEREIRA, C. M. da S. Instituições de direito civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987. p. 84.

[161] IOCOHAMA, C. H. A obrigatoriedade imediata das leis ordinárias federais: uma perspectiva crítica sobre o vigor das leis no momento de sua publicação. Leme: LED, 1997. passim.

[162] Ministério da Educação, Brasil alfabetizado será ampliado em 2017 e atenderá 250 mil jovens e adultos. *Portal de notícias*. Políticas Públicas. 16.09.2016. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/204-10899842/39281-brasil-alfabetizado-sera-ampliado-em-2017-e-atendera-250-mil-jovens-e-adultos>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

[163] Brasil, Imprensa Nacional. E-diários. Produtos Imprensa Nacional. Disponível em: <<http://imprensa.in.gov.br/ediarios/acessoExterno.do?metodo=produtosIN>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

- [164] G1. Tecnologia e Games. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. 06.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- [165] MARINONI, L. G. Novas linhas do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 35-36.
- [166] Idem, p. 36.
- [167] MORELLO, A. M. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social). In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 167.
- [168] MARINONI, L. G. Op. cit., p. 48-51.
- [169] Instituto Trata Brasil. Metade da população brasileira não tem coleta de esgoto. Folha Vitória. 16.03.2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/metade-da-populacao-brasileira-nao-tem-coleta-de-esgoto-14>>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- [170] MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do Direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 148.
- [171] COUTO E SILVA, A. do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 2, abr./maio/jun. 2005, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2017.
- [172] MEDINA, J. M. G. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128-129.
- [173] DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 192.
- [174] DINAMARCO, C. R. Op. cit., p. 193.
- [175] Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

- [176] Brasil, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5, de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- [177] NERY JUNIOR, N. Princípios do processo na Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 289.
- [178] Observe-se a incongruência do fato contrário a uma coesão do sistema: o Supremo Tribunal Federal, concebido entre as suas atribuições constitucionais como “guardião da Constituição”, produz, sob sua competência, uma súmula vinculante com evidente inconstitucionalidade. É a insegurança jurídica e a própria quebra da confiabilidade que se exemplifica por ação da mais alta corte do Brasil.
- [179] NERY JUNIOR, N. Op. cit., p. 289.
- [180] STRECK, L. O “decido conforme minha consciência” dá segurança a alguém? Consultor Jurídico – CONJUR, 15.05.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 jan. 2017.
- [181] Brasil, Supremo Tribunal Federal. Sobre a repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 13 mar. 2017.
- [182] CANÁRIO, P. Em 90 dias, Supremo julga 36 recursos e libera 30 mil processos na origem. Consultor Jurídico. 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/90-dias-supremo-julga-36-recursos-libera-30-mil-processos>>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- [183] Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 235, de 13.07.2016. Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>>. Acesso em: 13 maio 2017.

[184] Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias: Demandas Repetitivas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Clenio Jair Schulze¹⁸⁵

Cesar Luiz Pasold¹⁸⁶

Resumo: O objeto do presente artigo é avaliar a atuação do Poder Judiciário brasileiro no âmbito da Judicialização da Saúde. O objetivo do texto é demonstrar o protagonismo do Poder Judiciário e a postura do Supremo Tribunal Federal. O ponto principal que leva a tratar do assunto está materializado no alto número de processos judiciais em tramitação em que há a discussão sobre os limites e a extensão do Direito à Saúde, bem como em razão do conteúdo das decisões proferidas pelos magistrados e Tribunais pátrios.

Palavras-chave: Poder judiciário; Protagonismo; Judicialização da saúde.

INTRODUÇÃO

O **objeto** (referente) do presente artigo é avaliar a atuação do Poder Judiciário brasileiro no âmbito da Judicialização da Saúde.

O **objetivo** do texto é demonstrar o protagonismo do Poder Judiciário, destacando o fenômeno da Judicialização da Saúde e a postura do Supremo Tribunal Federal em relação a este tema.

O primeiro ponto principal que leva a tratar do assunto está materializado no alto número de processos judiciais em tramitação, nos quais há a discussão sobre os limites e a extensão do Direito à Saúde. O segundo, é o conteúdo das decisões proferidas pelos magistrados e Tribunais pátrios.

Com a finalidade de explicitar a premissa apresentada, o artigo está dividido em três partes: na primeira trata do protagonismo do Poder Judiciário brasileiro, que deixou de adotar postura de autocontenção na análise de muitos temas jurídicos, econômicos, políticos e sociais. Na segunda, o texto passa a abordar a Judicialização da Saúde, destacando suas características e apresentando a posição aberta do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos processos que envolvem o fornecimento de medicamentos e de tratamentos não contemplados no Sistema Único de Saúde – SUS. Analisa, ainda, o volume de processos judiciais deste jaez em tramitação no Poder Judiciário brasileiro.

No terceiro item, afirma-se, com explicitação dos fundamentos, que o Poder Judiciário pátrio é um dos grandes responsáveis pela reforma no Direito à Saúde, diante da ampliação do seu conteúdo e da sua extensão, a partir da interpretação da Constituição. Estabelecido o referente e fixadas as hipóteses de abordagem, importa destacar a metodologia adotada¹⁸⁷. Na fase de investigação foi utilizado o método indutivo. Na fase de tratamento de dados o método cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva¹⁸⁸. Nas diversas fases da pesquisa, foram empregadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica, todas recomendadas por Cesar Luiz Pasold¹⁸⁹.

Nas considerações finais, apresenta-se objetivamente um resumo do raciocínio desenvolvido e também se estimula o Leitor à reflexão sobre o conteúdo do texto, principalmente a atuação do Poder Judiciário no tema da Judicialização da Saúde.

1. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

O mundo passa por uma profunda transformação, especialmente no que toca à forma de atuação dos Poderes do Estado.

E a principal causa desse responsável é o deslocamento de Poder, uma vez que o Judiciário, outrora comedido, passou a

assumir um papel que já fora exclusivo do Legislativo e do Executivo, principalmente no que toca à execução de políticas públicas e à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Isso aconteceu porque o Judiciário tornou-se o último “guardião das promessas”, nas palavras de Garapon¹⁹⁰.

No Brasil, o Poder Judiciário tem demonstrado nos últimos anos que se tornou o Poder do Século XXI. Tal circunstância decorre da universalidade da Jurisdição, da ausência de limites ao seu acesso e da contundência como tem atuado no controle dos demais entes estatais. Ou seja, considerando que tudo é judicializado no Brasil, o Judiciário passou a apreciar de modo muito mais intenso questões jurídicas, políticas, econômicas e sociais. Neste aspecto, é importante a consideração de Heller: “Sem a permanência das normas sociais não existe permanência do *status* social, não existe Constituição.” ¹⁹¹.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, tem demonstrado um novo papel, a partir de uma postura protagonista. Basta ver a quantidade de processos em que enfrenta aspectos nunca abordados, destacando-se várias condenações criminais de políticos do Congresso Nacional e vinculados ao Poder Executivo Federal¹⁹².

Mas este protagonismo do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal, não é admirado por todos.

Blanco de Moraes já assentou que o “STF é uma corte constitucional sem paralelo entre as demais. O Supremo não tem hesitado em derrogar tacitamente a Constituição através de mutações constitucionais de natureza jurisprudencial, como decorre da ADPF 132 e ADI 4.277, sobre a união homoafetiva”.¹⁹³

Atienza, sem citar nomes, também critica a postura de muitos juristas pátrios, afirmando que os “trabalhos que escrevem parecem estar, com frequência, orientados mais a um auditório de alemães ou de norte-americanos do que a juristas brasileiros” ¹⁹⁴. E que tal

conduta fomenta a adoção de “posições excessivamente abstratas que não me parecem adequadas para dar resposta aos problemas que realmente importam”.¹⁹⁵

Por fim ,nessa linha, Vianna faz ácida crítica a este modelo, assentando que o “Poder Judiciário e o Ministério Público tomaram conta do país, transformando-se em tenentes da toga.”¹⁹⁶

Nada obstante tais considerações, a verdade é que o Judiciário tornou-se grande protagonista do Estado brasileiro na atualidade.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No âmbito dos Direitos Sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil dá enfoque especial ao Direito à Saúde, consagrando no artigo 196 que é um:

direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁹⁷

A partir da premissa constitucional, o Supremo Tribunal Federal – STF tem entendido que o Judiciário possui competência e legitimidade institucional para condenar a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as operadoras de planos de saúde ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não contemplados no Sistema Único da Saúde – SUS e no Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Certo ou errado, a verdade é que as decisões judiciais causaram uma reforma na estrutura dos entes públicos e das operadoras de planos de saúde brasileiros

Por isso convém, em produtos acadêmicos científicos, efetuar-se uma análise da postura que o Judiciário tem adotado no enfrentamento da Judicialização da Saúde.

2.1 A posição do Supremo Tribunal Federal

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo ainda manteve um papel de respeito e deferência ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Por isso, não era incomum encontrar-se decisões da Corte, em sede de liminar, suspendendo ordens concedidas por magistrados de primeiro e de segundo grau de Jurisdição e que determinavam, especialmente aos entes públicos, o fornecimento de medicamentos¹⁹⁸.

Contudo, há aproximadamente duas décadas o Supremo Tribunal Federal deixou de adotar postura de autocontenção em relação à Judicialização da Saúde.

As primeiras decisões que tratavam do tema envolviam pedidos de fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS¹⁹⁹. O Ministro Celso de Mello, ao longo dos anos, tornou-se um dos grandes defensores dos Direitos Sociais e das decisões favoráveis aos autores dos processos. A decisão abaixo, proferida em 2000, demonstra isso:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder

Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.²⁰⁰

Mesmo com mudanças da sua composição, a Corte segue adotando o entendimento de que o Estado deve fornecer em qualquer circunstância, medicamentos a pessoas necessitadas.

Apenas durante o exercício do cargo de Presidente do STF, a então Ministra Ellen Gracie passou a acolher pedidos dos entes públicos para suspensão das liminares que determinavam o fornecimento de medicamentos, alegando ausência de capacidade financeira²⁰¹.

Tal entendimento, entretanto, foi logo superado, restaurando-se a posição que a Corte havia inaugurado em meados da década

de 1990.

O próprio Ministro Barroso, que possuía entendimento mais restritivo antes de sua nomeação²⁰², também seguiu a posição da Corte, conforme se observa na seguinte decisão que materializa seu atual pensamento:

EMENTA: O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.²⁰³

A posição do STF é tão forte em relação tema, que há decisão que condena os Entes Públicos ao custeio de tratamento no exterior em processo em que não havia evidência científica do seu sucesso. É o chamado caso da retinose pigmentar (doença oftalmológica que leva progressivamente à cegueira), no qual alguns Ministros utilizaram a esperança e notícias de veículos de comunicação como critérios de julgamento²⁰⁴.

Decisão que merece destaque é o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501, que trata da Lei 13.269/2016²⁰⁵, que autorizou o fornecimento da fosfoetilonamina a pessoas portadoras de neoplasia maligna. Neste caso, por maioria apertada de seis votos, o STF julgou procedente o pedido cautelar e suspendeu os efeitos da aludida Lei. O principal fundamento apontado na decisão residiu na ausência de evidência científica da substância química²⁰⁶.

Em 2019, a Corte concluiu o julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 657718, entendendo que não é possível o fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, salvo para doenças raras e ultra raras²⁰⁷.

No Recurso Extraordinário 566471²⁰⁸ discute-se sobre o fornecimento de medicamento de alto custo pelo poder público. Esta decisão balizará o entendimento futuro do Poder Judiciário

brasileiro, razão pela qual há grande expectativa em relação ao aludido julgamento.

De qualquer forma, afora o julgamento do caso da fosfoetilonamina e de algumas posições individuais ou já superadas, é nítida a postura do Supremo Tribunal Federal em autorizar, praticamente sem limites, os pedidos de fornecimento judicial de tratamentos e medicamentos.

2.2 A quantidade de processos judiciais²⁰⁹

A principal consequência da posição aberta do STF no tema da Judicialização da Saúde no Brasil reside no alto volume de processos em tramitação. O Relatório Justiça em Números²¹⁰ do Conselho Nacional de Justiça apresenta o mais importante e completo diagnóstico sobre o Poder Judiciário brasileiro, contemplando estatísticas de todos os 90 Tribunais (à exceção do STF), bem como indicadores sobre litigiosidade, estrutura, investimento, entre outras informações.

Especificamente quanto a Judicialização da Saúde²¹¹, considerando os processos ajuizados até 2018 e se somadas todas as demandas existentes no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, encontra-se o seguinte diagnóstico²¹²:

ASSUNTO	QUANTIDADE
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	159.414
Fornecimento de medicamentos – SUS	544.378
Tratamento médico-hospitalar – SUS	177.263
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	259.334

ASSUNTO	QUANTIDADE
Assistência à Saúde/ servidor público	42.459
Assistência médico hospitalar (SUS)	4.258
Ressarcimento ao SUS	5.562
Reajuste da tabela do SUS	3.308
Convênio médico com o SUS	1.671
Repasse de verbas do SUS	1.450
Terceirização do SUS	1.652
Serviços em saúde (SUS)	59.355
Planos de saúde (direito do consumidor)	677.897
Fornecimento de medicamento (planos de saúde)	16.932
Serviços hospitalares – Consumidor	37.894
Planos de saúde (direito do trabalho)	90.957
Taxa de saúde suplementar (tributário)	576
Doação e transplante órgãos/tecidos	1.343
Saúde mental	8.451
Controle social e Conselhos de saúde	4.118
Hospitais e outras unidades de saúde	22.647
Erro médico	107.612
TOTAL	2.228.531

Como se observa, é alto o volume de demandas judiciais em relação a temas que envolvem o Direito à Saúde.

Isso é a demonstração nítida da compreensão constitucional que o Poder Judiciário conferiu ao tema, assumindo o papel de protagonista na concretização do seu texto. Sobre o assunto, é importante destacar a observação de Eros Grau, que serve de fundamento à atuação dos magistrados do Brasil em relação à Judicialização da Saúde:

Constituição *dirigente* que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – *interpretação dinâmica*. Volta-se à *transformação da sociedade*, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º – e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade²¹³. (itálico do original)

Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário é um dos grandes responsáveis pela formação adequada do Tempo XXI²¹⁴, de modo a permitir a concretização possível e desejada da Constituição pátria.

3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Direito à Saúde, no Brasil, está consagrado normativamente a partir do texto constitucional, que o contempla como um Direito Fundamental Social, com especial proteção a partir do artigo 196.

No aspecto infraconstitucional, a Lei 8080/1990²¹⁵ é a fonte principal que trata do Direito à Saúde. Em 2011, o aludido diploma normativo foi objeto de alteração pela Lei 12.401²¹⁶, que teve como principal finalidade a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC. Um dos principais fundamentos para a criação da Comissão foi a necessidade de fixação de critérios para a incorporação de novos produtos e medicamentos no âmbito do SUS.

É que a ausência de critérios claros e expressos deixou o Poder Judiciário aberto a defini-los por decisão judicial. Aliás, era isso que sempre se verificava nos processos judiciais sobre o tema. A decisão do STF sobre a retinose pigmentar antes citada demonstra isso.

Ou seja, a alteração legislativa ocorreu em decorrência da grande quantidade de processos judiciais, demonstrando a força do Poder Judiciário.

Outra consequência da atuação contundente do Judiciário nas demandas nas quais se postulam medicamentos e tecnologias em saúde não contemplados no rol do SUS, foi a determinação do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2017, de suspensão dos processos em razão da afetação do Recurso Especial 1657156 para julgamento como repetitivo (tema 106)²¹⁷. Adotou-se, aqui, técnica prevista no Código de Processo Civil²¹⁸ para resolução dos assuntos com maior movimentação e repercussão no Judiciário.

Ou seja, esta é a demonstração de que a Judicialização da Saúde operou significativa transformação da legislação vigente e também na forma de atuação do Poder Executivo que se viu conduzido a adotar novas medidas de controle em relação ao Poder Judiciário²¹⁹. Exemplo disso é a celebração de um convênio entre o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Justiça para a criação de um banco de dados com informações técnicas disponibilizadas para auxiliar os magistrados do Brasil na análise e julgamento dos processos sobre o Direito à Saúde²²⁰.

Portanto, o que se viu nas duas últimas décadas, é um Judiciário que dominou um assunto que era exclusivo do Executivo e do Legislativo. Há uma clara tendência de invasão de competências outrora limitadas de forma estanque no contexto jurídico e político brasileiro.

Neste momento, é importante lembrar que “o direito, como observou Von Lhering existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele”²²¹.

Vale dizer, os juízes do Brasil, inclusive o STF, passaram a compreender a interpretação do Direito à Saúde de uma outra maneira, a exigir a sua ampla concretização na plano da vida das pessoas.

Reconhece-se que o Direito não é um fim em si mesmo e que o Sistema Jurídico existe para trazer melhorias à Sociedade, especialmente em prol da sua Saúde.

Além disso, a interpretação da norma não é um ato meramente declaratório, mas constitutivo²²². Por isso que interpretar significa definir o conteúdo e o alcance da norma. E o Direito à Saúde é um bem que sempre deve estar ao alcance das pessoas.

Acima de tudo, o Judiciário brasileiro percebeu que a “Constituição redefine um Estado e cria parâmetros teórico-práticos para sua transformação”, no dizer de CASTRO e MEZZARROBA²²³.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado tal compreensão no âmbito da Judicialização da Saúde suplementar. A decisão do Agravo em Recurso Especial 869843/CE²²⁴ demonstra isso, pois afasta, inclusive, a validade de cláusula contratual que limita o acesso do usuário de plano de saúde a tratamento domiciliar.

E um importante vetor na interpretação dos casos que envolvem o Direito à Saúde e que aparece com frequência nas decisões judiciais é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Sobre isso, Barroso anota que:

No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão. A circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto, em muitas situações, destinar os recursos ao atendimento de uma pretensão judicial é retirá-los de outros destinatários, agrega complexidade ao debate. Com frequência, a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns versus a vida, a saúde e a dignidade de outros.²²⁵

Sarlet também afirma a relevância da previsão constante da Constituição quanto à Dignidade da Pessoa Humana, mencionando, com especial destaque, essa categoria como princípio e como valor constitucional. Isto significa que a Dignidade da Pessoa Humana se imanta por todo o sistema jurídico brasileiro, vinculando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário²²⁶.

Neste aspecto, é necessário apontar que a Dignidade da Pessoa Humana confere amplo espectro à teoria dos Direitos Fundamentais. Vale dizer, a sua irradiação conduz e vincula a interpretação de todas as normas do Estado e orienta a atuação de todos os agentes públicos e também os particulares.

Não há, portanto, como se afastar da Dignidade da Pessoa Humana, (1) como princípio, (2) como valor constitucional e (3) como critério na teoria da decisão da Judicialização da Saúde.

Por fim, é inegável que a Saúde configura um bem relevante para a população e que deve ser concretizado com prioridade. Neste ponto, é importante a observação de Pasold, sobre a Função Social do Estado:

Entre as características propostas para o Estado Contemporâneo, insisto na sua condição instrumental e no seu compromisso com o Bem Comum, compreendendo este, além da satisfação das necessidades materiais, a dimensão do respeito aos Valores Fundamentais da Pessoa Humana, que devem sustentar o Interesse Comum.

[...]

Repito: é necessário colocar o Estado de forma permanente e pró ativa em função de toda a Sociedade.

Eis o fundamento da FUNÇÃO SOCIAL que proponho para o Estado Contemporâneo.

E reforça:

É uma Função que se deve irradiar por toda a estrutura e desempenho do Estado, determinando o exercício dos seus Poderes, a composição e o acionamento de seus órgãos no cumprimento das respectivas funções.

É, enfim, uma Função que deve atentar e cumprir sempre aos legítimos interesses da Sociedade, sem discriminações ou preconceitos.²²⁷

O Judiciário, neste contexto, não tem se furtado em conferir a máxima concretização do Direito à Saúde.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função do Poder Judiciário é a resolução dos conflitos de interesses.

Durante um longo período, somente era conferido a tal Poder de Estado o papel de dizer o Direito sem ampliar os limites fixados pelo Poder Legislativo.

Daí a razão pela qual aos juízes era aplicado o apelido de serem apenas a boca da lei.

O presente texto demonstra que este tempo está no passado.

E assim o é porque o Poder Judiciário passou a adotar postura protagonista na análise dos temas judicializados.

Especificamente no âmbito da Judicialização da Saúde, confirmou-se a hipótese segundo a qual o Judiciário transformou-se em um poderoso ator que contribuiu para o avanço, o conteúdo e a extensão do sentido do Direito à Saúde.

A partir da análise das decisões anteriormente apresentadas no presente texto, e do alto volume de processos judiciais em tramitação, é possível afirmar que o Poder Judiciário é um dos responsáveis por uma grande Reforma Sanitária efetuada no Brasil depois de 1988. E, o mais interessante : tudo por força de decisão judicial!

Para um estímulo à reflexão e ao prosseguimento da pesquisa pelo Leitor, os seguintes e importantes pontos ainda precisam ser claramente definidos: (a) quais são os efetivos limites do Poder Judiciário ? (b) o Poder Judiciário está obrigado a considerar o aspecto econômico do custo dos direitos e da capacidade

financeira do Estado ? e (c) quais são os critérios mais adequados para a teoria da decisão na Judicialização da Saúde?

É certo que as respostas devem ter como premissa o texto da Constituição, que sempre deve servir de bússola interpretativa da vida em Sociedade.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. **Consultor jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 09 Nov.2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas**. Suspensão de Tutela Antecipada 91. 26 fev 2007. DJ 05 mar 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **1ª Turma garante tratamento em Cuba a portadores de doença ocular.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. **Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário** 801676 AgR/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgamento 19 ago 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28801676%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxtntsrd> . Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão da Segurança** 702 AgR/DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgamento em 19 dez 1994. DJ 24 fev 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28702+SUSPENS%C3O+E+SEGURAN%C7A%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y2ad5896>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 242859/RS. Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ 17 set 1999.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1743890>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286 AgR/RS**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 set 2000, DJ 24 nov 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **Suspenso julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT . Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados**. 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial** 869843/CE, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, 3ª TURMA, Julgamento 21 jun 2016. DJe 30/06/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. **Repetitivo sobre remédios não contemplados pelo SUS:** juiz deverá analisar pedidos urgentes. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Repetitivo-sobre-rem%C3%A9dios-n%C3%A3o-contemplados-pelo-SUS:-juiz-dever%C3%A1-analisar-pedidos-urgentes. Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de Castro e MEZZARROBA, Orides. **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras.** Belo Horizonte: Arraes, 2015.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Título original: *Le gardien des promesses*.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

MORAES, Carlos Blanco de. Supremo não tem hesitado em derrogar tacitamente a Constituição Federal. **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/entrevista-carlos-blanco-morais-professor-universidade-lisboa>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev.amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. *In: Empório do Direito*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/> Acesso em: 09 Nov. 2019.

SCHULZE, Clenio Jair. O custo financeiro da judicialização da saúde. *In: Empório do Direito*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/o-custo-financeiro-da-judicializacao-da-saude/> Acesso em: 09 Nov. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck. Tenentes de toga comandam essa balbúrdia jurídica. 20 de dezembro de 2016. São Paulo. **Jornal**

Estado de São Paulo. Entrevista concedida a Wilson Tosta.
Disponível em
<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tenentes-de-toga-comandam-essa-balburdia-juridica-afirma-cientista-politico,10000095549>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[185] Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí – Univali). Pós Graduação em Justiça Constitucional e Tutela dos Direitos Fundamentais (Univerisdade de Pisa/IT). Juiz federal. Autor do livro **Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. Co autor do livro **Direito à Saúde** 2 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. E-mail: cleniojschulze@yahoo.com.br

[186] Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo-USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC; Mestre em Saúde Pública pela USP. Autor, entre outros, de: **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Fpolis: Conceito Editorial, 2008; **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. Itajaí: Univali-2013- *ebook*, disponível gratuitamente em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>; **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática** 14 ed. rev. atual amp. Florianópolis: EMAIS, 2018. Organizador e co-autor, entre outros livros , de: **Ensaio sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental** (Florianópolis Insular. Site profissional: www.cesarluizpasold.com.br; e-mail: clp@cesarluiaspasold.com.br cv [lattes: http://lattes.cnpq.br/6851573982650146](http://lattes.cnpq.br/6851573982650146)

[187] Vide PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018, p. 97 e seguintes.

[188] PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018, p. 87 e seguintes.

[189] PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018, p. 85/111.

[190] GARAPON, Antoine. O guardador de promessas. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 24. Título original: Le gardien des promesses.

[191] HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 301. Título original: Staatslehre. (itálico do original).

[192] Neste ponto, as operações denominadas “Mensalão” e “Lava-Jato” tem sido os principais expoentes e que culminaram com a condenação de inúmeros políticos.

[193] MORAES, Carlos Blanco de. Supremo não tem hesitado em derogar tacitamente a Constituição Federal. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/entrevista-carlos-blanco-morais-professor-universidade-lisboa>. Acesso em: 24 jul. de 2017.

[194] ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. Consultor jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atiENZA-professor-universidade-alicante>. Acesso em 24 de julho de 2017.

[195] ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. Consultor jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atiENZA-professor-universidade-alicante>. Acesso em 24 de julho de 2017.

[196] VIANNA, Luiz Werneck. Tenentes de toga comandam essa balbúrdia jurídica. 20 de dezembro de 2016. São Paulo. Jornal Estado de São Paulo. Entrevista concedida a Wilson Tosta. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tenentes-de-toga-comandam-essa-balburdia-juridica-afirma-cientista-politico,10000095549>. Acesso em 24 de julho de 2017.

[197] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2017.

[198] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Segurança 702 AgR/DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgamento em 19 dez 1994. DJ 24 fev 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28702+SUSPENS%C3O+E+SEGURAN%C7A%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y2ad5896>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[199] ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 242859/RS. Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ 17 set 1999. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1743890>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[200] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 271286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 set 2000, DJ 24 nov 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[201] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, deferiu, em parte, pedido do estado de Alagoas na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 91, para suspender decisão concedida em ação civil pública que determinou ao estado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. [...] Suspensão de Tutela Antecipada 91. 26 fev 2007. DJ 05 mar 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[202] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[203] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 801676 AgR/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgamento 19 ago 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28801676%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxtntsrd>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[204] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. 1ª Turma garante tratamento em Cuba a portadores de doença ocular. Um grupo de pessoas portadoras de uma doença rara chamada retinose pigmentar, que leva à perda progressiva da visão, receberam o direito de realizar tratamento em Havana, Cuba. A decisão ocorreu durante a sessão extraordinária da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), nesta quarta-feira (13), na qual, por maioria dos votos, foi negado provimento a um Recurso Extraordinário (RE 368564) da União contra autorização do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) para o tratamento no exterior. [...] A análise da matéria teve início em sessão realizada no dia 8 de abril de 2008, quando o relator, ministro Menezes Direito (falecido), entendeu que o pedido do grupo não poderia ser deferido, votando no sentido de prover o recurso da União. Segundo ele, essa doença não tem cura e a viagem para Cuba seria inócua, feita às custas do erário. O relator afirmou à época que o direito é conferido se existe a possibilidade certificada de cura, “de que existe o tratamento, de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu: laudo, parecer, indicação”. No entanto, avaliou que no caso concreto há um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, segundo o qual não existe tratamento em lugar algum.

O ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto-vista, negou o recurso e abriu divergência, ao permitir a viagem ao exterior. Segundo ele, o direito à saúde é fundamental e é um dever do Estado, “encontra-se em harmonia com reiterados pronunciamentos da Corte (RE 198265 e 248304)”. Nesses julgados, o ministro Celso de Mello teria consignado a impossibilidade de fazer prevalecer sobre o interesse do cidadão o aspecto econômico-financeiro, considerado o direito à vida e à saúde. “Eu não posso compreender que se articule a inexistência de lastro econômico-financeiro para se negar um tratamento à saúde a um cidadão”, disse, ao citar como precedente o Recurso Extraordinário (RE) 271286. “Pelo que leio nos veículos de comunicação, o tratamento dessa doença, com êxito, está realmente em Cuba”, completou. [...]

Também votou hoje o ministro Luiz Fux. Ele considerou que o recurso da União deveria ser negado. “Eu sou muito determinado nessa questão da esperança. Nunca acreditei na versão de que o tratamento em Cuba da retinose pigmentar não tinha cura, pelo contrário, eu entendo que se eles são especialistas nisso, deve haver uma esperança com relação a essa cura”, avaliou, ao completar que a função do Supremo é tutelar a dignidade da vida humana e a prestação da saúde pelo Estado. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

- [205] BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. **Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [207] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 23 Mai. 2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [208] Ainda pendente de julgamento, à época de redação do presente texto, ou seja, novembro de 2019.
- [209] Para maiores informações: SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. In: **Empório do Direito**. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil> Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [210] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2019: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [211] Neste momento do presente texto, o conceito operacional de Judicialização da Saúde é ampliado para contemplar as categorias mencionadas no quadro citado, solicitando-se aos Leitores que assim o percebam para os efeitos da compreensão da lógica de conteúdo respectiva.
- [212] SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. In: **Empório do Direito**. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil> Acesso em: 09 Nov. 2019.
- [213] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 217.
- [214] A expressão Tempo XXI é de autoria de Pasold e corresponde ao período de 2015 a 2099. In PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev.amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

[215] BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[216] BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[217] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. **Repetitivo sobre remédios não contemplados pelo SUS: juiz deverá analisar pedidos urgentes.** Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Repetitivo-sobre-rem%C3%A9dios-n%C3%A3o-contemplados-pelo-SUS:-juiz-dever%C3%A1-analisar-pedidos-urgentes. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[218] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[219] E isso decorreu, principalmente, em razão do alto gasto despendido pelos entes públicos para o cumprimento das decisões judiciais em saúde. Sobre o tema: SCHULZE, Clenio Jair. **O custo financeiro da judicialização da saúde.** In: Empório do Direito. 13 de março de 2017. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/o-custo-financeiro-da-judicializacao-da-saude/> Acesso em: 09 Nov. 2019.

[220] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>. Acesso em: 09 Nov. 2019.

[221] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 17.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 166!

- [222] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 161.
- [223] CASTRO, Matheus Felipe de Castro e MEZZARROBA, Orides. **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 136.
- [224] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 869843/CE, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, 3ª TURMA, Julgamento 21 jun 2016. DJe 30/06/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 09 Nov. 2019. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. COBERTURA CONTRATUAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. [...] 2. Não há que se falar em afronta ao art. 535 do CPC/73 quando o acórdão resolve fundamentadamente a questão pertinente à cobertura contratual para tratamento domiciliar da beneficiária, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 3. O serviço de home care (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde e que, na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor (REsp nº 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 15/6/2015). Aplicação da Súmula nº 83 do STJ. 4. Agravo interno não provido.
- [225] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 117. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.
- [226] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 81.
- [227] PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev.amp. Itajaí/SC: Univali, 2013, p. 49/50. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO: CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Gustavo Afonso Martins²²⁸

Luiz Eduardo Gunther²²⁹

José Laurindo de Souza Netto²³⁰

Resumo: A concreção constitucional perpassa pela garantia de acesso à justiça, assim, o artigo trabalha com a alteração legislativa trazida pela Reforma Trabalhista especialmente o 3º, do art. 8º, ao inaugurar o princípio da intervenção mínima nas relações de trabalho. Nesse contexto de garantia constitucional de acesso à justiça e a intervenção mínima da Justiça do Trabalho nas relações humanas laborais, o artigo analisa os efeitos quanto à concreção constitucional e meios normativos e/ou principiologicos a fim de dar (re)significado ao novo princípio inserido no ordenamento jurídico trabalhista sem o declará-lo inconstitucional. Para tanto, vale-se do método dedutivo a fim de compreender o princípio e sua aplicação nas relações trabalhistas após perpassar pelo Direito comum e interpretado à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Concreção constitucional; Princípio da Intervenção Mínima; Acesso à Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Em atenção a proposta central desta obra, os 30 anos da Constituição Federal de 1988 e a Reforma Trabalhista, o presente artigo traz reflexões a respeito de uma sensível alteração no artigo 8º da CLT, a inserção do parágrafo 3º, que inaugura no Direito do Trabalho o princípio da intervenção mínima.

Este princípio carrega em si uma polissemia em seu sentido se visto de maneira ampla no ordenamento jurídico, isso porque ele pode significar para um ramo específico algo, o que para outra esfera do direito não lhe seja correspondente e/ou adequado. E é justamente pela incompreensão e falta de delimitação na extensão do alcance do princípio da intervenção mínima é que o artigo trabalha com a ideia de interpretá-lo segundo critérios do próprio ordenamento jurídico, direito comum.

Assim, para evitar a saída pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade do §3º, do art. 8º da Lei nº. 13.467/2017, o artigo apresenta meios alternativos, valendo-se do Direito Comum a fim de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada, efetiva e tempestiva àqueles que se valem da Justiça do Trabalho para resguardar seus direitos e sobretudo, concretizar a previsão constitucional de acesso à justiça.

2. PECULIARIDADES DO CAPUT DO ART. 8º E DO §3º DA CLT

O artigo em comento apresenta um rol contendo mecanismos para a solução da demanda no caso de falta de dispositivo específico, o qual não sofreu alteração pela Reforma Trabalhista. Para ser didático, segue a redação do artigo 8º, CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Destacam-se alguns critérios elencados no *caput* para análise proposta:

a. Jurisprudência; b. analogia; c. equidade; d. princípio e normas gerais de direito; e. princípio e normas gerais do direito do

trabalho; f. usos; g. costumes; h. direito comparado.

Portanto, são apresentadas oito hipóteses como regra a fim de serem utilizadas, na falta de lei ou cláusula convencional, para solucionar o caso em litígio. Destes oito critérios, vale resgatar que alguns são fontes formais do Direito do Trabalho. Que nas palavras de Maranhão (1997, p. 157) explicita que “fonte do direito significa a origem, o manancial de onde provém o direito”. É a razão de existir, que o justifica. Nesse sentido, o que existe hoje é justificado/explicado por aquilo que lhe deu origem.

Vale lembrar que há fontes próprios do Direito do Trabalho, bem como possui princípios particulares que lhe garantem a autonomia e aplicabilidade diversa de como se resolveria um caso contratual ou obrigacional na esfera cível. Nessa perspectiva de rememorar as fontes do direito, cita-se as palavras de Souza (2017, p. 28):

As fontes jurídicas podem ser materiais, correspondentes aos elementos (históricos, políticos, sociais, econômicos, culturais) que inspiram a criação da norma. (...) Deste modo, a Reforma Trabalhista deve ser compreendida em seu momento histórico de produção, uma verdadeira legislação de emergência, concebida a partir do discurso de modernizar as relações de trabalho e viabilizar a superação da crise econômica.

Atrai a atenção essa carga que as fontes materiais do direito carregam em si, sendo valorizado fatos pretéritos, lutas e conquistas de direitos trabalhistas-sociais os quais não perdem sua relevância nos dias atuais. Pelo contrário, o cenário atual (2017/2019), revela-se mais atenção à manutenção de direitos do que sua mitigação, sobretudo no que tange direitos sociais e aqueles que melhorem as condições dos trabalhadores, essa é a redação e/ou espírito do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Por outro, vale citar as fontes formais, que nas palavras de Maranhão (1997, p. 159) “conferem à regra jurídica o caráter de direito positivo”. Mais especificadamente ao Direito do Trabalho,

as fontes formais “são: a Constituição, a lei, o regulamento, a sentença normativa da Justiça do Trabalho, a convenção coletiva de trabalho e o costume”. (MARANHÃO, 1997, p. 162).

Se extrai, portanto, que o *caput* do art. 8º, CLT, resgata a importância das fontes do Direito do Trabalho, não só dele, mas do próprio direito comum e até mesmo do direito comparado. É nesse sentido, que esclarece Souza (2017, p. 29) “o Direito do Trabalho adotou o pluralismo jurídico, característica pela qual as fontes normativas têm diversos centros de produção, com destaque para as normas estatais e para as normas coletivas”.

Ocorre que a Reforma Trabalhista não alterou essa regra do *caput*, portanto, as hipóteses contidas nos parágrafos do artigo 8º, CLT, somente serão utilizados após esgotados os critérios contidos na regra. Assim, indaga-se, se a utilização do princípio da intervenção mínima (§3º, art. 8º, CLT), deve ser enquanto exceção à regra do *caput*? Ou esse parágrafo estabelece uma regra que supera o *caput*?

Se a redação do §3º, art. 8º, CLT, superar o *caput*, a alteração legislativa que insere o princípio da intervenção mínima, por consequência acaba por modificar inclusive a estrutura de valia das fontes do Direito do Trabalho. Em outras palavras, as fontes formais do Direito do Trabalho contidas no *caput* do art. 8º, CLT, são o que dão origem a ele, portanto, um parágrafo deste artigo, que é uma exceção ao *caput*, prevalecer, isso significará que houve uma mudança inclusive naquilo que originou o Direito do Trabalho.

Portanto, olhar para alteração legislativa, além de não perder de vista o viés constitucional, também é imprescindível não afastar-se das fontes daquele direito que se pretende alterar-modificar, sob pena de extingui-lo e/ou ignorar sua origem.

2.1 Princípio da intervenção mínima: origem, desafios e aplicação

O Princípio da Intervenção Mínima tem fundamento teórico e jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, em um particular subsistema da estrutura normativa, no Direito Penal. Segundo Dotti (2018, p. 167) decorre de uma via intermediária oriundo do movimento do direito penal mínimo. Caracterizada pela utilização restrita do sistema penal na luta contra o delito. Portanto, há previsibilidade, fundamentação jurídica e teórica.

Com a inserção desse princípio no Direito do Trabalho pela Lei nº. 13.467/2017, art. 8º, §3º (BRASIL, 2017). Agora passa-se a integrar a esfera do Direito do Trabalho. Portanto, pela perspectiva estritamente legalista/normativa o princípio fundamenta-se e adequa-se às novas relações que se estabelecem e isso se explica pela menor intervenção do Estado nas relações humanas laborais.

Vale ressaltar que, embora a previsão normativa, o princípio da intervenção mínima carrega em si uma polissemia em seu significado e uma peculiaridade ao se tentar aplicar no Direito do Trabalho. Este princípio também é denominado de Princípio da Subsidiariedade, que nas palavras de Gunther e Villatore (2018, p. 29), “trata-se do elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para o qual ele converge. A palavra carrega, sempre, o sentido de acessório, de secundário”.

Veja-se que para o Direito Penal, qualificado como de intervenção mínima ocorreu no contexto axiológico-valorativo que tal opção constitucional optou. Fábio Freitas Dias (2008, p. 203). O que, para o Direito do Trabalho, não se verifica um contexto tal como daquele outro ramo do Direito, motivo pelo qual, as razões de intervenção mínima para um não correspondem, nem tampouco se amolda a outro ramo do direito. Nesse sentido, no Direito do Trabalho este princípio deve ganhar (re)significado diverso daquele dado no Direito Penal.

Nesse sentido a razão de existir do princípio da intervenção mínima, também denominado, subsidiário, a *‘ultima ratio’*, no direito penal, é tão somente para coibir abusos do Estado em seu poder punitivo. Contudo, para o Direito do Trabalho, este princípio deve ganhar significado próprio, coerente com a

estrutura normativa constitucional de tutela aos direitos sociais. Caso contrário, o que se terá é um direito/justiça do trabalho atuante de maneira minimamente nas relações humanas. E o que se questiona é: O Direito do Trabalho é a “*ultima ratio*” nas relações laborais?

Portanto, em que pese presente o princípio da intervenção mínima e/ou subsidiariedade, fato é que não significa abstenção total do Estado no que tange a tutela dos direitos, ainda mais naquilo que toca o princípio constitucional de acesso à justiça.

Portanto, torna-se um desafio interpretá-lo e aplica-lo nas relações trabalhistas após a Reforma, isso porque a alteração legislativa e suas razões, deixa claro que o interesse econômico é uma das justificativas para mitigar a atuação da Justiça Trabalhista, isso porque a CNI no documento denominado “101 Propostas para Modernização trabalhista” partiu do pressuposto de que a legislação trabalhista (CLT de 1943), estava divorciada das relações laborais contemporâneas. Portanto, com fundamento de modernizar as relações trabalhistas, e, conseqüentemente gerar segurança jurídica e economicidade, incentivaram e alicerçaram a alteração legislativa.

A este respeito, cumpre destacar as palavras de Vaz (1989, p. 82):

A norma jurídica não espelha somente a evolução econômica, nem reflecte passivamente o evoluir do processo económico. O direito, com efeito, pretende comunicar à economia a materialidade própria da valoração jurídica, ou seja, a justiça e a segurança nas relações económicas.

Assim, Direito e Economia insistem em dialogar a fim de conciliar interesses econômicos com a segurança jurídica. Por conseguinte, as legislações devem ser elaboradas, analisadas e aplicadas à luz constitucional e, em um segundo momento, quanto aos seus destinatários finais. Diante dessa compreensão, questiona-se: qual é o bem da vida tutelado pela CLT?

Veja-se que a CLT tutela as relações de trabalho de modo a garantir um ambiente harmônico e equilibrado, seja para o cumprimento de deveres e/ou gozo de direitos por ambas as partes componentes da relação jurídica que se formou com o negócio jurídico. Essa afirmação remete à escala ponteana ao analisar os elementos do negócio jurídico, sua existência, validade e eficácia.

Nas palavras de Silva (2017, p. 26) esclarece que se a CLT pós-2017 quer proibir que o Judiciário se manifeste sobre cláusulas desvirtuadoras da legislação social, corremos o risco de a jurisprudência trabalhista passar a utilizar os conceitos da Lei de Introdução às Normas ao Código Civil – LINDB (Decreto Lei 4.567/1942, atualizado pela Lei nº. 12.376/2010) (BRASIL, 2010).

O que se extrai é o fato de que a finalidade da norma deve ser buscada pelo aplicador do Direito, de modo que, seja a lei infraconstitucional a constitucional, a matriz a ser buscada é a justiça, e sendo a norma trabalhista, a matriz é a justiça social.

3. CONTRATO DE TRABALHO E SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL

A correlação que se estabelece faz sentido na medida em que a Lei nº. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), em seu artigo 8º, §1º dispõe que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”. Nesse sentido, vale o destaque para o Código Civil brasileiro de 2002, (BRASIL, 2002) que disciplina as relações privadas, sobretudo, no que tange os negócios jurídicos, isso porque, também com a reforma trabalhista, foi inserido o §3º, ao art. 8º, definindo que a no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analise exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil brasileiro. (BRASIL, 2002).

Quando o legislador da Reforma Trabalhista inseriu os elementos constantes do art. 104 do Código Civil brasileiro

(BRASIL, 2002), ao § 3º do art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 2017), apenas o fez de forma superficial, na medida em que não adentra nas peculiaridades de cada um daqueles elementos essenciais do negócio jurídico.

Portanto, o art. 104 do Código Civil brasileiro, que é diluído e/ou esclarecido na sequência do Código Civil de 2002, os elementos essenciais e suas derivações, forma de aplicação, validade e/ou invalidade do negócio jurídico, incapacidade de uma das partes, entre outras questões que se ligam às relações humanas com reflexo no campo do direito. O fato é que a Lei nº. 13.467/2017, (BRASIL, 2017) apenas faz referência ao art. 104, que dispõe que a validade do negócio jurídico requer, I – agente capaz, II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e, III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Com base na previsão legal do §1º do art. 8º da Lei nº. 13.467/2017, (BRASIL, 2017) ter-se-á o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, portanto, as explicações dos elementos essenciais do negócio jurídico ficará a cargo do Código Civil brasileiro. O que não é uma novidade, entretanto, faz-se imprescindível apresentar a classificação civilista aplicável ao Direito do Trabalho.

Para Venosa, (2004, p. 381), o negócio jurídico consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico. Portanto, trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico.

Essa conceituação do autor, faz refletir que as várias possibilidades que o direito oferece no que tange os negócios jurídicos e seus efeitos, que poderia o legislador da Reforma Trabalhista se ater as peculiaridades das contratações e negociações na esfera laboral.

Quando a legislação trabalhista se socorre subsidiariamente do direito comum, e nesse particular, do Código Civil para tratar da

validade do negócio jurídico, o faz com base no art. 104 deste diploma legal, o qual também prevê disciplina quanto a invalidade do negócio Jurídico, no art. 166 (BRASIL, 2002).

A título elucidativo, esclarece cada um dos elementos do negócio jurídico. A conceituação de agente capaz, que segundo Venosa (2004, p. 418), a capacidade é conceito, portanto, referente à idoneidade da pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações no universo negocial. (...) o que nos interessa primordialmente é a capacidade negocial, aquela que dá aptidão para o agente intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratário.

A ideia que se extrai de um agente capaz, reside no fato deste ser responsável a ponto de ter condição de exercício de seus direitos sem a necessidade de interlocutores. Em outras palavras, e se valendo da conceituação de Cassettari (2013, p. 50), “a capacidade é a aptidão para adquirir direitos e exercer por si, ou por outrem, atos da vida civil. A capacidade é a medida, a extensão da personalidade, mas com ela não se confunde”.

Quanto ao objeto, este deve ser idôneo, isto é, apto a regular os interesses sobre os quais recai o negócio jurídico. (VENOSA, 2004, p. 422). Para esclarecer o que significa o objeto determinado ou determinável, o autor acima ressalta que “pode o objeto não ter sido determinado no próprio ato, mas há de ser determinável, pelo menos.”. (VENOSA, 2004, p. 423).

No que tange à forma, enquanto requisito do negócio jurídico, destaca-se que deve obedecer à prescrição normativa, ou por ela não ser proibida. Nas palavras de Venosa (2004, p. 421), “é requisito de validade dos negócios jurídicos obedecerem à forma prescrita, ou não adotarem a forma proibida pela lei”.

A questão é que apenas analisar a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, equivale a dizer que no plano da existência o negócio jurídico é existente, o que não significa que é válido, nem tampouco eficaz, isso quando observado a escala ponteana ao tratar dos planos do negócio jurídico.

Nas palavras de Azevedo (2010, p. 29), se extrai que:

Se, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio(...) Portanto, que elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (...) que por outro lado, requisitos são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido, e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.

Nessa perspectiva, a escala ponteana indica haver a necessidade de análise de cada etapa da estrutura que compõe o negócio jurídico. Quando o §3º, do art. 8º da Lei nº. 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), remete o aplicador do direito ao art. 104 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), independentemente da *mens legislatoris*, a imprescindível observância de todos os componentes do negócio jurídico, portanto, existência, validade e eficácia.

3.1 Relações de trabalho como negócio jurídico

O §3º, art. 8º, da CLT, disciplina que “no exame de CCT ou ACT, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do CC/02 e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”. (BRASIL, 2017).

O princípio da intervenção mínima, ainda é invocado no art. 611-A, CLT, o que se estende ao seu §2º ao expor que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”. Isso

reforça a ideia de que o Direito Civil é aplicável integralmente ao fazer menção ao vício do negócio jurídico no §2º, art. 611-A, CLT, naquilo que não colide, bem como em caso de omissão da legislação trabalhista.

Em outras palavras, o vício do negócio jurídico do §2º, art. 611-A, CLT, deve ser interpretado nas relações trabalhistas assim como são nas relações de natureza civil, de modo a analisar as hipóteses em que se configura.

O §3º, art. 8º, CLT, vale-se do art. 104, CC/02 para analisar os elementos do negócio jurídico, entretanto, o art. 611-A, §2º, CLT, ao mencionar o vício do negócio jurídico não remete à análise do art. 157, CC/02 e seus parágrafos. Portanto, brevemente, tratar-se-á de que há possível causa para, se não declarar nulo o negócio jurídico coletivo por inexistência expressa de indicação de contrapartidas recíprocas, talvez remanesça a hipótese de declará-lo anulável a depender do caso.

O CC/2002, trata da matéria dos defeitos do negócio jurídico no Capítulo IV, iniciando no art. 138 que estabelece “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poder ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Um dos vícios ou defeitos dos negócios jurídicos é a lesão, tratada no art. 157, CC/02 fixa que “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação posta”.

O que isso significa para a análise do §2º, art. 611-A, CLT?

Significa haver a necessidade de analisar as razões pelas quais se convencionou algo, além de perquirir se há desproporcionalidade na relação jurídica convencionada, que se não levar a sua nulidade, poder-se-á dizer em anulabilidade com base no art. 157, CC/02, que trata da lesão, vez que inerente a vícios da vontade, portanto, o consentimento do empregado está contaminado em aceitar as cláusulas negociadas pela necessidade e não pela autonomia da vontade plena.

A este respeito, Cassettari (2013, p. 104) assim se manifesta:

De acordo com o art. 157 do CC vigente, a lesão é defeito do negócio jurídico constituído de dois tipos de elementos: elemento subjetivo – o elemento subjetivo é a inferioridade do lesado (sua inexperiência ou premente necessidade); elemento objetivo – o elemento objetivo é a desproporção manifesta entre as diferentes prestações do negócio.

Ora, o §2º, art. 611-A, CLT, fixa que a inexistência da expressa indicação de contrapartidas recíprocas em CCT ou ACT não enseja sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico, a nosso sentir, equivocado. Porque não se trata mesmo de nulidade pelo CC/02, mas de hipótese de anulabilidade. Portanto, se a negociação coletiva for desproporcional, com base no art. 157, CC/02, poderá ser anulada.

Em nenhum momento o Código Civil, no capítulo IV, menciona sobre a possibilidade de nulidade do negócio jurídico. O *Códex* trata da nulidade no Capítulo V – da invalidade do negócio jurídico – a partir do art. 166. E reforça nossa argumentação ao mencionar que o §2º, art. 611-A, CLT é passível de anulação com base, também no art. 171, CC/02 que estabelece que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Nesse sentido, para que não reste dúvidas, a lesão capaz de ensejar a anulação do negócio jurídico, não exige que haja dolo, mas a simples constatação de desproporcionalidade. Assim, Cassettari (2013, p. 104) se manifesta:

Por fim, verifica-se, de acordo com o Enunciado 150 do CJF, que na lesão não é exigido o dolo de aproveitamento. Podemos conceituar o dolo de aproveitamento como a intenção de uma das partes gerar dano a outra ao estipular prestações contratuais desarrazoadas entre si. Trata-se de uma situação de necessidade que deve ser

conhecida da parte beneficiada pelo negócio que se está celebrando.

Com base nesse raciocínio, o princípio da intervenção mínima não será capaz de afastar a participação da Justiça do Trabalho nas demandas onde se discutir a desproporcionalidade do negociado. Assim, uma alternativa que se revela razoável é encontrar na negociação coletiva desproporcionalidade na prestação e contraprestação, o que não se trataria de intervenção mínima da Justiça do Trabalho, mas de valer-se subsidiariamente o Direito Comum, nesse caso, art. 157, CC/02.

Ora, tendo o Direito Comum capacidade de conceder subsídio ao Direito do Trabalho para que este atue nas relações de negociações coletivas de trabalho, com base do art. 157 CC/02, por exemplo, muito mais a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, vez que o princípio de acesso à justiça é uma garantia de apreciação pelo Poder Judiciário das demandas que lhe são submetidas, sendo, por conseguinte, que lei infraconstitucional não suprime a força normativa da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Reforma Trabalhista, a discussão quanto ao princípio constitucional de acesso à justiça renasce, e sobretudo, quanto aos direitos sociais. A inserção do princípio da intervenção mínima caminha em sentido contrário à concreção constitucional no que tange o acesso ilimitado à justiça. Razão pela qual o artigo buscou traçar argumentos e fundamentos para apreciação do negócio jurídico coletivo (CCT ou ACT) com base no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral de verificar o princípio da intervenção mínima aplicado no Direito do Trabalho, tomando por base sua análise constitucional, e posteriormente, perquirir se esse princípio viola o acesso à justiça. Mas antes disso, se verificou alguns critérios normativos do Direito Civil a fim de expor meios alternativos de

não se aplicar o princípio da intervenção mínima sem declará-lo inconstitucional.

Uma hipótese tratada, fundamenta-se na análise do art. 157, CC/02, que trata das hipóteses de anulação do negócio jurídico, quando verificado vício do consentimento, representado pela desproporcionalidade do convencionado e/ou inexperiência do contratante, empregado.

Os dispositivos tratados nesse trabalho que versam sobre negociação coletiva, fazem referência ao Código Civil, seja destacando os elementos do negócio jurídico ou vício do negócio jurídico. Isso por si só justifica a análise do tratamento dado na esfera civilista aos institutos acima, o que, ao ser mencionado pela Reforma Trabalhista, devem ser aplicados e interpretados em sua integralidade nas relações laborais.

Portanto, da análise do princípio da intervenção mínima, depreende-se que a cautela em sua aplicação é uma condição sem a qual a parte contratante ter-se-á limitado seu acesso à justiça, e a cautela que se exige é a verificação da desproporcionalidade do negociado e/ou inexperiência do contratante, caso em que, se verificado vício de consentimento, a prestação jurisdicional não será adequada, tempestiva e efetiva se prevalecer o princípio da intervenção mínima em detrimento ao princípio constitucional de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Madrid, 1993.

_____. **Teoria discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2015.

ARAÚJO, Éder Francelino. **Lei da Reforma Trabalhista, comentada artigo por artigo**. São Paulo, Jhmizuno, v. 01, p. 36-

39, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, set., 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 10/08/2017

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Jan/Fev 2009. Disponível em:

<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em 26/08/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. (Lei da Reforma trabalhista) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 5 de dez. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 5 de dez. 2017.

_____. **Lei de Introdução às Normas ao Código Civil – LINDB** (Decreto Lei 4.567/1942, atualizado pela Lei 12.376/2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 28 de nov. de 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina, 2003

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2.ed. Coimbra Editora, 2008

_____. O direito constitucional como ciência de direcção- o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo, Saraiva, 2010.

CANÊDO, Paula Fernandes Teixeira. **Direitos à liberdade e à igualdade** – Estado da (in) justiça social. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-a-liberdade-e-a-igualdade-estado-da-in-justica-social,46851.html>> Acesso em 11.mar.2018

CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Fabris, Porto Alegre 2002.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo, 2ª ed. Saraiva, 2013.

CNI – Confederação Nacional da Indústria. **101 propostas para modernização trabalhista**. Emerson Casali (Coord.). Brasília: CNI, 2012.

FARAGO, France. **A justiça**. Tradução de Maria Jose Pontieri. Barueri, Manole, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 11.ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 21, n. 5, p.1-27 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/118>>. Acesso em 13 de dez.de2017.

_____. VILLATORE, Marco Antônio César. **Negociações coletivas de trabalho**: As decisões judiciais e o princípio da

fraternidade. Curitiba: Juruá, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. Campinas: Bookseller, 2002.

MOREIRA, Vital. **Ordem jurídica no capitalismo**. 3.ed. Coimbra Centelha, 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada**, 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**, v.82, 2006.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista, análise da lei 13.467/2017**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Curso de direito do trabalho aplicado. **VI. 7, direito coletivo do trabalho**. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 1.

_____. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18ed. São Paulo: LTr, 1999, v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

VAZ, Manuel Afonso. **A Problemática de um Direito Econômico**. Coimbra, 1989.

[228] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curso em Direito Internacional Público e Direitos Humanos – organizado pelo Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos. Universidade de Coimbra-Pt. Advogado desde 2012. Pós Graduação pela Ematra – Escola da Magistratura do Trabalho – 9ª Região (2014) Preparatório para magistratura do trabalho; Pós Graduação pela Faculdade Integrada do Brasil – Unibrasil (2012) em Direito Público; Possui graduação em Direito pela Faculdade Dom Bosco – Campus Marumby (2011).

[229] Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial. Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional. Autor de diversas obras na área do Direito do Trabalho. Poeta nas horas vagas, com diversos livros publicados. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, do Conselho Editorial do Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná. Orientador do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT9 (<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>).

[230] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós-doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação – Capes. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.

A SUCUMBÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA SEARA TRABALHISTA

Debora Markman²³¹

Resumo: O objetivo da presente pesquisa é, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, trabalhar os efeitos da nova sistemática dos honorários de sucumbência no processo do trabalho e na jurisprudência classista, a partir de dados e gráficos colhidos junto ao portal do Tribunal Superior do Trabalho, de maneira a determinar, por meio das representações estatísticas publicadas pela Corte Trabalhista Superior, quais os reais impactos do atual regime sucumbencial na Justiça Classista. Referida sistemática se materializa pela obrigatoriedade ao pagamento de verbas sucumbenciais pelo vencido, ainda que beneficiário da justiça gratuita. O presente estudo é justificável pela crescente e contínua depauperação das normas protetivas dos trabalhadores no contexto laboral. Ao final, pode-se concluir que a sucumbência pode propiciar a mitigação e/ou denegação da prestação jurisdicional na seara trabalhista, por meio da utilização de ações específicas governamentais que se manifestam pela aplicação das disposições constantes nos artigos 790, 790-A e 790-B da CLT, mediante o estabelecimento de um critério fixo para o benefício da justiça gratuita (Art. 790, § 3º); pela responsabilização por honorários periciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita (Art. 790-B) e pelo estabelecimento ao pagamento de verbas sucumbências vencido o beneficiário da justiça gratuita, mesmo que tais créditos sejam advindos de outra demanda (Art. 791-A, § 4º).

Palavras-chave: Princípio da Sucumbência; Prestação Jurisdicional; Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

A igualdade jurídica exige que o direito considere a desigualdade de fato entre partes diferentes do pacto laboral, para possibilitar que esta relação assimétrica possa, no máximo possível, se equalizar. Nas relações empregatícias vigora o elemento de subordinação, de modo que não pode haver completo equilíbrio, pois somente uma das partes detém o poder de organização de meios e os fatores de produção.

Nesse sentido, a intervenção estatal específica foi necessária, por meio da criação de uma justiça especializada: a Justiça do Trabalho, que, por meio do olhar diferenciado do processo do trabalho, presta-se a instrumentalizar, controlar e efetivar os direitos e regulamentações das relações laborais, bem como coibir violações e abusos no âmbito do direito material do trabalho.

Qualquer que seja a natureza da exordial, a sentença sempre aportará uma parcela com efeito condenatório obrigacional em desfavor do perdedor da demanda de caráter responsabilizatório objetivo, partindo-se da premissa de que, na esfera processual civil, os demandantes encontram-se em situação de igualdade processual, ou de paridade de armas, garantindo-se o amplo contraditório e a atuação jurisdicional levada a efeito de forma imparcial e célere.

Até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, não existia a figura da sucumbência para o trabalhador, nas demandas nas quais a sua pretensão não fosse vitoriosa. Por disposição do artigo 791-A e parágrafos da CLT, essa possibilidade foi incluída, repousando uma das justificativas para tal inclusão em uma “possível” mitigação nas demandas ditas temerárias.

A contrario sensu, a inserção desse dispositivo na Lei 13.467/2017 não afasta as alcunhadas lides temerárias e acaba por aprofundar a desigualdade de uma relação que por si só já é

assimétrica, protegendo a parte mais forte: o empregador. Observa-se uma excrescência legislativa ao se proceder uma inversão principiológica da igualdade e da proteção do trabalhador. Desguarnece-se a parte mais fraca da relação ao mesmo tempo em que se empodera a mais forte.

Simultaneamente, portanto, o que se observa é a criação de um direito processual do trabalho amorfo, muito mais próximo do direito processual civil, cada vez menos comprometido com seu papel constitucional, denegando dessa forma a prestação jurisdicional e soçobrando o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que o trabalhador, por receio do resultado do processo e de uma possível sucumbência, acaba por abdicar de seus direitos.

Nesse sentido, justifica-se o estudo ora proposto tendo em vista a necessidade constante de concretização dos direitos fundamentais, especialmente dos hipossuficientes, a exemplo dos trabalhadores, que necessitam que a legislação infraconstitucional que os resguarda encontre real efetividade no plano fático.

1. MARCO TEMPORAL PARA A APLICABILIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Antes de adentrar a problemática concernente à queda ou ao aumento do número de proposições de ações trabalhistas ou do teor das decisões proferidas quanto aos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, faz-se necessário determinar a data na qual a atual sistemática se tornou aplicável.

A Lei nº 13.467 de 2017, que firmou a denominada Reforma Trabalhista, foi publicada em 13 de junho de 2017, com um período de *vacatio legis* de cento e vinte (120) dias (Brasil, 2017, s.n.p.), correspondente a 11 de novembro de 2017. Registre-se que o início da aplicabilidade de suas disposições ainda causaria celeuma.

Homero Batista Mateus da Silva, ao comentar os dispositivos da Reforma, afirmou o problema acerca da autoaplicabilidade e da

irretroatividade. Porém, ao contrário do que ocorrera com o código de processo civil de 2015, já existiria “forte acervo conceitual e doutrinário” a permitir antever soluções (SILVA, 2017, p. 201).

À parte, ao ajuizar ação, não tem “direito adquirido” à tramitação de acordo com a petição inicial, pois o processo é composto de fases que nem sempre ocorrerão em todos os processos, a exemplo da recursal, na qual após a ciência de decisão desfavorável, a lei não retroagirá para criar novos obstáculos ou restrições (SILVA, 2017, p. 201).

Essa sistemática é conhecida dos tribunais trabalhistas, já que experimentaram similares modificações em 1998, 2000 e 2014. Assim, é autoaplicável, no processo do trabalho, “[...] o sistema de despesas processuais e de sucumbência recíproca”, constantes dos artigos 789, 790, 790-B, 791-A e 844, §2º (SILVA, 2017, p. 201).

Trata-se do item a ser mais debatido – e “para muitos, o mais amargo”. Isso porque, mesmo que o trabalhador alegue que não teria ajuizado ação se soubesse que a lei aumentaria o rigor das despesas processuais ou do abalo sofrido pelo princípio da gratuidade, “[...] estes argumentos não são jurídicos” (SILVA, 2017, p. 201-202).

Assim, se, em 11 de novembro de 2017, o empregado falar à audiência, “[...] terá, sim, de dar as explicações exigidas pelo art. 844, § 2º, sob pena de ter de pagar as custas e não ter acesso aos benefícios da justiça gratuita”; trata-se de *norma processual autoaplicável*, “[...] com ou sem isolamento de atos processuais” (SILVA, 2017, p. 202).

Não se poderia argumentar que, “[...] meses antes, no ajuizamento da ação, o arquivamento da audiência tinha outra disciplina”. Mesmo assim, a sentença de improcedência ou de procedência parcial determinará o pagamento de custas e honorários, sob a legislação vigente quando do julgamento (SILVA, 2017, p. 202).

Evidente que a parte não inicia o processo para sucumbir. Dessa forma, “[...] o vasto campo das despesas processuais somente tangencia o direito adquirido no momento da derrota” (SILVA, 2017, p. 202). Previa-se, assim, a aplicação às sentenças prolatadas após a vigência da nova legislação.

Referido entendimento, em certa medida, se encontraria agasalhado por boa parte da doutrina e da jurisprudência classistas, especialmente sob o argumento de que a fixação de honorários sucumbenciais é uma questão de natureza jurídica processual, à qual se aplica a regra do *tempus regit actum*.

Note-se que o enunciado da Súmula do Supremo Tribunal Federal de número 256 determina ser “[...] dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do código de processo civil” (Brasil, 1963, s.n.p.), a corroborar o referido entendimento,

Mais do que isso, o CPC de 2015, em seu Art. 85, determina que a “[...] sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” (Brasil, 2015, s.n.p.), de modo que poderia, sim, a sentença ser o arco temporal adequado para aplicação da novel legislação.

Ainda em 2017, logo após a entrada em vigor da Lei 13.467, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em exauriente acórdão, afirmou que, a partir dessa vigência, seria necessário investigar a natureza jurídica dos honorários advocatícios (Brasil, 2017, s.n.p.). Só após tal investigação seria possível fixar regras hermenêuticas de direito intertemporal. De início, a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes, “[...] respeitados o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada” (Brasil, 2017, s.n.p.).

Quanto às suas regras processuais, todavia, essas normas se aplicam a partir de sua vigência, ocorrida em 11 de novembro de 2017. Mas é necessário indagar a natureza jurídica dos honorários, se é meramente processual. O Superior Tribunal de Justiça entende que não (Brasil, 2017, s.n.p.).

Isso porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado, sendo que a sentença é o “[...] ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, e deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pela Lei nº 13.467/2017” (Brasil, 2017, s.n.p.).

Na prolação da sentença é que se adquire o direito ao sistema de despesas e de sucumbência de acordo com a lei em vigor. Nesse sentido, interposto recurso, as regras fixadas não se alteram, pois, enquanto a parte não sucumbir, sobre ela não incidirá norma acerca da sucumbência, inexistindo direito adquirido (Brasil, 2017, s.n.p.).

Destarte, a alteração da norma em momento posterior não afeta o direito adquirido da parte ao sistema de sucumbência em vigor na data da sentença, em decorrência da irretroatividade da norma, entendimento que guiou o Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo 07 (Brasil, 2017, s.n.p.).

Assim, se o capítulo acessório da sentença referente aos honorários foi prolatado antes da vigência da Lei nº 13.467/2017 (portanto, sob a Lei nº 5.584/1970), aplica-se este diploma legal, de acordo com o item I da Súmula 219 do TST, até o momento do trânsito em julgado (Brasil, 2017, s.n.p.).

Desse modo, se a sentença for proferida após 11 de novembro de 2017, aplica-se a Lei nº 13.467/2017. Até porque o Art. 14 do CPC de 2015, “[...] aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior” (Brasil, 2017, s.n.p.).

Os direitos adquiridos, materiais ou processuais, devem ser respeitados pela nova legislação, “[...] sob pena de violar-se enunciado precípua da aplicação intertemporal do direito, consistente na regra de que a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada” (Brasil, 2017, s.n.p.).

Nota-se, portanto, que o acórdão acima determina um entendimento diversificado, a afirmar que o marco temporal para a incidência da atual legislação no tangente aos honorários sucumbenciais seria a propositura da ação, não a sentença, tendo em vista não se tratar de questão exclusivamente processual, mas, sim, mista, também material.

Mesmo que admitida a natureza híbrida dos honorários (processual e material), não seria possível aplicar sua disciplina ao passado, pois a *parcela material* desse direito “[...] impede a sua aplicação retroativa, posto que é impossível cindir o instituto”, tornando impossível sua aplicação a fatos pretéritos (GUIMARÃES, 2018, p. 99).

A posição jurídica do proponente “[...] estabelece a sua posição jurídica processual”. Se, nesse momento, a parte não poderia vislumbrar a possibilidade jurídica da condenação em honorários de sucumbência, pela inexistência de fundamento legal vigente, não pode ser condenada sob fundamento em lei posterior (GUIMARÃES, 2018, p. 99).

Assim proceder equivale a aplicar a lei retroativamente, de modo que “[...] a condenação em honorários de sucumbência nos processos ajuizados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017 resulta em retroatividade da norma e afronta o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal” (GUIMARÃES, 2018, p. 99).

Demonstra-se, assim, que apesar da aplicabilidade imediata dos regulamentos processuais, a questão dos honorários de sucumbência não pode ser tratada da mesma forma, sob pena de, inconstitucionalmente, descumprir o mandamento fundamental da irretroatividade da lei, por se tratar, também, de questão material.

Já no ano de 2018, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, analisou a matéria da aplicabilidade imediata dos regulamentos processuais, em acórdão de relatoria do Desembargador Sérgio Pinto Martins, versando sobre ação proposta em 11 de setembro de 2017, realizada audiência de

conciliação em 24 de outubro de 2017, apresentada contestação em 5 de dezembro de 2017 (Brasil, 2018, s.n.p.).

Pugnou-se, no caso, pela observância da legislação anterior à Reforma Trabalhista, sob a alegação de que, por ocasião da propositura da ação, a Lei nº 13.467/17 não se encontrava em vigor, nem mesmo na data da primeira audiência, tornando, portanto, inaplicável o Art. 791-A da CLT, sob pena de retroatividade (Brasil, 2018, s.n.p.).

No mesmo sentido, por ocasião da contestação, não foi apresentado pedido de aplicação de honorários baseado na novel legislação. No caso, a sentença deferiu os benefícios da justiça gratuita, porém, condenou-o nos honorários de sucumbência, de acordo com a Lei nº 13.467/2017 (Brasil, 2018, s.n.p.).

O Tribunal entendeu incorreta a sentença, tendo a propositura da ação ocorrida ainda sob a incidência da norma revogada, de modo que esta deveria ser observada, em decorrência da vedação da retroatividade da lei. Aliás, a própria reclamada requereu a incidência da lei anterior (Brasil, 2018, s.n.p.).

Concluiu, assim, que os honorários de advogado somente poderiam incidir nas ações “[...] iniciadas após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. O juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não tinha dado ao empregado a oportunidade de exercer o contraditório” (Brasil, 2018, s.n.p.).

Destaque-se que, no caso acima, determinou-se a inaplicabilidade da norma às demandas propostas antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, especificamente naquilo que concerne à possibilidade de condenação do reclamante vencido nos honorários de advogado.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, também em 2018, determinou que, à ação reclamatória proposta antes de 11 de novembro de 2017, não se aplicaria a novel sistemática, em decorrência do “princípio da vedação da decisão surpresa” (Brasil, 2018, s.n.p.).

Apesar de esses entendimentos se encontrarem em simetria com a Constituição Federal, especialmente no que tange à lógica dos dispositivos assecuratórios da segurança jurídico-processual, a Justiça Classista ainda carecia de um entendimento uniforme no que se relaciona à temática.

O Tribunal Superior do Trabalho normatizou a questão por intermédio da Resolução nº 221, de 21 de junho de 2018, que editou a Instrução Normativa nº 41, determinando que as normas alteradas pela Lei nº 13.467 somente teriam eficácia a partir de 11 de novembro de 2017 (Brasil, 2018, s.n.p.).

Trata-se, porém, de norma de aplicação imediata que, todavia, não pode atingir “[...] situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada”. Quanto aos honorários sucumbenciais, estes só seriam aplicáveis às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Brasil, 2018, s.n.p.).

Para as demandas propostas antes dessa data, valeriam “[...] as diretrizes do Art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nº 219 e nº 329 do TST” (Brasil, 2018, s.n.p.), determinação que cristalizou o marco temporal da aplicabilidade das normas da Reforma Trabalhista concernentes aos honorários sucumbenciais.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2018, afirmou que, se o direito aos honorários sucumbenciais não era previsto no ordenamento no momento da sentença, é incabível a sua estipulação baseada em lei posterior “sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei” (Brasil, 2018, s.n.p.).

Dessa forma, ratificado o entendimento acima tanto pelo Tribunal Superior do Trabalho quanto pelo Excelso Pretório, é possível afirmar, com considerável segurança, que o marco temporal da eficácia dos dispositivos da Reforma Trabalhista é o dia 11 de novembro de 2017.

Nesse mesmo sentido, as normas concernentes à possibilidade de condenação do reclamante nos honorários de sucumbência somente serão aplicadas àquelas ações que foram (ou forem)

propostas após a referida data, não alcançando as anteriores, mesmo que sentenciadas depois do início da eficácia do diploma.

2. ANÁLISE QUANTITATIVA DAS DEMANDAS PÓS-REFORMA

Estabelecido o marco eficaz das normas concernentes à condenação do reclamante sucumbente aos honorários de advogado, passa-se à análise quantitativa das demandas propostas antes e depois desse marco temporal, de modo a possibilitar aferir se e quanto seu número diminuiu ou aumentou.

Em editorial publicado em 2018 na revista LTr do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região, relacionado aos primeiros meses de vigência da Lei nº 3.467, constatou-se notável redução no número das proposituras de ações reclamatórias trabalhistas (Brasil, 2018, s.n.p.).

Referida publicação faz referência a outro editorial, do mesmo periódico, que afirmou, no mês seguinte à publicação da Lei nº 13.467, que “[...] a preocupação dos congressistas foi o excesso de demandas na Justiça do Trabalho”, que ocorria “[...] pela falta de onerosidade para se ingressar com uma ação trabalhista” (Brasil, 2018, s.n.p.)

Justificava-se, portanto, pela ausência da sucumbência onerosa e pelo grande número de pedidos de justiça gratuita, de modo que essa litigância sem risco estimularia o ajuizamento de reclamações temerárias, de acordo com o Parecer nº 67, de 28 de junho de 2017, aprovado pela CCJC do Senado Federal (Brasil, 2018, s.n.p.).

Desse modo, o objetivo principal da Reforma foi o de “[...] reduzir o número de reclamações trabalhistas em virtude da facilidade do seu ajuizamento e sem qualquer custo para o trabalhador” (Brasil, 2018, s.n.p.), atitude que, claramente, fere de morte o direito de acesso à Justiça do Trabalho.

Assim, por questões meramente financeiras, o Congresso Nacional teve por bem restringir o acesso à Justiça Classista apenas

àqueles empregados que pudessem arriscar a sucumbência sem comprometimento de sua sobrevivência ou de sua família, corroborando a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos reformadores.

Nesse sentido, as Varas de Trabalho apontaram redução total de 36,06% nas reclamações, entre janeiro e setembro de 2018. Diante de tal panorama, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Brito Pereira, informou que o principal impacto da Reforma é a redução do número de reclamações (VENOSA, 2018, s.n.p.).

Evidente que o Ministro Presidente, *data venia*, falhou em esclarecer, inclusive, a real extensão da queda no número de proposituras de ações trabalhistas no período imediatamente posterior à entrada em vigor da Reforma Trabalhista, bem como das razões subjacentes a essa diminuição.

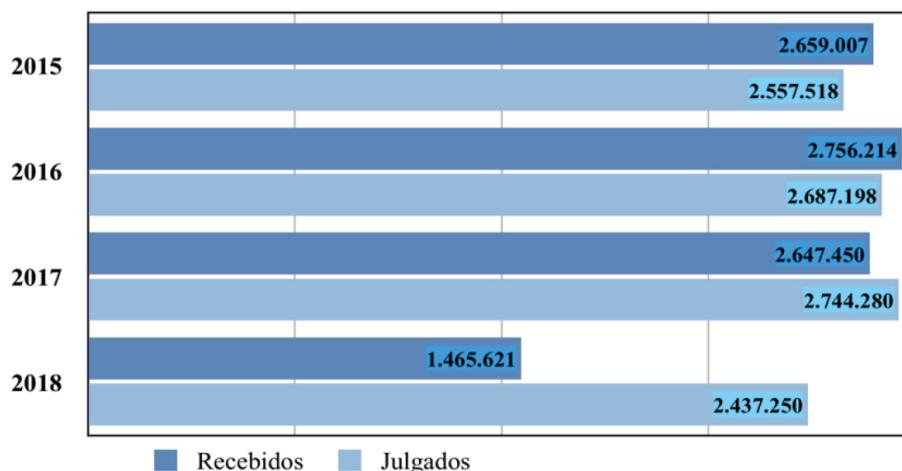
De acordo com a FIGURA 1, demonstra-se que, entre os anos de 2015 e 2017, em comparação com o ano de 2018, houve uma queda significativa nas ações trabalhistas recebidas, visualmente aferível por meio do GRÁFICO 1. Os processos julgados também caíram, todavia, não com mesma intensidade.

FIGURA 1 - Processos Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho - 2015 a 2018

Ano	Recebidos	Julgados
2015	2.659.007	2.557.518
2016	2.756.214	2.687.198
2017	2.647.450	2.744.280
2018	1.465.621	2.437.250

Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

GRÁFICO 1 - Processos Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho 2015 a 2018

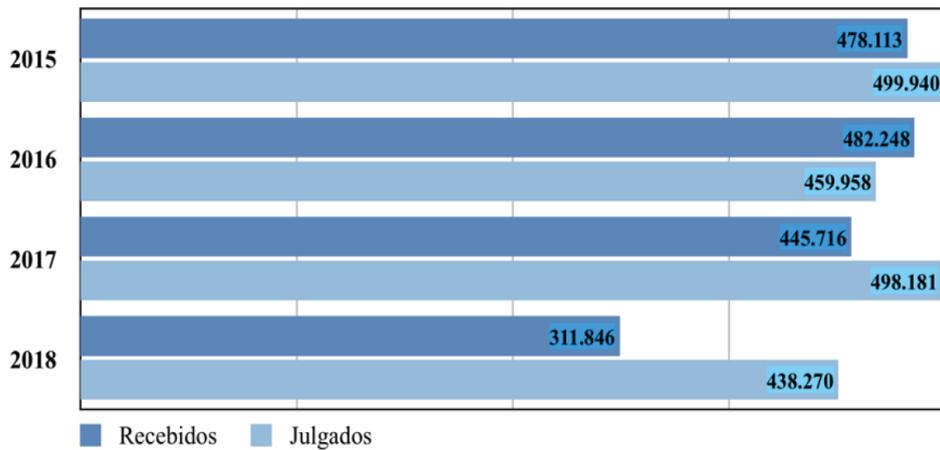


Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

A desproporção entre a queda nas ações propostas e nos processos julgados se deve à existência de acúmulo de processos não julgados anteriormente. Assim, é claro que a diminuição das demandas apresentadas demonstrou algum resultado positivo, qual seja, a diminuição no número de ações pendentes.

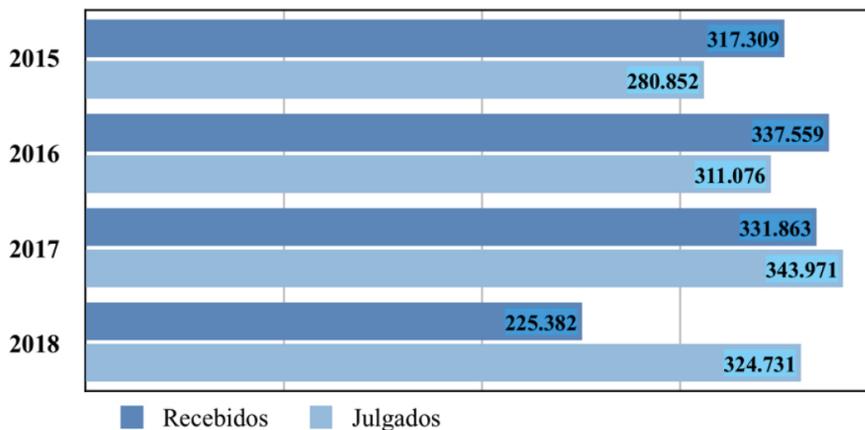
A mesma notável queda se demonstra nos processos das Varas do Trabalho da 2ª e na 15ª Região, de acordo com os GRÁFICOS 2 e 3. São dois dos maiores TRTs do país, fisicamente próximos entre si, o que evidencia que nem mesmo o Estado de São Paulo restou imune à gigantesca queda.

GRÁFICO 2 - Processos Recebidos e Julgados nas Varas do Trabalho da 2ª Região 2015 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

GRÁFICO 3 - Processos Recebidos e Julgados nas Varas do Trabalho 15ª Região Campinas - 2015 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

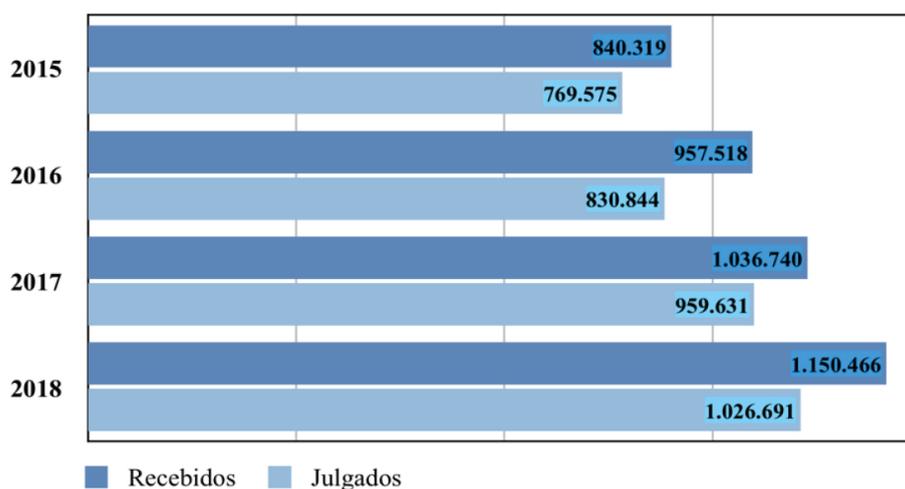
Não se verifica, entretanto, a mesma lógica em relação à média dos Tribunais Regionais do Trabalho, que mostram aumento tanto nos processos recebidos quanto nos julgados, em conformidade com a FIGURA 2 e o GRÁFICO 4. O mesmo se afere em relação aos TRTs da 2ª e da 15ª Regiões, segundo os GRÁFICOS 5 e 6.

FIGURA 2 - Processos Recebidos e Julgados nos TRT's - Período 2015 a 2018

Ano	Recebidos	Julgados
2015	840.319	769.575
2016	957.518	830.844
2017	1.036.740	959.631
2018	1.150.466	1.026.691

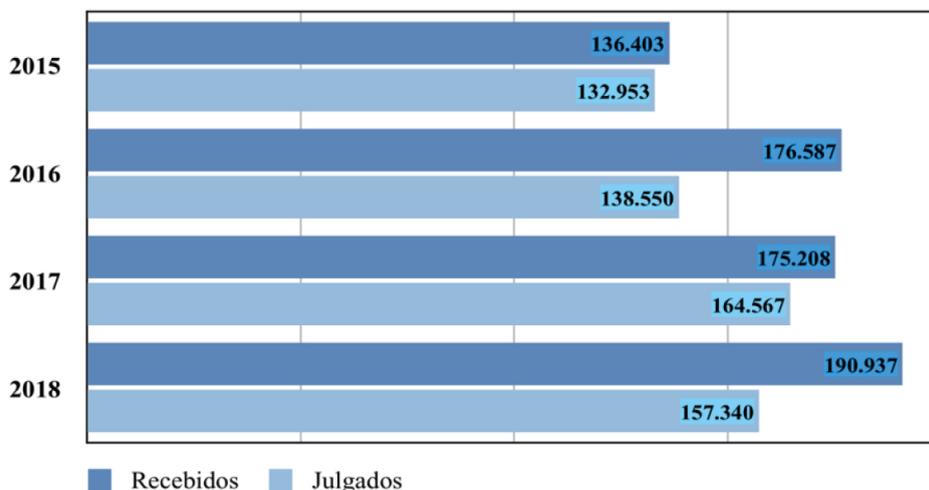
Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2015-2018

GRÁFICO 4 - Processos Recebidos e Julgados nos TRT's - 2015 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

GRÁFICO 5 - Processos Recebidos no TRT da 2ª Região - SP - 2015 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

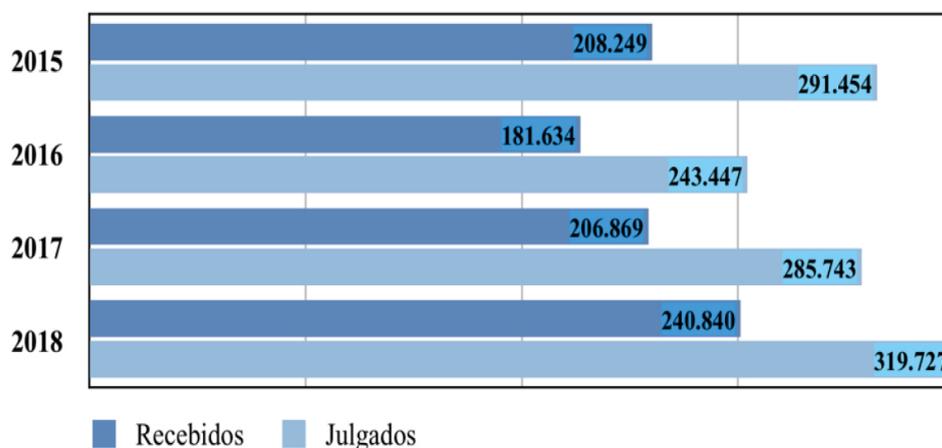
Quanto ao Tribunal Superior do Trabalho, nota-se um significativo aumento tanto no recebimento de processos quanto na quantidade de julgados, de acordo com a FIGURA 3 e o GRÁFICO 7.

FIGURA 3 - Processos Recebidos e Julgados no TST - Período 2015 a 2018

Ano	Recebidos	Julgados
2015	208.249	291.454
2016	181.634	243.447
2017	206.869	285.743
2018	240.840	319.727

Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

GRÁFICO 7 - Processos Recebidos e Julgados no TST - 2015 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

Esse aumento no número de processos pode se dever a desentendimentos atinentes à própria Reforma Trabalhista, até porque nem todos os dispositivos da novel legislação encontram interpretação homogênea nos tribunais, especialmente naquilo que tange aos honorários sucumbenciais, inclusive, no concernente ao marco temporal de início da aplicabilidade desse instituto, como se pôde observar dos julgados acima tratados.

Nota-se, no entanto, que, em relação ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no que concerne ao recebimento de processos, houve significativa queda, que se iniciou em dezembro de 2017, logo após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, caindo ainda mais no mês de janeiro de 2018, conforme as FIGURAS 3 e 4 e o GRÁFICO 8.

FIGURA 4 - Processos Recebidos no TRT/SP 2ª Região - 2017

Mês	Casos Novos
Janeiro	29.723
Fevereiro	36.784
Março	46.676
Abril	37.296
Maio	46.596
Junho	41.802
Julho	43.497
Agosto	43.680
Setembro	37.235
Outubro	43.743
Novembro	46.576
Dezembro	17.222
Total	470.830

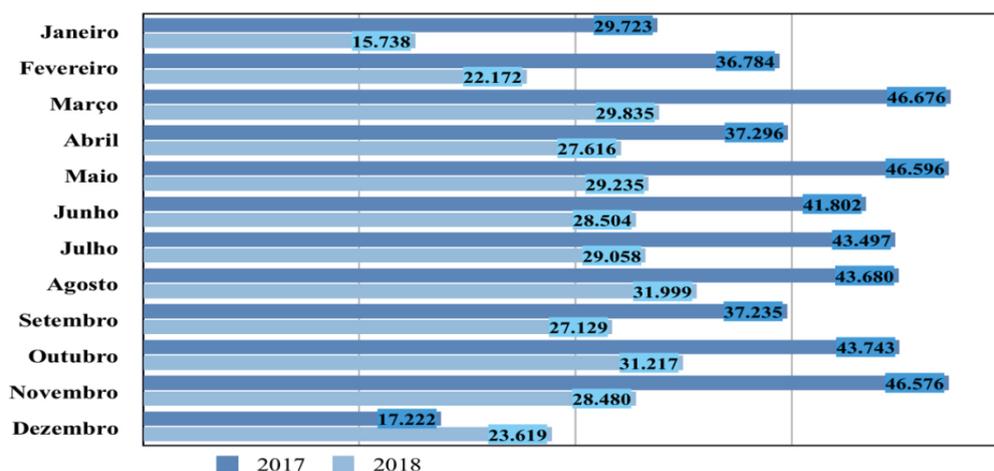
Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2017

FIGURA 4' - Processos Recebidos no TRT/SP 2ª Região -2018

Mês	Casos Novos
Janeiro	15.738
Fevereiro	22.172
Março	29.835
Abril	27.616
Maio	29.235
Junho	28.504
Julho	29.058
Agosto	31.999
Setembro	27.129
Outubro	31.217
Novembro	28.480
Dezembro	23.619
Total	324.602

Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2018

GRÁFICO 8 - Processos Recebidos e Julgados no TRT da 2ª Região Mês a Mês - 2017 a 2018



Fonte: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, 2019

Nos meses seguintes, o número de ações aumentou, porém, proporcionalmente, em menor quantidade em comparação aos mesmos meses do ano anterior, situação que talvez se deva ao fato de que se trata de um Tribunal destinado a atender um Estado gigantesco, o que pode comprometer a celeridade da Justiça de primeira instância.

Referido fenômeno pode ter sido amenizado no Estado de São Paulo, pelo fato de dispor de dois (2) Tribunais Regionais do Trabalho. Desse modo, talvez nem todos os processos propostos antes da Reforma tenham sido sentenciados, de modo o número de ações julgadas ainda pode aumentar.

A vertiginosa queda no número de proposituras de ações e recursos na esfera da Justiça do Trabalho, apesar de ser um claro indício de que a Reforma Trabalhista representou obstáculo ao acesso dos empregados ao Judiciário Classista, ainda faz necessário constatar os tipos de ação que deixaram de ser propostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei da Reforma Trabalhista entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. O início da aplicabilidade de suas disposições

causou, todavia, alguma celeuma. Isso porque previa-se, inicialmente, que seriam aplicadas nas sentenças prolatadas após sua vigência, entendimento justificável a partir de boa parte da doutrina e da jurisprudência.

Se se considerar que as normas atinentes a honorários são processuais, vigoraria a regra do *tempus regit actum*, de modo que seria possível aplicar essas disposições até mesmo a ações propostas antes da entrada em vigor da Reforma. Em que pese tal fato, a jurisprudência e a doutrina passaram a entender que teriam natureza híbrida.

A partir desse entendimento, sua parcela material não poderia retroagir para atingir demandas propostas antes da vigência da novel legislação. Assim, como entenderam diversos TRTs, o TST e o STF, o diploma reformador não se aplicaria às demandas propostas antes de sua entrada em vigor.

A fixação do marco temporal permite aferir a (in)existência da alegada queda no número de proposituras de ações e de recursos trabalhistas, em conformidade com dados disponibilizados pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho. Demonstrou-se que, ao menos potencialmente, a Reforma prejudicou o direito de acesso à Justiça do Trabalho.

Até porque, o próprio Congresso Nacional cuidou de restringir o acesso à Justiça Classista aos empregados que pudessem arriscar a sucumbência, corroborando sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, demonstra-se que tanto os processos propostos quanto os julgados caíram em quantidade.

O número de processos julgados se estabilizou, o que evidencia que parte do acúmulo de ações pendentes foi resolvido, algo supostamente positivo da Reforma. Verdade seja dita, esta queda no número de recursos em dois dos maiores TRTs do país demonstra que o Estado de São Paulo não escapou dessa situação.

O aumento dos processos nos tribunais, em desproporção à queda das proposituras de ações na primeira instância, pode ser resultado de desentendimentos atinentes à própria Reforma

Trabalhista, pois nem todos os seus dispositivos encontram interpretação homogênea, especialmente no que concerne aos honorários sucumbenciais.

Situação especial se encontra no TRT-2, cujo número de processos aumentou, talvez por se tratar de um Tribunal voltado a atender um grande Estado, situação que pode comprometer a celeridade da Justiça de primeira instância, o que, em São Paulo, pode ter sido amenizado pelo fato da unidade federativa dispor de dois Tribunais Regionais do Trabalho.

A queda no número de proposituras de ações e recursos na Justiça do Trabalho é claro indício de que a Reforma Trabalhista representou obstáculo ao acesso ao Judiciário Classista, cabendo aferir quais tipos de ação passaram a ser menos propostas e as razões para tanto, para se determinar se a Reforma foi útil.

As estatísticas apresentadas pelo próprio Tribunal demonstraram uma queda especialmente nas causas que se tornaram potencialmente mais arriscadas para os reclamantes, em decorrência da possibilidade de terem que arcar com os ônus sucumbenciais, o que necessariamente aduz que as mesmas representavam demandas infundadas.

A diminuição na quantidade de ações propostas entre 2018 e os anos anteriores demonstra que a nova sistemática desencorajou os trabalhadores quanto às demandas laborais, até porque não se identifica, no período, outro fator econômico, social ou jurídico suficientemente grave para ocasionar essa situação.

Nota-se, nesse sentido, que há julgados que desafiam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o código de processo civil e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, no que se relaciona às possibilidades e efeitos da concessão da assistência judiciária gratuita, quanto à necessidade de demonstração cabal da hipossuficiência.

Desse modo, não somente a novel legislação pode desestimular o reclamante, como também a interpretação jurisprudencial de seus dispositivos, que agravam as possibilidades de sua derrota e,

consequente, a condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, a compreender custas e honorários.

Observando-se as estatísticas, nota-se que, em 2017, alguns pedidos que demandam prova pericial se encontravam dentre os mais comuns, inclusive, no que se relaciona a demandas reparatórias. Em 2018, todavia, constata-se vertiginosa queda em relação a essas modalidades, que supera a metade.

Em 2017, havia grande quantidade de pedidos relacionados a honorários, enquanto a sucumbência ocupava as últimas posições. Em 2018, permaneceram quase que inalteradamente em suas colocações, percebendo-se, todavia, notável diminuição nas demandas relacionadas a temas que exigem algum tipo de prova por parte do reclamante.

Os recursos aos TRTs, no entanto, aumentaram, situação que pode significar um crescimento dos recursos atinentes à fixação de honorários sucumbenciais. Já quanto às indenizações e adicionais, os reclamantes são frequentemente vencidos em suas pretensões, aumentando o número de impugnações à segunda instância.

Trata-se de um diagnóstico difícil, por ser possível que o número de ações indenizatórias tenha decrescido, bem como que a questão relacionada aos honorários já se tenha consolidado nas instâncias iniciais. É possível, também, que isso se deva ao fato de serem questões fáticas, que não podem ser revistas em Recursos Especiais.

Apesar disso, é possível determinar que a diminuição se verifica, especialmente no que tange às ações que envolvem maiores custos potenciais aos reclamantes, notadamente aqueles decorrentes da sucumbência.

Também pode-se constatar que a sucumbência poder propiciar a mitigação e/ou denegação da prestação jurisdicional na seara trabalhista, por meio da utilização de ações específicas governamentais, em especial as positivadas nos artigos 790, 790-A e 790-B, mediante o estabelecimento de um critério fixo para o benefício da justiça gratuita (art. 790, § 3º); pela responsabilização

por honorários periciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita (art. 790-B); pelo estabelecimento ao pagamento de verbas sucumbências vencido o beneficiário da justiça gratuita, mesmo que tais créditos sejam advindos de outra demanda (art. 791-A, § 4º).

E por fim, diante do quanto exposto, resta incontroverso que a Reforma Trabalhista teve, e vem alavancando, de fato, consequências deletérias sobre o trabalhador e a Justiça do Trabalho, maculando e violando de forma vil e incontestável o núcleo axiológico da Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição. **Revista do tribunal regional do trabalho da 15ª Região**, n. 52, p. 81-102, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 fev. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de direito processual do trabalho, altera dispositivos da consolidação das leis do trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá

outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. 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 nos 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. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018

_____. 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 nos 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. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 219**. Honorários advocatícios. Cabimento (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. Brasília, 21 mar. 2016. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 221**: Edita a Instrução Normativa nº 41. 2018. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 256**. 1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Supremo Superior do Trabalho. **Súmula nº 319**. Auxiliar de laboratório. Ausência de diploma. Efeitos (mantida) –

res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Brasília, 1989. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-319>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 450**. 1964. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 633**. É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei 5584/1970. Brasília, 13 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2302>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 0012095-22.2017.5.03.0143**. Relator: Paulo Chaves Correa Filho. 2018. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2015**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/13fbdbf4-1f17-4c3c-bba7-f6a1b789b071>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c1be74b3-698d-1eac-48e9-cea6e0ba5610>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2017**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/69bef26d-144a-7515-3342-d0a1f961c837>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho em 2018**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Série Histórica de Recebidos e Julgados na Vara do Trabalho da 2ª Região – São Paulo.** Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados/2regiao>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Série Histórica de Recebidos e Julgados na Vara do Trabalho da 15ª Região – Campinas.** Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados/15regiao>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho 2015.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/2c229978-d6f8-4e4b-94f1-c933c00aca2c>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho 2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/b8e00149-8954-4cfa-bc40-a5ed4c974af3>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho 2017.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/a35889c7-66a2-52f2-be15-d9f20bc6a51a>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho 2018.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/af643d71-d393-ca30-4e76-f9ab54a2cc61>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Série Histórica de Recebidos e Julgados no TRT da 2ª Região – São Paulo.** Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/recebidos-e-julgados/trt2>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Série Histórica de Recebidos e Julgados no TRT da 15ª Região – Campinas.** Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/recebidos-e-julgados/trt15>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados no TST por mês em 2015**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/bc6b8f70-1872-4846-b66c-54f9a3fe003d>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados no TST por mês em 2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/dbe95083-f0a0-4c6c-891f-f7d302ec09e7>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados no TST por mês em 2017**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/43f7606f-338a-ec2d-22d1-85057b62cd0e>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados no TST por mês em 2018**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/99f29351-d971-7879-8d68-e9f639de57ea>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

VENOSA, Camila. Um ano depois da Reforma, ações trabalhistas caem 36,06% no Brasil. **Correio Braziliense**. 12.11.2018. Disponível em: <www.correiobraziliense.com.br>. Acesso em: 9 fev. 2018.

[231] Doutoranda em Ciências Sociais (UNICAMP), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP); Especialista em Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Constitucional pela Faculdade Dom Alberto; Especialista em Advocacia Trabalhista (ESA-OAB/MG); Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Email: deboramark@icloud.com

NOTAS ACERCA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO DIREITO FRANCÊS: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E CRÍTICAS

Cesar Augusto Luiz Leonardo²³²

Resumo: O objetivo do presente trabalho é estudar a assistência jurídica gratuita no direito francês, de sua história e de sua evolução para possibilitar, ao final, a formulação de algumas críticas à referida sistemática, por meio de pesquisa bibliográfica. Justifica-se o estudo ora apresentado, não apenas pelo fato de ser o acesso à Justiça um direito fundamental consagrado pela Constituição de 1988, mas, também, em decorrência da evidente influência que o direito francês tem sobre a ciência jurídica do Brasil. Concluiu-se que apesar de ser paradigmático em diversos aspectos, o modelo francês também não responde a todas as necessidades que se lhe apresentam, pois enfrenta críticas e crises.

Palavras-chave: Assistência Judiciária Gratuita; Direito Francês; Constituição de 1988.

INTRODUÇÃO

Para a concretização do princípio da isonomia, elementar para a existência de um Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça desponta como direito fundamental e de imprescindível observância, pois tem caráter instrumental diante de todos os demais direitos e garantias enunciados pelo sistema jurídico.

Por seu turno, é impossível cogitar de um acesso à Justiça sem que o Estado ofereça meios para a assistência jurídica aos necessitados. O direito francês é apontado como referência em

experiências pioneiras nesta seara, razão pela qual desperta interesse acadêmico conhecer a trajetória e a evolução do sistema de assistência judiciária que se verificou na França.

Assim, o objetivo do presente trabalho é o estudo da assistência jurídica gratuita no direito francês, de sua história e de sua evolução para possibilitar, ao final, a formulação de algumas críticas à referida sistemática. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, utilizando-se o procedimento dedutivo. A pesquisa foi dividida em três partes.

Em um primeiro momento, buscar-se-á a delimitação de conceitos relacionados ao acesso à Justiça, assistência judiciária e assistência jurídica, analisando em que medida tal preocupação foi vista ao longo da história, em diferentes contextos. Em seguida, será analisada a evolução histórica do direito de assistência jurídica em solo francês.

Após, proceder-se-á às devidas críticas ao referido sistema. Justifica-se o estudo ora apresentado, não apenas pelo fato de ser o acesso à Justiça um direito fundamental consagrado pela Constituição de 1988, mas, também, em decorrência da evidente influência que o direito francês tem sobre a ciência jurídica do Brasil.

1. O ACESSO À JUSTIÇA: UMA BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICO-TEÓRICA

O sociólogo português Boaventura Santos (1986, p. 18) denomina o Acesso à Justiça como um *direito charneira*, a partir do vocábulo francês *charnière*, nome que indica uma peça móvel que une dois planos, significando também um ponto de junção ou de encontro. Trata-se, assim, de um direito cuja denegação acarreta a negação de todos os demais.

Ora, o Acesso à Justiça é o Direito mais essencial e salutar que se pode conceber, pois nada mais é senão o próprio “direito a ter direitos”. De acordo com Rawls (2002, p. XIII-XIV), a equidade

da justiça entre os cidadãos é essencial para a existência de democracia.

Em análise histórico-evolutiva sobre o acesso à Justiça, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2007) destaca a existência de normas no Código de Hamurabi que demonstravam preocupação com a proteção dos mais fracos e oprimidos (a viúva e o órfão), perante a justiça do Soberano.

Esse direito, entretanto, direito não se estendia a escravos e estrangeiros. Na Grécia antiga, como decorrência do pensamento aristotélico e de sua preocupação com a isonomia, passa-se a pensar na equidade da aplicação da lei aos cidadãos, ainda que dentro de um conceito restrito de cidadania.

Atenas é tida como o berço da assistência judiciária gratuita, pois contava anualmente com a nomeação de dez advogados para prestar assistência jurídica aos carentes. O direito romano consolidou o sistema de patrocínio em juízo por advogado, com o intuito de preservar a isonomia das partes em litígio.

Esse conceito foi incorporado ao Código de Justiniano. Durante a Idade Média até o Renascimento, tais conceitos evoluíram e ganharam força, até mesmo por influências religiosas, notadamente do cristianismo (CARNEIRO, 2007).

O direito canônico, por sua vez, trouxe a figura dos *advocati pauperum*, que tinha como finalidade atender às pessoas carentes de recursos, às viúvas e os órfãos, precursores da assistência judiciária, com destaque a Santo Ivo, patrono dos advogados (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, em referência ao direito ao acesso à Justiça, proclamou que: “Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça” (SOVERAL, 2019, p. 42). A partir da Revolução Francesa, ganha força a separação dos poderes e a proteção à legalidade.

Assim, o Judiciário, considerado subserviente aos reis e seus protegidos, caiu em descrédito, de modo que o acesso à Justiça

também foi relegado a segundo plano, diante da liberalidade que pregava o *lasser-faire lasser-passer*, encarando o juiz como mera *bouche de la loi*, conforme definição de Montesquieu.

Desse mesmo modo, com o Poder Judiciário apresentando relação de dependência (inclusive orçamentária) para com os demais Poderes, os conflitos entre empresários e proletariados surgiram e se avolumaram, instaurando uma nova crise de classes (CARNEIRO, 2007).

Dentro desta concepção liberal, o Judiciário era visto como um Poder estático e neutro, cuja atuação deveria se pautar pela discricção e equidistanciamento das partes em litígio, limitando-se tão somente a uma interpretação literal e técnica da norma jurídica. Assim, resumia-se quase que exclusivamente aos litígios privados de caráter individual.

Nesse contexto, a problemática do acesso dos mais pobres à justiça era irrelevante, pois o papel do Estado se limitava a garantir a titularidade meramente formal dos direitos (ALVES, 2006, p. 29). Daí porque, nas palavras de Cappelletti e Garth:

Dentro da concepção dos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os métodos utilizados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos então vigorante, e modo que o direito à proteção judicial se resumia a um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação; por se tratar de um “direito natural”, prescindiria da atuação estatal para a sua efetivação, bastando a conduta passiva do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9.).

Todavia, a compreensão da a insuficiência do Estado meramente absenteísta passa a se tornar patente, de modo que o Estado passa a ser chamado para intervir, sobretudo no campo social, a fim de superar a mera igualdade formal liberalista, exigindo dos juízes uma nova interpretação das leis, a fim de atingir a isonomia material (CARNEIRO, 2007).

Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Francesa em 27 de agosto de 1789 surge daí a nítida distinção entre as categorias de “direitos civis”, atribuíveis a todos os seres humanos, e os “direitos políticos”, atribuíveis apenas aos *cidadãos* (ALVES, 2006)

Estes seriam as pessoas a quem se reconhecia a possibilidade de participar da vida política de um determinado Estado (ALVES, 2006, p. 48). Atualmente, o protagonismo do Poder Judiciário se tornou evidente, a partir do atual estágio do Estado Democrático de Direito, sobretudo diante do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

Assim, o processo judicial passa a ser visto como um instrumento privilegiado de participação política e de exercício da cidadania. A lei não pode ser vista sob num enfoque estático, de regramento e disciplina destinado a manter o *status quo*; deve ser também enxergada sua função transformadora, de influência na realidade social (ALVES, 2006, p. 38).

Juntamente com o desenvolvimento de tais direitos, o direito de acesso à Justiça caminhou a *pari passu* (ALVES, 2006, p. 50-51), de modo que assim como o Estado passou a assegurar um patamar mínimo de bens e serviços essenciais a todas as pessoas (tais como o direito à alimentação, vestuário, educação, assistência médica etc.).

Além disso, passou a incluir entre os serviços assegurados à população, também a assistência jurídica, assumindo o Estado, às expensas dos cofres públicos, o funcionamento de um sistema de serviços destinados a garantir a “igualdade de armas” em litígios judiciais e proporcionar assistência jurídica extrajudicial com o objetivo de facilitar o conhecimento dos direitos para permitir seu pleno exercício (ALVES, 2006, p. 55).

Essa necessidade global de “acesso à Justiça” foi objeto de profundo estudo no denominado “Projeto Florença”, durante a década de setenta do século XX, que resultou em inúmeras obras, por Mauro Cappelletti, como *Toward equal Justice: a comparative*

study of legal aid in modern societies, em coautoria com James Gordley e Earl Johnson (1975), e *Acesso à Justiça*, em coautoria com Bryant Garth (1988).

Neste último, os autores asseveram que o acesso à justiça pode: “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

É dizer, a ordem jurídica proclama uma série de direitos e garantias aos indivíduos, e deve contar com mecanismos e instrumentos de efetivação de tais. Referido estudo apontou que, dentre os principais obstáculos a serem transpostos o efetivo acesso à Justiça, estão as custas judiciais, as possibilidades das partes (recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e a existência de litigantes eventuais e litigantes habituais) e problemas relacionados aos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28).

Em conclusão, os obstáculos afetariam mais as pequenas causas e os autores individuais, especialmente os mais pobres, de modo que o sistema apresenta vantagem aos litigantes organizacionais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28). Evidente que não satisfaz o mero acesso aos órgãos judiciais existentes, pois a correta concepção de Acesso à Justiça é a viabilização de um efetivo “acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1998, p. 128).

Ora, é patente que não tem valia alguma assegurar o direito de petição perante os órgãos jurisdicionais, mas não lhe assegurar uma tutela que seja tempestiva, adequada e eficiente.

Assim, as possibilidades das partes podem apresentar óbices intransponíveis para o acesso à ordem jurídica justa, razão pela qual o Estado deve oferecer serviços que assegurem uma assistência jurídica gratuita aos necessitados.

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à Justiça nos países ocidentais residem na prestação de serviços jurídicos para os pobres, uma vez que o auxílio de um advogado é

essencial (ou indispensável) para a compreensão das leis e dos procedimentos necessários para ajuizar uma causa (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

Inicialmente, a maior parte dos países adotou modelo inadequado, pois os serviços eram prestados por advogados particulares, sem contraprestação (*munus honorificum*), sem qualquer atitude positiva do Estado para garantir o direito ao acesso. Foi a Alemanha, em 1919 a 1923, que deu início a um sistema de remuneração pelo Estado aos advogados que fornecessem assistência judiciária, extensiva a todos que a pleiteassem (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32-33).

Na Inglaterra, em 1949, foi criado o Legal Aid and Advice Scheme, confiado à associação nacional de advogados (*Law Society*), reconhecendo a importância de não somente compensar os advogados particulares pelo aconselhamento jurídico, mas também pela assistência nos processos (assistência judiciária) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 33).

Tais modelos, conquanto apresentem suas limitações, constituíram evolução perante os “anacrônicos semicaritativos programas típicos do *laissez-faire*”. Com o despertar da consciência social, notadamente na década de 60, a assistência judiciária foi erigida ao topo da agenda das reformas judiciárias, como se pode observar nos Estados Unidos, com o Office of Economic Opportunity (OEO), em 1965 e em diversos lugares do mundo, no início da década de 70 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 33-34). Feitas tais considerações, passar-se-á ao estudo do sistema de assistência jurídica no direito francês.

2. EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO DIREITO FRANCÊS

O direito francês apresenta iniciativas pioneiras no que diz respeito à assistência jurídica. Já no Século VIII, nos *capitulaires* os juízes eram admoestados a proferir seus julgamentos nos litígios envolvendo os indigentes, sem exigir qualquer contraprestação ou

pagamento; na Idade Média, os concílios da Igreja Católica autorizavam os monges a prestar seu concurso gratuitamente aos pobres perante a jurisdição civil e estimulavam os advogados a fazerem o mesmo. Paralelamente, o poder civil também encorajava tais práticas, todavia, sem caráter cogente, prevalecendo sentido cristão da caridade (ALVES, 2006, p. 171-172).

Em 6 de março de 1610, o Rei Henrique IV prolatou Édito onde constava que em cada jurisdição deveria haver advogados e procuradores especialmente designados para a defesa das pessoas pobres, mediante indenização a ser custeada pelo Rei, mas diante da ausência de normas garantindo o direito à assistência jurídica gratuita, a prática de consultas e defesas em juízo sem cobrança de honorários foi deixada ao crivo dos *Barreaux* (ALVES, 2006, p. 172).

Durante o *Ancien Régime*, as críticas apontadas pela doutrina quanto ao funcionamento da Justiça voltavam-se contra “a lentidão dos processos, os privilégios no tratamento de algumas categorias de jurisdicionados (clérigos e nobreza) e a venalidade dos cargos judiciais (comprados junto ao Rei), o que obrigava os postulantes a pagar os juízes, por seu trabalho, ao final de cada processo” (LEONEL, 2010, p. 114).

Logo após a Revolução de 1789, o governo estabeleceu gratuidade universal para o serviço estatal de prestação jurisdicional, abolindo a cobrança de taxas judiciárias para todos. Assim, por Lei aprovada pela Assembléia Nacional em agosto de 1790, foram abolidos todos os privilégios em matéria de jurisdição, estabelecida a igualdade de todos perante os tribunais franceses e a prestação jurisdicional estatal passou a ser gratuita (*les juges rendront gratuitement la justice*) (ALVES, 2006, p. 52).

Em 1810, com decreto datado de 14 de dezembro, estabeleceu que os serviços de assistência e representação dos réus pobres em juízo deveriam ser prestados gratuitamente, em contrapartida do monopólio reconhecido pelo Estado aos advogados, de modo que o fundamento da ação caritativa dos advogados em prol dos necessitados, que durante séculos se baseou em princípios da

moral cristã, passa a ter natureza cogente imposta pelo Estado aos Advogados (ALVES, 2006, p. 173).

Com a evolução do conceito de cidadania política e da igualdade no acesso à Justiça, também se desenvolve o direito de assistência judiciária gratuita, o que se estampou no *Code de l'Assistance Judiciaire*, de 1851, pela França, em que se estabelecia a obrigatoriedade dos advogados de atuar gratuitamente na defesa dos interesses das pessoas pobres, tanto na esfera cível quanto criminal (ALVES, 2006, p. 53). Neste sentido:

É corolário do princípio da igualdade de todos perante a lei a efetiva possibilidade de, independentemente de quaisquer diferenças sociais, raciais, religiosas ou, especialmente, econômicas, se socorrer do Direito e da Justiça para proteção da própria personalidade, em todas as dimensões que lhe são inerentes. Essa noção de igualdade perante a lei eclodiu com grande força nos ideários da Revolução Francesa de 1789, propagando-se pelo mundo afora nos exatos termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Todavia, não bastava a afirmação retórica dessa igualdade perante a lei. Esse entendimento foi expressamente destacado na exposição de motivos do projeto de lei enviado pelo governo francês à Assembléia Nacional, que em 22 de janeiro de 1851 viria a se tornar o primeiro "Código de Assistência Judiciária" da história (ALVES, 2006, p. 164).

Este, que foi o primeiro código de assistência judiciária conhecido, a assistência foi imposta como um dever humanitário em favor daqueles considerados indigentes. Dentre as principais críticas desse sistema, destaca-se que esse ônus recaía sobre os *stagiaires* (jovens advogados, iniciantes na profissão) (ALVES, 2006, p. 173).

Isso era prejudicial tanto para aqueles que estavam iniciando a sua caminhada profissional, como para aqueles que se viam defendidos por advogados menos experientes. Além disso, cabia aos próprios postulantes ao benefício da assistência judiciária

demonstrar de antemão, perante o órgão competente para apreciar o pedido do benefício, a viabilidade do mérito da causa a ser sustentada em juízo, o que causava inúmeras dificuldades (ALVES, 2006, p. 174).

A Constituição Francesa de 1946, em seu preâmbulo (que foi incorporado pela Constituição de 1958), passou a proclamar novos sociais e econômicos, reconhecidos como direitos humanos e, portanto, trazem consigo a necessidade de se tornarem efetivos, acessíveis a todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 33-34).

Na mesma esteira, a partir da consagração de direitos sociais e econômicos no Direito Internacional (no âmbito europeu, com a Convenção Europeia de Direitos do Homem, e global, com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos), chegou-se à conclusão de que o Estado não mais poderia se omitir na efetivação de tais direitos, sobretudo o direito de acesso igualitário à Justiça (SCHNAPPER, 1984, p. 105).

Em tal cenário, adveio a reforma do sistema de assistência judiciária com a Lei 72-11, de 03 de janeiro de 1972, mudando a própria nomenclatura: de *Assistance Judiciaire*, passou a denominar *Aide Judiciaire*, modificando o pressuposto da caridade para um valor jurídico de solidariedade (SCHNAPPER, 1984, p. 117).

Deste modo, a França substituiu o seu esquema de assistência judiciária do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestado por advogados, por um enfoque moderno de *securité sociale*, no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34).

Os princípios fundamentais da nova lei foram: a criação de critérios mais objetivos para a concessão do benefício, inclusive mediante criação de teto de rendimentos para aferição da situação econômica dos requerentes e critérios de situação patrimonial da família; a possibilidade de concessão parcial do benefício, a fim de contemplar aqueles que poderiam arcar apenas com uma fração das despesas com honorários de advogados; o estabelecimento de

indenização a ser paga pelo poder público em favor dos profissionais jurídicos que prestassem serviços ao assistido, em reconhecimento de que o maior número de beneficiários acarreta, a um só tempo, o aumento do trabalho prestados pelos advogados a título de assistência judiciária e, igualmente, a diminuição do número de clientes que buscariam os serviços particulares desses profissionais; simplificava os procedimentos de instrução dos pedidos de assistência (ALVES, 2006, p. 180).

Analisando esse sistema (com as modificações havidas em 1974 e 1975, Cappelletti retrata “um eficiente sistema *judicare*”, com a vantagem de alcançar não apenas os pobres, mas também algumas pessoas acima do nível de pobreza, mediante o estabelecimento de níveis de auxílio decrescentes conforme os rendimentos mensais das famílias, além de contar com a possibilidade de ser deferida para um caso particularmente importante, independentemente dos rendimentos do litigante (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

É bom destacar que os parâmetros de rendimentos fixados para a concessão da assistência judiciária foram generosos, de modo que cerca de 70% da população francesa teria oportunidade de se valer deste benefício, bem como que a exigência de que a demanda fosse razoavelmente fundada somente era exigida dos pretensos autores das demandas, e não aos demandados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 37).

Entretanto, apesar dos avanços, as reformas também não foram imunes a críticas. Durante os trâmites legislativos, chegou a ser proposto e discutido modelo em que seria assegurado aos cidadãos de baixa renda um serviço mais amplo de assistência jurídica integral, mas tal emenda não foi aprovada naquele momento histórico.

Ademais, a lei de 1972 se restringiu ao âmbito cível, enquanto na esfera criminal, manteve-se o sistema de advogados dativos, nomeados de ofício pelos juízes (*systeme de la commission d'office*), sem direito a contraprestação pecuniária pelos serviços prestados (ALVES, 2006, p. 180-181). Cappelletti e Garth, em sua pesquisa,

logo perceberam que os valores de pagamento aos advogados eram inadequados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 37).

Assim, antes mesmo de completados 20 anos do sistema implantado em 1972, a sua manutenção se tornou inviável, seja porque o número de possíveis beneficiários do sistema foi paulatinamente reduzido (em razão da defasagem na atualização do teto de rendimentos), seja porque os advogados se queixavam das inúmeras distorções nos critérios de compensação financeira pelos serviços prestados.

Por esta razão, em 1989 foi instituída Comissão capitaneada pelo Conselheiro de Estado Paul Bouchet, que resultou em relatório final apresentado em 1990, com muitas propostas que redundaram no projeto de lei que veio a se converter na Lei nº 91-647, de 10 de julho de 1991, em vigor a partir de janeiro de 1992. O termo *aide judiciaire* foi substituído por *aide juridique*, capaz de englobar a *aide jurisdictionnelle* (assistência judiciária ou jurisdicional) e uma nova – e muito mais abrangente – vertente, a *aide à l'accès au droit* (ALVES, 2006, p. 180-181).

Assim, passa a abranger a consulta gratuita com profissionais jurídicos para esclarecimento a respeito dos direitos fundamentais à condições essenciais de vida do beneficiário, bem como a assistência em procedimentos não jurisdicionais perante órgãos públicos (ALVES, 2006, p. 181).

Em linhas gerais, tal lei segue em vigor, conquanto tenha sofrido diversas modificações ao longo dos anos, pelas seguintes leis: 92-1336, de 16 de dezembro de 1992; 93-2, de 4 de janeiro de 1993; 93-22, de 8 de janeiro de 1993; 98-1163, de 18 de dezembro de 1988; 2002-1138, de 9 de setembro de 2002; 2004-204, de 9 de março de 2004; 2004-439, de 26 de maio de 2004; 2005-750, de 4 de julho de 2005; 2005-1126, de 9 de setembro de 2005; 2005-1526, de 8 de dezembro de 2005; 2007-210, de 19 de fevereiro de 2007; 2010-1609, de 22 de dezembro de 2010; 2010-1657, de 29 de dezembro de 2010; 2007-290, de 5 de março de 2007; 2011-94, de 25 de janeiro de 2011; 2011-252, de 17 de maio de 2011; 2013-1278, de 29 de dezembro de 2013;

2014-1654, de 29 de dezembro de 2014; 2015-177, de 16 de fevereiro de 2015; 2015-925, de 29 de julho de 2015; e, finalmente, 2015-1785, de 29 de dezembro de 2015.

Em sua primeira parte, a lei trata da assistência judiciária (*aide juridictionnelle*), a lei prevê que as pessoas físicas cujos recursos sejam insuficientes para fazer valer os seus direitos em juízo podem se beneficiar de uma assistência jurisdicional, total ou parcial. Prevê ainda que, excepcionalmente, a assistência judiciária pode ser prestada para pessoas jurídicas não lucrativas (*article 2*).

A lei exige que as pessoas físicas sejam de nacionalidade francesa ou cidadãos dos Estados-membros da Comunidade Europeia, ou, ainda, estrangeiros que habitem regularmente na França, mas prevê que tal exigência seja mitigada conforme a natureza do interesse (*article 3*). Como regra geral, para o ano de 2016, para fazer jus à assistência integral, deve comprovar que seus recursos mensais são inferiores a mil euros; para a assistência parcial, até mil e quinhentos euros (*article 4*).

A assistência judiciária pode, todavia, ser deferida, a título excepcional, caso haja situação particularmente digna de interesse ao objeto do litígio ou dos custos previsíveis do processo, dentre outras hipóteses (*article 6*). A lei regulamenta o pedido de assistência judiciária (artigos 10 e 11), organizando os órgãos competentes, conforme a instância (*les bureaux d'aide juridictionnelle* – artigos 12 a 17), o procedimento para o pedido (artigos 18 a 23) e seus efeitos (artigos 24 a 48).

Na segunda parte da lei (*deuxième partie*), é regulamentado *L'aide à l'accès au droit*, que engloba, nos termos do artigo 53, as informações gerais das pessoas sobre seus direitos e obrigações e a sua orientação sobre os órgãos responsáveis pela implementação desses direitos, o cumprimento de todos os procedimentos necessários para o exercício de um direito ou a execução de uma obrigação de natureza jurídica e assistência no curso dos procedimentos não jurisdicionais, a consulta em matéria jurídica e a assistência para redigir ou celebrar atos jurídicos. Todos esses

aspectos são esmiuçados nos artigos que seguem. Na quarta parte, há previsão da assistência na mediação (artigo 64-5).

3 CRÍTICAS AO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA FRANCÊS

O sistema *judicare* enfrenta diversas críticas, pois, como já destacavam em seus estudos Cappelletti e Garth, este sistema ataca unicamente a barreira de custo do processo, mas não supera barreiras causadas por outros problemas encontrados pela população pobre, uma vez que confia exclusivamente aos próprios assistidos a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio.

Assim, tal sistema não encoraja e nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos, e, assim, a assistência geralmente se restringe a problemas que sejam mais familiares às camadas mais humildes da população (matéria criminal ou de família), e não alcança novos direitos (como consumidor, inquilino etc.).

Ademais, é certo que: “sociedades em que ricos e pobres vivem separados, pode haver barreiras tanto geográficas quanto culturais entre os pobres e o advogado”.

Por fim, este sistema não enfrenta as desvantagens de uma pessoa pobre litigar contra litigantes organizacionais e trata o pobre como indivíduo, e não como classe, pois não oferece auxílio para “casos-teste” ou ações coletivas em favor dos pobres, de modo que não estão aparelhados para transcender os remédios individuais (CAPPELLETTI, 1988, p. 37).

Se já naquele momento o renomado autor italiano percebia diversas inconsistências do modelo, é certo que mesmo após a mudança e o aperfeiçoamento do sistema, as crises ainda não foram superadas (ALVES, 2006, p. 165). Além disso:

Passados mais de 150 anos desde que essa primeira lei francesa da assistência judiciária foi aprovada, o desejo de igualdade efetiva no acesso à Justiça, especialmente

com relação às pessoas menos aquinhoadas economicamente, não está plenamente assegurado. Por esse motivo, no final do ano 2000 a *Place Vendôme*, endereço dos mais nobres de Paris, onde fica a sede do Ministério da Justiça, foi palco de uma célebre manifestação dos advogados franceses que – trajando todos suas vestes talares negras – ali se reuniram para protestar contra a situação de grave crise por que passava o sistema público de assistência jurídica em favor das pessoas pobres na França. O movimento foi ainda mais inusitado devido à façanha de haver congregado num esforço comum as mais diversas entidades representativas da classe dos advogados na França, de linhas político-ideológicas das mais divergentes, a saber: o *Conseil National des Barreaux*, a *Conférence des Bâtonniers*, a *Confédération Nationale des Avocats*, a *Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats*, o *Syndicat des Avocats de France*, dentre outros. A mobilização nacional que contou com a adesão de todos os *Barreaux* do país, inclusive o de Paris, resultou numa greve geral dos advogados sem precedentes, cujo término somente se deu após a realização de quatro reuniões na sede da Chancelaria (Ministério da Justiça), que culminaram com a assinatura de um Protocolo de Acordo entre a então Ministra da Justiça, a Senhora Marylise Lebranchu, e os líderes das diversas entidades representativas da classe dos advogados, no dia 18 de dezembro de 2000 (ALVES, 2006, p. 165).

Em análise mais recente, Antoine Garapon e Ioannes Papadopoulos (2004, p. 23) definiram o modelo de assistência jurídica francesa como corporativo e burocrático. Neste sentido:

[...] a culture judiciaire française, c'est-à-dire l'espace intellectuel dans lequel les juges ont été formés et dans lequel ils évoluent, n'est pas homogène. Le système français semble, à première vue, incarner le modèle bureaucratique le plus pur. Ce monolithisme de façade cache une combinaison assez originale des modèles bureaucratique et professionnel qui repose sur la figure typiquement française du grand serviteur de l'État (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2004, p. 23).

Assim, seria *corporativo*, uma vez que há forte influência dos interesses das corporações de advogados, que buscam preservar o monopólio de sua atuação liberal e, concomitantemente, muitos advogados dependem dos recursos financeiros do Estado aplicados no custeio dos serviços de assistência jurídica gratuita.

Já a burocracia se revela em diversos aspectos, notadamente pelo formalismo presente nos procedimentos para a obtenção do benefício da assistência jurídica (ALVES, 2006, p. 31). Assim, conquanto tenha desenvolvido sofisticado sistema de assistência jurídica (que transcendeu a mera assistência judiciária e regulamenta minudentemente os efeitos da assistência jurídica extrajudicial, abrangendo procedimentos administrativos não jurisdicionais, mediação e até mesmo consultoria).

Esses métodos podem vir a beneficiar inclusive pessoas que estão acima da linha de pobreza, o modelo francês ainda apresenta inconsistências e instabilidade, o que se revela, por exemplo, pelo movimento deflagrado em 2005, que comprova que o sistema não atingiu o ideal pleno de acesso à Justiça, que, quiçá, pode mesmo ser utópico.

4. CONCLUSÃO

O tema acesso à Justiça apresenta vicissitudes históricas deveras interessantes. Já foi contemplada expressamente por Ordenamentos jurídicos primitivos, mas não era efetivo na prática. Já foi visto como um direito natural e, como tal, prescindiria de qualquer prestação por parte do Estado para a sua efetivação.

Já esteve atrelado com princípios da moral religiosa (sobretudo cristã) e dever de caridade. Por isso, a assistência jurídica já foi apontada como um *munus* a ser suportado pelos advogados.

Entretanto, tais concepções se mostraram insuficientes para com as exigências da atual concepção de Estado Democrático de Direito, que não prescinde de um real (e efetivo) acesso a uma ordem jurídica justa. Nem a mera assistência judiciária se mostra

suficiente, porque assegura tão-somente um direito formal de acesso aos órgãos jurisdicionais.

Esta preocupação se confirma ao longo da evolução histórica do direito francês. A primeira previsão legislativa de acesso à Justiça foi a gratuidade do processo que, em determinado ponto, foi generalizado no direito francês.

Depois, constituiu o que Cappelletti e Garth vieram a denominar de sistema *judicare*, mediante atuação de advogados privados que recebiam contraprestação do Estado pelas atividades desenvolvidas em juízo em favor dos menos favorecidos.

A assistência judiciária deixou de ser um dever moral caritativo e passou a ser contemplado como um dever jurídico, exercido mediante contraprestação pecuniária.

Após as últimas reformas, o conceito de assistência judiciária (ou jurisdicional) foi substituído pelo de assistência jurídica que, para além daquele primeiro, também incorpora outras formas de assistência, extrajudicialmente.

Ora, se é certo que o acesso formal não esgota o conteúdo do acesso à Justiça, é licencioso concluir que aquele é pressuposto deste, de modo que não há como cogitar-se de efetivo acesso à Justiça, se parafraseando célebre citação atribuída a Ovídio: “*Cura pauperibus clausa est*” (“O tribunal está fechado para os pobres”).

Todavia, como se viu, apesar de paradigmático em diversos aspectos, o modelo francês também não responde a todas as necessidades verificadas. Enfrenta críticas e crises. Seria o acesso a um processo justo ainda uma utopia? Sinceramente, esperamos que não.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à**

Justiça. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. *Toward equal Justice: a comparative study of legal aid in modern societies.* Milan, Giuffrè Editore, 1975.

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

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico:** história e direito vigente. São Paulo: RT, 2001.

SOVERAL, Raquel Tomé. A fundamentabilidade dos direitos humanos e o seu resguardo na esfera internacional. In: FORTES, Vinícius Borges; BOLESINA, Iuri; MICHEL, Voltaire. **Perspectivas críticas do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade.** Erechim: Deviant, 2019, p. 39-58.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juger en Amérique et en France.* Paris: Odile Jacob, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-44, nov., 1986.

SCHNAPPER, B. De la charité à la solidarité: l'assistance judiciaire française (1851-1972). *Revue d'histoire du droit*, t. 52, p. 105-117, 1984.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel e

WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1998, p. 130-145.

[232] Graduação em Direito e especialização em direito civil e direito processual civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente – SP (2006). Mestrado (2013) e doutorado (2018) em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP). Defensor público – Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília. Professor das disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional no Curso de Graduação em Direito. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília – SP (UNIVEM). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados em Processo). Palestrante e professor convidado em cursos de pós-Graduação. E-mail: calleonardo@hotmail.com

O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JURISDIÇÃO: REFLEXÕES SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO DE CONFLITOS E A CONSEQUENTE DESJUDICIALIZAÇÃO

Daniele Silva Lamblém Tavares²³³

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS)²³⁴

Resumo: Este estudo desenvolveu-se com o objetivo de analisar a garantia fundamental do acesso à justiça e a razão da cultura de conflito que paira sobre a sociedade atual, bem como a viabilidade da utilização de políticas públicas como resposta à crise, destacando-se os mecanismos de gestão de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e arbitragem. Empregou-se o método de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e multidisciplinar e aliada ao procedimento dedutivo. A pesquisa é justificável, em decorrência da forte cultura de litigância que ainda impera em nossa sociedade e que desemboca na incessante judicialização dos conflitos e da cultura agonista irradiada por todas as searas, em especial a política. Concluiu-se que o estímulo à implementação da mediação como política pública pode não apenas conduzir à desjudicialização de grande número de conflitos, como também reeducar a sociedade, transformando a cultura adversarial para uma cultura de pacificação social, em que os conflitantes, em alteridade, constroem suas diferenças, produzindo soluções adequadas aos interesses de ambos.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Crise da Jurisdição; Cultura de litígio; Tratamento adequado de conflitos; Mediação; Desjudicialização.

INTRODUÇÃO

Os debates acerca do enfrentamento da crise do Poder Judiciário, superlotado de processos, relacionam-se tanto às causas (complexidade das relações sociais atuais, aliada ao surgimento de novos direitos, interpretação equivocada do acesso à justiça, dentre outros), quanto às soluções que possam desafogar a máquina judiciária ao mesmo tempo em que atenda adequadamente aos interesses dos conflitantes.

Com o propósito de entender a origem da crise, fez-se necessário analisar os aspectos que envolveram a falência e ineficiência da prestação jurisdicional, bem como estudar o conceito de conflito e sua impossibilidade de eliminação, a partir do modelo de democracia “agonista” de Chantal Mouffe, que defende a irradicabilidade do conflito.

No modelo de democracia tradicional, tem-se defendido a erradicação do dissenso, o que, apesar de utópico, tem transferido a resolução das controvérsias para outros campos, em especial o jurídico, abarrotando o Judiciário de demandas infundáveis, cujos temas são precipuamente afetos às políticas sociais. Por outro lado, o pluralismo agonístico prega uma nova visão do conflito, em que as partes se relacionam como adversários, e não mais como amigo/inimigo, possibilitando, assim, novos diálogos, tendo papel crucial para a formação das identidades coletivas.

Nessa perspectiva, o objetivo do presente trabalho foi o estudo da garantia fundamental do acesso à justiça e a razão da cultura de conflito que paira sobre a sociedade atual, bem como se ponderou acerca da utilização de políticas públicas como resposta à crise, destacando-se os mecanismos de gestão de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e arbitragem.

Muito têm-se discutido acerca de meios para resolução e, especialmente, para eliminação dos conflitos, como se estes fossem os vilões da crise do Judiciário e sua erradicação fosse capaz de desafogar a máquina judiciária, superlotada de processos.

Foi empregado método de pesquisa bibliográfica, com abordagem multidisciplinar, a partir de referenciais voltados às ciências sociais (como a psicologia, a sociologia e a política) e ao direito, desenvolvendo-se o trabalho por meio do procedimento dedutivo.

A pesquisa é justificável, em decorrência da forte cultura de litigância que ainda impera em nossa sociedade e que desemboca na incessante judicialização dos conflitos e da cultura agonista irradiada por todas as searas, em especial a política.

1. O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JURISDIÇÃO

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra um dos mais importantes e essenciais direitos fundamentais do indivíduo, sem o qual este vê-se impedido de fazer valer seus direitos violados ou ameaçados de violação. No intuito de conferir ao indivíduo o amplo exercício da cidadania, bem como resguardar seus direitos, a Constituição Federal trouxe, em seu rol de garantias fundamentais, o princípio de acesso à justiça, permitindo que todos sejam socorridos pelo Poder Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, quando dele necessitarem.

Referido princípio se apresenta como uma ferramenta de contraponto à proibição à autotutela, em decorrência da assunção pelo Estado do monopólio da jurisdição e abarca dois escopos de responsabilidade do Estado, no exercício da jurisdição, quais sejam: garantir amplo acesso a todos os cidadãos ao sistema judiciário, que se coloca como substituto das partes na solução de seus conflitos, ao mesmo tempo que tem o dever trazer resultados revestidos de equidade tanto para as partes (individual) quanto no âmbito social (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Considerado uma conquista histórica, o princípio de acesso à justiça deve ser empregado em sua integralidade, a fim de alcançar seu real propósito: garantir a observância e a efetividade dos demais direitos dos quais a sociedade é titular. Ora, a Constituição

proclamou novos e incontáveis direitos individuais e coletivos, os quais esvaziavam-se de sentido sem mecanismos hábeis para sua proteção, em caso de inobservância, lesão ou ameaça de lesão.

Assim, o Estado – na figura do Poder Judiciário – avocou a responsabilidade de dizer o direito e preservá-lo. Contudo, para que o indivíduo tenha a faculdade de reivindicar esse poder-dever a seu favor, foi que a Constituição trouxe a garantia fundamental de acesso à justiça, sobre a qual CAPPELLETTI e GARTH (1988) explicam que é o instrumento por meio do qual os cidadãos podem postular o resguardo de um direito desrespeitado, bem como se valer do Poder Judiciário como intermediário de suas demandas, de modo que deve estar disponível a todos.

No entanto, ao examinar o direito fundamental objeto deste estudo, necessária se faz a compreensão de que sua essência vai muito além da simples inafastabilidade da jurisdição, isto é, ultrapassa a superficial garantia de viabilizar o direito de ação ao jurisdicionado, configurado em um acesso formal ao Judiciário. Uma tutela concretamente justa e específica, que prima pela efetividade do direito reclamado, é o que deveras consiste no cerne da garantia do acesso à justiça.

Ocorre que, inadvertidamente, os indivíduos têm enxergado o sistema judiciário como o único instrumento para ter seus direitos respeitados e satisfeitos. Nessa ótica, a sociedade tem levado à apreciação do Poder Judiciário todo e qualquer conflito surgido (LANÇANOVA, 2014, p. 154).

Logo, vê-se um cenário em que o crescente número de demandas supera a capacidade do Judiciário de entregar ao cidadão decisões justas e, muitas vezes, céleres, já que a estrutura desse sistema não acompanhou a evolução da sociedade e suas lides complexas.

Desta forma, o Poder Judiciário adotou uma postura paternalista, na medida em que se apresentava, a partir de então, como arrimo para a população desamparada pelos poderes

Executivo e Legislativo, ávida por alcançar o respeito e a concretização de seus direitos fundamentais.

Verificou-se, por conseguinte, o afogamento da máquina judiciária, acarretado pela intensa judicialização de direitos, além de questões sociais e políticas, impossibilitando, assim, o que a sociedade tanto almejava: uma justiça rápida e efetiva. Instala-se, portanto, a crise jurisdicional brasileira.

Inegável a fragilização institucional do Poder Judiciário, dada a sua gradativa perda da capacidade de absorver e tratar conflitos, isto é, o enfraquecimento do seu poder de formular a norma jurídica concreta que irá disciplinar a situação conflituosa e, conseqüentemente, fazer valer aquele regramento. Tal incapacidade gera grande desconforto aos jurisdicionados, provocando descrédito em uma instituição responsável por proporcionar aos cidadãos, não apenas a justiça, mas também segurança jurídica e harmonia social.

Isto posto, é forçoso concluir pela imprescindibilidade de uma readequação postural de tratamento dos conflitos pelo Poder Judiciário, visando à efetividade dos direitos fundamentais e à adequada resolução das demandas postas, mormente pela crucial distinção entre acesso institucional à justiça e acesso substancial à justiça, a seguir tratada, a fim de se atender ao genuíno espírito constitucional acima exposto.

Assim, nos últimos tempos, os debates sobre a crise do Judiciário destacam a urgente necessidade de reformulações na estrutura física, no quadro de pessoal, e sobretudo, mudanças de caráter político (SPENGLER, 2007, p. 144), já que as atuais relações sociais, com novas e complexas nuances, têm reclamado soluções mais céleres, efetivas e criativas.

Importa mencionar que a crise experimentada pelo Poder Judiciário pode ser trabalhada sob dois aspectos: (a) *crise de identidade*, referindo-se à inadequação da prestação jurisdicional, atual aliada à perda de clareza quanto ao papel judicial na jurisdição e à legislação defasada; (b) *crise de eficiência*, provocado

pelo elevado número de demandas a ele submetidas e sua incapacidade de dar a elas soluções adequadas, o que gera morosidade e descrédito do cidadão comum em relação à Justiça. Por fim, enfatiza-se que essa realidade enfrentada pelo Judiciário, o conduz a produção de meras respostas processuais, em lugar de tratamento adequado dos conflitos (SPENGLER, 2012, p. 20-21).

2. ACESSO INSTITUCIONAL À JUSTIÇA E ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA

Conforme já enunciado, o princípio do acesso à justiça apresenta-se como o alicerce para a concretização dos demais direitos fundamentais, sejam eles individuais, difusos ou coletivos.

Nesse sentido, é primordial entender que, apesar de uma garantia de eficácia imediata, mostra-se muito mais ampla que a ideia de direito de ação, isto é, não se trata tão-somente de uma aplicabilidade formal, de acesso à justiça enquanto instituição de poder jurisdicional, em que ao jurisdicionado é viabilizado o ingresso de pedidos perante o Poder Judiciário, sendo vedado à lei impor qualquer obstáculo ao seu exercício.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006) leciona que o propósito elementar da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional não está limitada ao acesso ao juízo, ocupando-se muito mais dos resultados a serem obtidos com o processo, na medida em que se busca a efetiva tutela dos interesses e direitos amparados pelo ordenamento jurídico, o que deveras configuraria o acesso à ordem jurídica justa.

Como se pode inferir, a mera salvaguarda de uma resposta judicial à demanda (não se pode dizer apenas ao conflito, eis que existem as ações de jurisdição voluntária, caracterizadas pela inexistência de um litígio), não configura o amplo acesso ao direito fundamental aqui defendido. O que se pretende é uma resposta/solução justa e efetiva que assegure o direito violado ou ameaçado.

Consoante os ensinamentos de MARINONI (1999, p. 218), o direito constitucionalmente garantido de acesso à justiça não pode ser reduzido à uma mera resposta jurisdicional, eis que esta não se mostra, isoladamente, hábil a acautelar as demais garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Importa, todavia, que o Poder Judiciário tenha à sua disposição instrumentos processuais aptos à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, ao Estado-juiz cabe, por via do poder jurisdicional de que é investido, a habilidade de “produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos. Refere-se aqui, a utilidade das decisões” (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 57).

Por esta razão, absolutamente pertinente a reflexão proposta por Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler (2008), no sentido de que razões econômicas, culturais e sociais não podem se apresentar como óbices à prestação jurisdicional do indivíduo. De igual modo, Fabiana Spengler e Theobaldo Spengler (2011), ao afirmam que a extemporaneidade da resposta judicial configuraria uma solução inadequada do conflito.

O primeiro questionamento diz respeito ao acesso institucional à justiça, posto que não se nega a necessidade de rompimento dos entraves formais e burocráticos de acesso ao Judiciário, em especial no que diz respeito aos aspectos econômicos e culturais. Contudo, já se tem observado “ondas” de movimentos processuais no sentido de superar tais problemáticas.

Por não ser este o enfoque principal desta pesquisa, basta sua simples menção, quais sejam: assistência judiciária e justiça gratuita aos hipossuficientes econômicos (em que as despesas processuais e com honorários é suportada pelo Estado); representação jurídica adequada dos interesses difusos; ampliação do enfoque do acesso à justiça (novos mecanismos para que os novos direitos sejam exequíveis).

Quanto à segunda inquietação, interessa uma maior atenção, uma vez que se relaciona ao acesso à justiça em sua perspectiva

substancial, medular, isto é, no que diz respeito à utilidade das decisões. Assim, entende-se que, a fim de que uma decisão seja, de fato, justa e efetiva, produzindo os resultados esperados, ela deve, indispensavelmente, apresentar-se adequada e tempestiva.

Sob a ótica de Eduardo Silva Luz (2018), a garantia de acesso à justiça é melhor interpretada sob a perspectiva substancial, quando oferece a possibilidade de acesso à uma ordem jurídica tempestiva e, conseqüentemente, adequada e efetiva.

A complexidade das relações sociais, hodiernamente, impõe ao julgador uma análise minuciosa das peculiaridades de cada lide, nem sempre sendo possível admitir a aplicação de uma “fórmula matemática”, capaz de solucionar, de uma só vez, todos os conflitos que envolvem o mesmo direito pleiteado, já que cada indivíduo pode ter sido lesado de modo diverso.

Destarte, uma solução jurídica adequada trata-se daquela que levou em consideração a singularidade da relação entre as partes e a estrutura do litígio posto, a fim de conferir um resultado qualificado à demanda.

No que tange à tempestividade da atuação jurisdicional, esta não se apresenta menos significativa e relevante. Ora, uma decisão justa e adequada, ofertada a destempo, mostra-se completamente ineficaz, uma vez que desprovida de propósito e utilidade.

A título exemplificativo, poder-se-ia citar uma ação de obrigação de fazer com a finalidade de se obter do Estado uma medicação fundamental à manutenção da vida do autor cuja decisão seja proferida após o seu falecimento.

Por fim, Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21) entendem, com base nessa disposição legal, que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Destarte, vê-se que o acesso à justiça qualitativamente respeitado não é apenas um direito fundamental constitucionalmente reconhecido, mas um importante

instrumento para a concretização dos demais direitos, assim como um dos verdadeiros alicerces do poder jurisdicional.

Por outro lado, a ausência de equilíbrio será sempre o estopim para problemas maiores. No caso da crise jurisdicional, a possibilidade de acesso amplo à justiça acarretou, seja em decorrência da cultura, seja pelo monopólio da jurisdição pelo Estado, uma explosão de litigiosidade que tem abarrotado os tribunais e atravancado a máquina judiciária. Este é o assunto adiante desenvolvido.

3. O ACESSO À JUSTIÇA, A “CULTURA DO LITÍGIO” E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

José Renato Nalini (2008) expressa inegável constatação, intrinsecamente relacionada à crise jurisdicional atualmente experimentada no Brasil, no sentido de que, no século passado, a tradição do fio de barba era a regra, ou seja, a palavra empenhada bastava para que acordos fossem cumpridos e era sinônimo de honradez saber resolver os conflitos, autonomamente, sem recorrer ao Poder Judiciário. Segundo o autor, essa cultura foi paulatinamente substituída pelo comportamento a que ele denomina “demandismo”²³⁵.

“Demandismo”, em outras palavras, pode ser entendido como uma “cultura do litígio”, “cultura da judicialidade”, “cultura da judicialização”, enfim. Termos criados para denominar um fenômeno crescente que deságua em uma explosão de litigiosidade, abarrotando os tribunais pátrios com as mais diversas categorias de demandas.

O ser humano perdeu a capacidade de lidar com os conflitos naturalmente existentes na vida em sociedade, a aptidão de escutar as razões alheias, de enxergar o outro, de dialogar, de construir soluções que atendam os interesses de ambos, de confiar e ser digno de confiança. O indivíduo perdeu sua sensibilidade, empatia e compaixão.

Diante disso, a nova tendência é a judicialização de interesses contrapostos, transferindo, em prol de uma ilusória segurança, a terceiro imparcial – o Estado-juiz – a prerrogativa de dar uma resposta justa à demanda, decisão esta revestida de um caráter de adversariedade, em que existe um perdedor e um ganhador (será mesmo que ele existe?), quando se poderia, mediante um diálogo transparente e mediado, chegar-se a novos caminhos, com ambas as partes vencedoras. Eis a “cultura do litígio” arraigada na sociedade atual.

Ademais, a garantia de acesso à Justiça, aliada às novas categorias de direitos (difusos, coletivos etc) e seus respectivos sujeitos, permitiu que as demandas sociais, antes deduzidas na seara política, migrassem para o campo jurídico, com respostas jurisdicionais. Inevitavelmente, tal litigiosidade desenvolve-se não apenas qualitativamente, ela explode quantitativamente, “realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla” (SPENGLER, 2014, p. 26).

Há uma falsa ideia disseminada de que a cidadania apenas será exercida em sua plenitude, quando litigar for possível, obtendo-se a garantia da venerada segurança jurídica ofertada pelo Estado-juiz a todos que dele se socorrerem em busca de justiça. Para tanto, o juiz, detentor do “superpoder” de solucionar todos os conflitos (dos mais fúteis aos mais complexos), se valerá de fórmulas jurídicas, firmadas na letra fria da lei, sem qualquer empatia à origem real da lide²³⁶.

Essa ausência de desenvolvimento de uma cultura de paz transmite a imagem de que os meios alternativos para a solução das demandas são frágeis e não tão eficazes quanto a via jurisdicional. Falta ao povo a tão almejada segurança em resultados satisfatórios, demonstrando uma imensa incoerência ante o tamanho descontentamento vivido com a morosidade e ineficácia da jurisdição, que se encontra em crise.

Eduardo Silva Luz (2018) afirma que ainda impera certa desconfiança, beirando o preconceito, quanto à concepção de

consenso, quase sempre equiparado à derrota (evocando, mais uma vez, noção ganhador-perdedor), acarretando uma sobrecarga à máquina judiciária, uma vez que a judicialização das demandas é vista como a garantia de satisfação.

Ingeborb Maus (2000, p. 85) assemelha a cultura de litigiosidade a uma “veneração religiosa”, na medida em que, na busca por segurança, os jurisdicionados abrem mão de sua autonomia (para decidir e construir soluções criativas para seus problemas) e submetem-se à última palavra do Poder Judiciário, como uma espécie de deus.

Lamentavelmente, a insatisfação dos litigantes com o resultado da demanda, muitas vezes, é latente, eis que o juiz, respaldado nos textos legais e alheio aos sentimentos intrínsecos do conflito, nem sempre corresponde à expectativa de justiça desde sempre alimentada pelos jurisdicionados (RIGON; WUST, 2013), acarretando um crescente desgaste e descrédito em relação ao monopólio da Jurisdição, incapaz de conferir respostas efetivas, céleres e adequadas.

A crise jurisdicional tem suscitado uma considerável perda de soberania do Estado-juiz, rompendo com a paz social, antes fundamentada na segurança jurídica de uma Jurisdição apta a solucionar conflitos de modo satisfatório.

Forçoso é resgatar a harmonia das relações sociais. Para tanto, “deve-se alargar o conceito de acesso à justiça, que passa a compreender assim os meios alternativos, que atualmente se inserem em um amplo quadro de política judicial” (LUZ, 2018, p. 83).

Não obstante, faz-se necessária uma análise prévia dos contornos da tão almejada e idolatrada segurança jurídica, que, atualmente, mais parece uma grave utopia jurisdicional.

Em vista disso, passa-se a estudar as alternativas jurisdicionais para a resolução de conflitos, visando apurar a eficácia de um tratamento adequado à natureza da demanda apresentada, e a

viabilidade de uma conseqüente desjudicialização de conflitos e desafogamento da máquina judicial.

4. A INEGÁVEL EXISTÊNCIA DO CONFLITO

O estudo do conceito de “conflito”, despido do viés axiológico, demonstra-se essencial para o entendimento de sua funcionalidade no campo social, bem como é capaz de demonstrar a desnecessidade e, até mesmo, a impossibilidade de sua eliminação.

Sobre a axiologia do conflito, há, porém, divergências entre os teóricos. Há quem o considere uma patologia social, carente de repressão, como Spencer, Durkheim, Pareto, Talcott e Parsons. Já Marx, Mill, Simmel, Dahrendorf e Touraine, *v.g.*, defendem que é parte integrante da vida em sociedade, de vital importância para avanços e mudanças (2011, p. 41). De outro lado, Chantal Mouffe apresenta uma nova perspectiva das relações conflituosas, defendendo a irradicabilidade do antagonismo, o qual, no entanto, pode ser transformado em agonismo, cujos aspectos abordar-se-á a seguir.

O conflito é inerente ao campo social, inevitável no contexto da convivência em sociedade, o que confirma sua inevitabilidade e a afirmação de que é um mero conceito. Não é algo “bom” ou “ruim”, mas, sim, ao menos inicialmente, axiologicamente neutro. Até porque a experiência social não é homogênea ou unívoca, nem dispõe o indivíduo a apenas um tipo de conduta; é, sim, naturalmente contraditória e conflituosa. A “dinâmica conflitiva” demonstra que o conflito pode ser tanto positivo quanto negativo. A valoração de suas conseqüências dar-se-á pela legitimidade das causas que se pretende defender (SIMMEL, 1983, p. 124).

Nesse sentido, é que a teoria do conflito originou uma nova discussão acerca dos próprios fundamentos da ordem social, pois pretende questionar, novamente, a visão estrutural-funcionalista dominante, que se volta a justificar (mais ou menos ideologicamente) “[...] um sistema social atravessado pelo poder e

que pretende funcionar unicamente pelo consenso” (BIRNBAUM, 1995, 249).

Diante disso, não se deveria investigar as formas de eliminação do conflito, mas, sim, indagar quais os objetivos e desejos das pessoas envolvidas. Esse questionamento demanda, todavia, a compreensão do conflito como fato psicológico, social, político e jurídico. A natureza biopsicológica individual nasce com cada ser humano, trazendo signos hereditários e determinando características fisiológicas, psíquicas e de temperamento.

O que normalmente se nomeia “conflito de desejos” tem características análogas ao “conflito entre crenças”, pois o choque entre os desejos surge a partir de questões contingentes de fato. Em um conflito, é impossível que ambos desejos sejam satisfeitos, somente sendo possível imaginar um “estado de coisas” no qual as partes poderiam se conformar. Os ressentimentos resultantes dos conflitos, porém, são experiências motivacionais que ditam o curso de ação que se deve tomar (WILLIAMS, 1976, p. 167-174).

A personalidade do indivíduo é desenvolvida pela influência de sua herança biopsíquica e de sua herança social. Essa confluência produz seres singulares, o que enriquece o campo social por meio da heterogeneidade social, que pode gerar antagonismos e, conseqüentemente, a instabilidade, o rompimento de vínculos, e outras modificações nas relações sociais, decorrentes dos conflitos.

As especificidades de cada indivíduo produzem as demandas e a agregação em grupos sociais. Essas resultarão nas discussões a serem travadas na esfera pública. Os antagonismos, além de inevitáveis, são indispensáveis para o jogo democrático.

É nesse contexto, que se pretende analisar a teoria cunhada pela cientista política Chantal Mouffe, que defende um novo modelo de política democrática, fundamentada no denominado “pluralismo agonístico”.

5. O PLURALISMO AGONÍSTICO DE CHANTAL MOUFFE

Nas palavras de Chantal (2003, p. 11), “[...] ao contrário do que hoje é comumente tido como certo, é um equívoco acreditar que uma ‘boa sociedade’ é aquela na qual os antagonismos foram erradicados e onde o modelo adversarial de política se tornou obsoleto”.

Essa é a base para o novo modelo democrático defendido pela autora, segundo qual o conflito e a diversidade são vistos pela perspectiva da impossibilidade de sua superação, uma vez que a neutralidade política, além de ser utópica, conduz o conflito para outros campos, especialmente o jurídico, relegando ao Judiciário a última palavra acerca de temas que deveriam ser discutidos e “solucionados” no âmbito da política (MOUFFE, 2003, p. 18).

Nesse contexto, a cientista destaca o crescente domínio do Poder Judiciário e o enfraquecimento da política democrática, em razão da tão apregoada, porém inviável, sociedade do consenso:

It is also in the context of the weakening of the democratic political public sphere where an agonistic confrontation could take place that the increasing dominance of the juridical level should be understood. Given the growing impossibility of envisaging the problems of society in a properly political way, there is a marked tendency to privilege the juridical field and to expect the law to provide the solutions to all types of conflict. The juridical sphere is becoming the terrain where social conflicts can find a form of expression, and the legal system is seen as responsible for organizing human coexistence and for regulating social relations. [...] liberal democratic societies have lost the capacity to symbolically order social relations in a political way and to give form to the decisions they have to face through political discourses. The current hegemony of juridical discourse is defended and theorized by people like Ronald Dworkin, who asserts the primacy of the independent judiciary, presented as the interpreter of the political morality of a community. According to Dworkin, the fundamental questions facing a political community in the fields of unemployment, education, censorship, freedom of association, and so forth, are better resolved by the judges, providing that they interpret the constitution by reference to the principle of political

equality. Very little is left for the political arena (MOUFFE: 2000, p. 115-116).

É lamentável constatar que temas sociais tão relevantes como educação, saúde, emprego/desemprego, relações contratuais, liberdade, dentre tantos outros, sobre os quais a sociedade normalmente depositaria suas esperanças e anseios em seus governantes, tem sido alvo de omissão política. Digo omissão, uma vez que, sob o ideal de um falso consenso, muitos debates têm sido transferidos para o âmbito legal.

Assim, nota-se uma crescente e patológica concentração de poder decisório sobre o Judiciário, gerando um emperramento da máquina judiciária, incapaz de lidar com a demanda por garantias aos direitos fundamentais e sociais. É o que Jovino Pizzi (2017) chama de “inflacionismo da judicialização”.

Em decorrência desse crescente domínio do Judiciário sobre questões primariamente políticas, John Rawls rotula a suprema corte de “livre exercício da razão política”, enquanto Ronald Dworkin enxerga o Judiciário como “intérprete da moralidade política de uma comunidade” (MOUFFE, 2003, p. 18).

Ora, a democracia “agonística” depende da aceitação de que o conflito e a divisão são inerentes à política, e que não há lugar para a reconciliação por meio da plena realização da unidade. A democracia pluralista é, assim, paradoxal: não pode ser “perfeitamente instanciada”, pois o conflito é sua condição de possibilidade, ao mesmo tempo em que é condição de impossibilidade de sua perfeita implementação (MOUFFE, 2000).

Hans Kelsen explica que faz parte do processo dialético a constante tensão entre minorias e majorias, entre governo e oposição, sempre na busca de seus interesses, podendo-se afirmar que democracia é discussão (2000).

Desse modo, em uma democracia “agonística”, o consenso não pode ser “artificial”, mas, necessariamente, resultante do conflito entre indivíduos, grupos e seus representantes, de forma que sua eliminação comprometeria, irremediavelmente, os mecanismos

democráticos, mesmo porque silenciaria as “vozes dissidentes”, sendo a diferença “a condição da possibilidade de constituir a unidade e a totalidade” (MOUFFE, 2003, p. 19).

Seguindo essa lógica, Mouffe ensina, em mais de uma oportunidade, que, na democracia pluralista, o objetivo é transformar o antagonismo em agonismo, isto é, as partes envolvidas no conflito não devem mais se encontrar numa relação amigo/inimigo, mas sim em uma relação com um adversário legítimo, em que ambos reconhecem reciprocamente o direito de ambos de defender as próprias ideias, em que pesem não concordarem entre si, a não ser quanto aos princípios ético-políticos da democracia: igualdade e liberdade (MOUFFE, 2005).

Assim, as partes discordantes não almejam a destruição de seu adversário, antes toleram suas divergências, em patente reconhecimento da liberdade de posicionamento do outro e da legitimidade de cada um na disputa das identidades e interesses no jogo democrático, possibilitando, desta forma, consensos e acordos temporários.

A democracia pluralista defendida por Chantal depende da subsistência de identidades coletivas, diferentes entre si, com posições divergentes, na medida em que seja possível a coexistência das mais diversas e conflitantes interpretações dos mencionados princípios ético-políticos (MOUFFE, 2003).

Na verdade, para Mouffe, a democracia é caracterizada pela institucionalização, isto é, criação de instituições que possibilitem a manifestação dos diferentes pontos de vista e oportunizem o dissenso, em decorrência das diversas posições irreconciliáveis e da impossibilidade da erradicação do conflito. É o que ela chama de “domesticação do dissenso”²³⁷:

Para a autora, toda identidade coletiva implica a existência do outro, não se podendo pensar em “nós” sem o “eles”. E é nesse ambiente de diversidade da relação nós/eles, que é possível identificar as aspirações variadas, capazes de despertar os embates

políticos, visando resolver os interesses conflitantes, de forma que preserve a comunidade.

A dificuldade encontrada pela cultura da democracia liberal em relação à identidade coletiva é a de que somente podemos conviver com o indivíduo que tem pensamentos e posicionamentos semelhantes aos nossos. Assim, ideais diferentes despertam, muitas vezes, comportamentos violentos, sendo contrário à multiplicidade de identidades. O pluralismo, por sua vez, prega a alteridade e a celebração de diferenças, valorizando a diversidade e o dissenso, aceitando que a identidade de um se afirma na identidade do outro, o que leva ao reconhecimento da legitimidade de seu adversário em defender sua posição (MOUFFE, 2003).

Mouffe defende que é impossível pensar na política sem pensar no dissenso e nos interesses rivais, logo não se deve cogitar a superação dessa distinção nós/eles, mas compatibilizá-la com a democracia pluralista, afinal, a política pode ser perfeitamente definida como o território para embates e antagonismos, na busca por organizar a coexistência humana (MOUFFE, 1999, p. 77).

A teoria de “pluralismo agonístico” ainda abarca a ideia, contrária ao liberalismo e a democracia deliberativa (adeptos de um consenso racional), de que o poder e a hegemonia não podem ser neutralizados pela razão. A autora demonstra que a paixão faz parte do jogo de interesses da democracia pluralista, pois, segundo ela, diferentemente da “democracia deliberativa”, o modelo de “pluralismo agonístico”, assegura que a tarefa prioritária da política democrática é “mobilizar aquelas paixões em direção à promoção do desígnio democrático. Longe de pôr em perigo a democracia, a confrontação agonística é sua condição de existência” (MOUFFE, 2003, p. 16).

Mouffe deixa claro que, no cenário da democracia liberal, os interesses políticos são racionais e não podem estar maculados pelas paixões, podendo, quando muito, sofrer as influências da moralidade, posicionamento com o qual a democracia “agonística” não coaduna.

Enfim, como podemos verificar, não se trata de não ser interessante ou prejudicial a eliminação do conflito; o que se constata é a impossibilidade real, eis que ele não é erradicado por completo. Na verdade, apenas se mascara, já que se transfere o conflito da seara política para outros campos. Assim, é de suma importância uma democracia dinâmica, em que são fomentados debates agonísticos, possibilitando verdadeiras soluções para as demandas sociais.

6. A IMPOSSIBILIDADE DE ELIMINAÇÃO DO CONFLITO E A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE MENTALIDADE

Como já dito, observa-se que a avalanche de demandas intermináveis, que vêm abarrotando o Poder Judiciário (incapaz de dar vazão às controvérsias sob sua apreciação), bem como causando a morosidade e ausência de produtividade judicial, se deve a uma cultura conhecida como “cultura do litígio”, não somente desenvolvida a partir da Constituição Federal de 1988, mediante o reconhecimento do direito de acesso à Justiça, mas também a uma cultura política que apregoa a eliminação total do dissenso e dos antagonismos.

Pode-se falar em uma inversão de valores, já que esta cultura adversarial é recente e diametralmente oposta ao que prevalecia no início do século em nosso país. Décadas atrás, o Poder Judiciário representava a última trincheira para aqueles que enfrentavam um dissenso. As partes envolvidas eram capazes de dialogar, transigir e construir soluções éticas e viáveis. Valendo-se da expressão criada por José Roberto Nalini (2008, p. 107), podemos afirmar que o brasileiro, assim como a política democrática, foi acometida pelo *demandismo*.

Esse *demandismo* é a essência da cultura de litigância que impera nas relações sociais. O resultado é um acúmulo de papéis pelo Judiciário, o qual não consegue desempenhar com excelência sua função precípua, eis que, para dar conta do excessivo volume de trabalho, mostra-se indiferente à essência da Justiça, deixando-

se de lado o cerne de cada conflito, o que gera total insegurança jurídica aos cidadãos e instaura mais uma faceta da crise do Poder Judiciário.

7. O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS E A CONSEQUENTE DESJUDICIALIZAÇÃO

Alguns dos motivos que provoca grande descrédito à função jurisdicional exercida pelo Estado estão relacionados à desconexão do conteúdo das decisões proferidas nos autos dos processos judiciais e a complexidade dos conflitos ali discutidos, isto é, a grande maioria das soluções apresentadas mostram-se insuficientes ou inadequadas às relações afligidas pelas demandas.

Frente a isso, tornam-se de difícil cumprimento, seja pelo desinteresse da parte condenada, seja pela inviabilidade de alcançar seu real objetivo. Nestes casos, NALINi (2008, p. 18) considera que as lides receberam apenas respostas processuais que não alcançam “o cerne do conflito que a elas deu origem”.

Algo que precisa inegavelmente ser entendido, em primeiro lugar, é que o conflito é um fenômeno inerente à vida em sociedade, não devendo ser eliminado, e sim transformado de forma positiva, já que muitos avanços somente foram possíveis em razão de divergências de posicionamentos.

Em segundo lugar e tendo consolidada a ideia de que o conflito não deve ser extinto, mostra-se imprescindível que fique clara que a função do Direito não é tão somente nortear condutas a fim de se obter o mínimo de civilidade e harmonia social, mas de igual modo gerir e possibilitar a efetiva solução das demandas surgidas na vida em sociedade; o que não significa que toda e qualquer resposta deva obrigatoriamente ser produzida em âmbito processual pelo Poder Judiciário.

É sob esta perspectiva que grandes processualistas defendem que o termo correto para outras técnicas de resolução de litígios seria “meios adequados”, ao invés de “meios alternativos”, exemplo de Kazuo Watanabe (2014, p. 37): “Não será mais apropriado

referir-se à mediação e à conciliação como mecanismos ‘alternativos’ à solução sentencial, devendo ser consideradas como meios ‘adequados’ de resolução de controvérsias”.

Imprescindível se mostra a discussão e a busca de métodos que tragam soluções de qualidade às relações conflituosas, não apenas efetivas, mas igualmente céleres e adequadas, a fim de que não se entregue ao jurisdicionado uma resposta justa a destempo, o que a converte em injusta e inadequada.

Nesse sentido, despontam os mecanismos de tratamento adequado dos conflitos, sendo que os principais visam, inclusive, resgatar a autonomia e capacidade dos indivíduos em construir, consensualmente, soluções criativas e, acima de tudo, qualitativamente efetivas para suas lides.

Quando se alude ao tratamento processual das demandas, alguns autores relatam a existência de uma “litigiosidade remanescente” após a promulgação da sentença, em decorrência de uma bagagem emocional negativa gerada antes e durante a relação processual no tocante à parte contrária (MENDES, 2014).

Ademais, não se pode esquecer que a principal preocupação deve ser a manutenção ou restauração dos vínculos preexistentes entre as partes. Sendo assim, um desfecho processual tem o condão de enfraquecer ou romper definitivamente o relacionamento das partes, a depender do tratamento dado ao conflito.

Destarte, um tratamento adequado terá como um dos objetivos a restauração de laços e a transformação da perspectiva amigo/inimigo para a ótica adversarial (MOUFFE, 2005), possibilitando aos indivíduos reconhecerem-se como oponentes legítimos, cada qual defensor de seu direito/interesse, contudo, havendo a possibilidade de construir soluções viáveis e interessantes a ambos. Evita-se, assim, que a conflituosidade se acentue e prejudique demasiadamente relações que deveriam continuar.

Quanto aos métodos de tratamento referidos, Fabiana Spengler (2014) faz menção à mediação e à conciliação no sentido de elucidar que o principal intuito não é conferir celeridade processual e desafogar o judiciário, mas conferir qualidade ao tratamento das demandas, isto é, proporciona a produção de respostas pelos próprios conflitantes (ou e conjunto com eles) a contento de seus interesses e, mais, sem o rompimento dos vínculos relacionais anteriormente existentes.

Continuando este raciocínio, Fabiana Spengler (2014, p. 75) demonstra qual seria o principal proveito: “Em se tratando de ‘desafogar o judiciário’, talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou a Central de Mediação na forma de um novo conflito”²³⁸.

Devemos compreender que as cortes judiciais não são as únicas ferramentas colocadas à nossa disposição para tratar os conflitos que constantemente surgem e surgirão. Desta forma, a criação e adoção de métodos adequados terão efeitos positivos no que tange à pacificação social. Em decorrência disso, processualistas modernos têm a importante função de investigar, de modo interdisciplinar, os impactos de cada mecanismo de solução de litígios, até mesmo buscando em outras culturas aquilo que teve êxito e adaptar à nossa realidade.

Assim, interessante se mostra para esta pesquisa uma breve análise do sistema americano denominado *Multi-door Courthouse System*, também conhecido como “tribunal multiportas”, dentre outras expressões utilizadas no Brasil.

8. O MODELO MULTIORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (“MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM”)

Foi inserido no direito brasileiro pelo art. 165 do Código de Processo Civil de 2015 um sistema semelhante ao modelo do tribunal multiportas americano, também conhecido no Brasil

como CEJUSC (Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflito). Referido modelo trata-se de uma estrutura que funciona dentro do Poder Judiciário, entretanto possibilita a solução das demandas sem a intervenção de um magistrado²³⁹.

Tal determinação adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 foi, então, devidamente regulamentada pela Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe a respeito da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, o art. 1º, *caput*²⁴⁰, da aludida resolução, estampa o objetivo principal da Política Judiciária Nacional implantada pelo CNJ, que em muito se assemelha ao sistema multiportas americano, o qual será melhor detalhado adiante. Convém, portanto, explorar um pouco mais acerca de tão importante sistema, de origem americana e autoria de Frank Sanders, o qual remonta meados da década de 70: o *Multi-door Courthouse System*.

Em 1976, durante uma palestra ministrada na *Pound Conference* (cuja discussão principal eram os obstáculos ao direito de acesso à justiça), o Professor de Direito de Harvard, Frank Ernest Arnold Sander, fez menção a estudos que vinha desenvolvendo, através dos quais propunha um novo modelo de tratamento de conflitos, originalmente denominado de *Comprehensive Justice Center* (Centro Abrangente de Justiça) (CRESPO, 2012).

Na ocasião, Sander (1976) expressou seu desconforto em relação à mentalidade predominante não apenas na sociedade em geral, mas especialmente na comunidade jurídica, de que os tribunais têm a função natural e precípua de solucionar problemas, o que gera a ineficácia do Poder Judiciário frente ao volume de demandas:

We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only –

dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to “solve” racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential there fore to examine other alternatives.²⁴¹

Pertinente, portanto, a afirmação de Luís Alberto Gómez Araújo (1999, *apud* SANTOS, 2014, p. 49) acerca da relação entre a necessidade de meios “alternativos” de resolução de conflitos e a crise da Jurisdição: “[...] necessária uma crise no sistema de administração de justiça latino-americano, para começarmos a pensar em desenvolver na sociedade sua capacidade de resolver seus próprios problemas sem precisar recorrer às vias judiciais”.

Diante disso, Frank Sander evidenciou a impreterível necessidade de se buscar, criar ou resgatar, outras ferramentas para resolução de conflitos, recomendando, assim, a adoção de um sistema que disponibilize às partes diversas formas de processamento do conflito, às quais ele chamou de “portas”; por isso, o nome Tribunal Multi-Portas (*Multi-door Courthouse*), que haveria a figura de um gestor de conflitos, responsável por conduzir as partes ao procedimento mais adequado (CRESPO, 2012).

O modelo proposto não exclui o tratamento jurisdicional das demandas (processo judicial), o qual convive de forma harmoniosa e articulada com outras técnicas (portas) à disposição das partes, baseando-se no princípio da adaptabilidade, “segundo o qual o procedimento há de aperfeiçoar as particularidades de cada litígio” (BARBOSA, 2003, p. 248).

Ricardo Goretti Santos (2014, p. 69) completa: “os conflitos humanos são particulares (únicos, irrepetíveis e concretos), motivo pelo qual sempre demandarão tratamentos não generalizantes”.

Nesse sentido, Frank Sander preocupava-se com a imprescindibilidade de uma taxonomia que, de certa forma, conferisse diretrizes, isto é, critérios ao gestor do conflito na função de encaminhamento das partes ao método mais adequado.

Ademais, tais critérios são fundamentais às demais instituições operadoras do direito (escritórios de advocacia, promotorias de Justiça, defensorias públicas, núcleos de prática jurídica das universidades, PROCON's, dentre outras), na medida em que são, de igual modo, responsáveis por assistir os cidadãos nesse processo de escolha, atuando como coadjuvantes nesse democrático processo que viabiliza o efetivo acesso à justiça (CRESPO, 2012).

Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 205) destaca a ausência dessa taxonomia para a realização da triagem, o que leva os gestores a utilizarem “seus próprios critérios, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

Conforme se pode observar, há inúmeros métodos passíveis de serem adotados pelas partes a fim de solucionarem suas demandas. No entanto, igualmente é possível afirmar que modelo multiportas tem o condão não só de solucionar conflitos, mas também de prevenir que eles ocorram²⁴².

Desta maneira, passa-se a uma breve abordagem dos principais métodos utilizados em um sistema de corte multiportas. Ressalta-se que não se aprofundará em cada um deles, eis que a presente pesquisa tem enfoque principal em somente um deles: a mediação.

Convém, ainda, mencionar que cada tribunal multiportas não é obrigado a disponibilizar todas as espécies de procedimentos e técnicas existentes, mas apenas aquelas compatíveis com as particularidades da região. Nessa ótica, podemos apontar alguns exemplos de “portas”, classificando-os da seguinte forma:

I – ANTES DE CARACTERIZAR O CONFLITO (SANTOS, 2014, p. 64)

a) Orientação individual: visa proporcionar orientação jurídica ao indivíduo quanto a direitos e deveres de que tenha dúvidas, sem que o conflito já tenha se instalado.

b) Orientação coletiva: tem o mesmo sentido da orientação individual, porém ocorre no caso de a orientação jurídica abranger uma coletividade de pessoas.

II – VIA CONSULTIVA

a) Avaliação preliminar neutra (early neutral evaluation): trata-se de um parecer oral, não vinculativo, emitido por um jurista designado, emitido após avaliar os argumentos e provas das partes envolvidas no conflito. Muito útil quando associada a outros métodos, especialmente de autocomposição (GONÇALVES, V. J. C., 2011).

b) Summary jury Trial (GONÇALVES, V. J. C., 2011; SPENGLER; GIMENEZ, 2015): configura uma espécie de júri simulado, ao qual é exposto, de forma sumária, o conflito, bem como as teses e provas das partes, obtendo-se um veredito de cunho opinativo, com a finalidade de estimular um acordo entre as partes. Destaca-se o corpo de jurado é escolhido dentro do júri oficial, sem que seja informado de seu papel consultivo.

c) Ombudsman (ouvidor) (GONÇALVES, V. J. C., 2011; SPENGLER; GIMENEZ, 2015): é uma pessoa constituída por uma instituição com a função de investigar situações que surgem naquele ambiente, a fim de prevenir ou facilitar a resolução de litígios, seja entre clientes e a instituição, ou entre os empregados e a instituição empregadora. Sua atuação não tem caráter vinculativo, apenas tem o condão de sugerir soluções ou mudanças necessárias.

d) Mini-trial: assemelha-se com a avaliação preliminar neutra, contudo é realizada no âmbito privado, normalmente por um advogado especialista no ramo do conflito, que expressa sua opinião acerca do resultado em um eventual processo judicial. Após o parecer, as partes voltam às negociações, podendo, inclusive, contar com o auxílio deste consultor neutro (GONÇALVES, V. J. C., 2011).

III – VIA ADMINISTRATIVA

a) Serventia extrajudicial: quando os conflitos puderem ser dirimidos através da atuação de cartórios extrajudiciais, como é o caso de inventários e divórcios consensuais, que não envolvem indivíduos incapazes, com fulcro na Lei nº. 11.441/2007.

IV – VIA AUTOCOMPOSITIVA

a) Negociação direta (SANTOS, 2014): possível em casos que envolvam direitos disponíveis, em que as partes não necessitem da intervenção de um terceiro para conduzir as tratativas a uma solução amigável.

b) Negociação assistida (SANTOS, 2014): também utilizada em casos de direitos disponíveis, porém em que a comunicação entre as partes esteja fragilizada, demandando o auxílio de um terceiro para facilitar o diálogo amistoso e a resolução amigável do conflito.

c) Collaborative Law (direito colaborador) (SPENGLER; GIMENEZ, 2015): novidade entre as técnicas consensuais de resolução de conflitos. Caracteriza-se por um acordo extrajudicial realizado no curso de um divórcio, em que as partes deliberadamente trocam informações financeiras a fim de facilitar a tomada de decisões referentes à partilha de bens.

d) Parenting coordination (coordenação familiar): também se trata de uma nova ferramenta desenvolvida. É utilizada em conflitos de guarda de filhos, a fim de auxiliar os pais a manterem vínculos parentais saudáveis com os filhos, mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, visando evitar a ocorrência de alienação parental e outros impactos negativos sobre a vida da criança e/ou adolescente. No Brasil, o CNJ desenvolveu um projeto semelhante, denominado "Oficina de Parentalidade" ou "Oficina de Pais e Filhos"²⁴³.

e) Conciliação: o terceiro imparcial aqui tem a função de auxiliar as partes na obtenção de uma solução para a controvérsia enfrentada. Em que pese o conciliador não possa impor qualquer decisão, tem papel mais ativo que a do mediador, tendo liberdade para apresentar propostas de acordo e a ajustá-las em conjunto com as partes. Somente é possível em casos de direitos disponíveis. Fala-se, ainda, de aplicação em relações circunstanciais, caracterizada pela inexistência de vínculos anteriores, que "torna desnecessária a realização de um trabalho de preservação do diálogo e da convivência entre os envolvidos" (SANTOS, 2014, p. 66).

f) Mediação: diferente da conciliação, o mediador apresenta-se apenas como facilitador do processo de comunicação entre as partes para que estas construam a composição amigável da lide, não lhe sendo possível sugerir soluções. Ademais, a mediação caracteriza-se por ter como principal objetivo manter ou restabelecer vínculos pré-existentes entre os litigantes, além de prevenir controvérsias futuras. Ou seja, importa, aqui, a resolução do conflito aliado ao fortalecimento das relações e do diálogo. Sobre este método será melhor abordado no item 1.2.4.

V – VIA HETEROCOMPOSITIVA:

a) Arbitragem: a decisão acerca da solução do litígio, denominada sentença arbitral, é atribuída a um terceiro imparcial (árbitro ou Câmara Arbitral), no âmbito privado, fazendo as vezes do Estado; portanto, a autoridade da sentença arbitral equivale à da sentença judicial, isto é, título executivo judicial. As partes têm liberdade de escolha da pessoa do árbitro ou Câmara Arbitral, bem como das regras do procedimento arbitral, através de cláusula compromissória e compromisso arbitral firmados em contrato antecedente, sendo que se recomenda a escolha de um árbitro com conhecimento técnico acerca do objeto da demanda. Pode ser usada em conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e são garantidos maior celeridade e sigilo na resolução da controvérsia.

b) Adjudicação individual e coletiva: nada mais é do que o tradicional processo judicial, em que as partes transferem ao Estado, representado pela figura do juiz, a prerrogativa de solucionar o conflito, mediante uma decisão coercitiva. Tem natureza contenciosa, podendo se afirmar que se trata de um modelo “ganha-perde”.

VI – PROCESSOS HÍBRIDOS:

a) Med-arb ou arb-med: trata-se do procedimento em que se executa um dos métodos e, em caso de falha, realiza-se o outro. No primeiro caso, faz-se a tentativa de mediação, que se frustrada, dá lugar à arbitragem, destacando-se que o mesmo terceiro imparcial opera tanto como mediador quanto como árbitro. No segundo caso, inicia-se com o procedimento da arbitragem, sendo que, antes de ser divulgada a sentença arbitral às partes, faz-se a tentativa de mediação do conflito (SPENGLER; GIMENEZ, 2015).

Vê-se, destarte, que são disponibilizadas incontáveis ferramentas aos jurisdicionados – eis que não se trata de rol taxativo –, no intento de que a conclusão do procedimento leve as partes a um resultado justo, efetivo e satisfatório, isto é, que seja proporcionado o adequado tratamento ao conflito com a consequente adequação da solução.

A partir deste momento, serão abordados os principais métodos de resolução de litígios que têm como base o consenso, dando

especial destaque à mediação, conforme já fora mencionado há pouco.

9. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA

No contexto de tratamento adequado das relações conflituosas, as ferramentas de cunho consensual, em que a gestão dos conflitos demanda particular cooperação dos envolvidos, mostram-se extremamente relevantes.

Convém afirmar que tais métodos não podem ser considerados excludentes ou substitutos para o tratamento jurisdicional dispensado pelo Poder Judiciário; pelo contrário, são propostos como meios complementares à função jurisdicional do Estado, de modo a conferir maior efetividade e adequação à garantia de acesso à justiça e à inafastabilidade da jurisdição.

Conforme já amplamente discorrido, em que pese o monopólio da Jurisdição pelo Poder Judiciário tivesse como principal objetivo regular as relações sociais e proteger os cidadãos de eventuais abusos em face de seus direitos, a forma como o acesso à justiça foi delineado para a sociedade transmitiu a concepção de uma figura paternalista e protetiva do Estado, estimulando, de certa maneira, a apatia social quanto à sua capacidade de sanar os próprios conflitos e, por conseguinte, gerando a sensação de necessidade de uma solução imposta por terceiro imparcial.

Todavia, essa cultura acarretou uma explosão de litigiosidade, e conseqüentemente, a morosidade judicial, emperrando a máquina judiciária. Aliado a isso, a crise da Jurisdição experimentada em nosso país se deve também ao excesso de formalismo judicial e ao grande volume de normas promulgadas.

É vital, portanto, desconstruir a imagem de que o poder de resolver conflitos originou-se com o Estado e que só é possível existir através dele. Ou seja, trata-se de um imperioso resgate da autonomia e da capacidade dos cidadãos de gerir suas demandas, ainda que, para isso, contem com o auxílio de um terceiro

desinteressado. Fala-se, aqui, em autocomposição baseada no consenso.

Seguindo esse entendimento, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016) defendem que, não obstante o Estado deter o monopólio da jurisdição, aos jurisdicionados é garantido a resolução consensual de seus conflitos, que pode ocorrer tanto pelo ajuste de acordo entre as partes ou pela escolha pelos conflitantes de um terceiro que irá proferir uma decisão, como na arbitragem.

Fala-se, portanto, daquilo que Fabiana Spengler (2007, p. 365 e ss.) denomina de “consenso construído”, em lugar do “consenso induzido”. Ora, o consenso construído refere-se a estratégias ou soluções desenvolvidas em conjunto pelas partes, as quais conhecem profundamente o conflito e, especialmente, suas motivações; enquanto o consenso induzido diz respeito à decisão colocada para as partes pelo Estado-juiz, à qual, em tese, as partes são obrigadas a consentir e cumprir, ainda que não se mostre apta a restabelecer os vínculos rompidos, ou mesmo alcançar o verdadeiro escopo da propositura da demanda.

Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler (2008) intitula o “consenso construído” de “jurisconstrução”, ou seja, as partes participam de um diálogo cooperativo, que lhes confere poder e autonomia para “dizer o direito” aplicável ao conflito que lhes envolve, muitas vezes de forma inovadora e criativa, mas sem deixar de dar o devido e adequado tratamento à controvérsia, inclusive satisfazendo os litigantes.

Dada à complexidade das relações sociais e as demandas que surgem em seu meio, a principal pretensão do modelo consensual proposto é a real pacificação social, na medida em que a garantia do acesso à justiça não pode ser resumida no direito a uma resposta, qualquer que seja ela, mas sim o empoderamento para manter ou restabelecer relacionamentos enfraquecidos pelos problemas apresentados.

Roberto Portugal Bacellar (2011) defende que a verdadeira justiça e pacificação social só se concretizam mediante a harmonia

entre os indivíduos na solução dos conflitos por intermédio do consenso, isto é, não se pode considerar pacificado um conflito apenas com uma solução jurídica se o vínculo relacional não foi tratado e, se possível, restaurado.

Complementando a ideia acima, interessante colocação faz Luis Alberto Warat acerca da construção do conflito pelas partes afirmar a importância da valorização da parte adversa no conflito – a qual ele denomina “o outro” – como um meio de transformar o conflito, em lugar de preocupar-se em valer-se do direito positivo para fazer justiça. A esse olhar sentimental do conflito, ele intitula “outridade” ou “alteridade” ²⁴⁴.

O conflito visto por essa nova perspectiva, qual seja, a da “outridade”, em que se preocupa com os sentimentos que o circundam, permite uma abordagem diversa do sistema “ganha x perde” do Poder Judiciário, afastando qualquer possibilidade de latência do litígio²⁴⁵.

Destarte, os mecanismos consensuais de solução de conflitos apresentam-se surpreendentemente vantajosos, porquanto, dispensam a atuação do Poder Judiciário, o que torna a composição da lide menos onerosa às partes, não apenas financeiramente, mas também no que tange ao desgaste emocional e à celeridade em que produz resultados.

Nesse sentido, passa-se a tratar mais detalhadamente de uma dessas ferramentas, qual seja a mediação, visto ter completa relação com o objeto desta pesquisa.

10. A MEDIAÇÃO

A mediação trata-se de uma espécie do gênero de métodos de resolução consensual de conflitos, cujo principal enfoque, contrariando o que a grande maioria supõe, não é a entabulação de um acordo, mas sim o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes e a manutenção dos vínculos relacionais entre eles.

Fabiana Spengler expressa essa base em que se funda a mediação, o que, conseqüentemente, viabiliza que o conflito receba seu tratamento adequado: “[...] base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento”. (SPENGLER, 2014, p. 52).

Ademais, o mediador nada mais é do que um instrumento dessa engrenagem consensual que proporciona o protagonismo dos indivíduos na reestruturação de suas demandas, a fim de que sejam capazes de elaborar soluções criativas e eficazes, isto é, ao mediador não são conferidos poderes para opinar ou impor decisões, limitando-se tão-somente a analisar o âmago das questões controvertidas e oferecer às partes novas perspectivas sobre elas²⁴⁶.

Raciocínio este complementado por Jean François Six (2001 *apud* SPENGLER, 2014, p. 52), que considera a mediação uma “gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro’ através de uma ‘técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador[...]”.

A aplicação da mediação tem íntima relação à incessantemente defendida necessidade de resgate social da capacidade e autonomia dos indivíduos de gerir os próprios conflitos e tomar decisões conjuntas e consensuais acerca deles, de forma que a diferença produzida seja assertiva e edificadora dos relacionamentos. Fala-se, neste contexto, em democracia, cidadania e produção das diferenças (SPENGLER, 2014).

O mediador tem como primordial atribuição estabelecer um ambiente propício ao diálogo e à convivência saudável, proporcionando aos litigantes uma nova perspectiva da demanda; só assim, as partes estarão aptas a trabalharem com um mesmo propósito, qual seja, produzir um caminho de solução em que ambos possam trilhar não apenas no presente, como também futuramente, sem reclamar a intervenção de um terceiro.

Não se pode, em vista disso, fechar os olhos para uma diferença crucial entre os “tipos” de litígios examinados em sede de adjudicação, isto é, na esfera do Poder Judiciário, e aqueles que, de fato, reclamam uma análise cuidadosa sob pena de agravar a hostilidade e o rompimentos dos vínculos.

Lilia Maia de Marais Sales (*apud* SALES; CHAVES, 2014) estabelece essa distinção, denominando as espécies de “conflitos aparentes” e “conflitos reais”, sendo os conflitos aparentes aqueles falados, sem, contudo, expressar claramente a profundidade dos reais motivos que acarretaram a lide, demandando, assim, um exploração mais profunda do caso, já que uma solução superficial oferece grandes riscos de agravamento do problema.

É extremamente relevante vislumbrar o conflito como um iceberg, que se considerado apenas superficialmente, comprometerá toda a harmonia da relação. Assim, um diálogo habilmente conduzido, demanda um genuíno aprofundamento no estudo dos interesses em jogo, a fim de se trazer à tona o conflito real, em outras palavras, os sentimentos feridos e os verdadeiros desejos das partes para que ocorra a pacificação, já que nem sempre o objeto central da demanda será um bem jurídico.

Assimilada a essência deste tão importante método de resolução de conflitos, é indispensável destacar que este poderá ser aplicado de diversas maneiras e em variados momentos (pré-processual, processual, incidental e extraprocessual), desde que não se distancie de seu propósito: a pacificação social.

11. CONCLUSÃO

A Constituição Federal trouxe em seu artigo 5º, inciso XXXV, um rol de garantias, visando o amplo exercício da cidadania e a defesa de direitos fundamentais. Dentre estas garantias, destaca-se o princípio de acesso à Justiça.

Contudo, esse princípio, aliado aos novos direitos, gerou um cenário de crescente volume de demandas ajuizadas, superando, assim, a capacidade do Judiciário de emitir decisões céleres e

adequadas ao jurisdicionado e dar vazão ao volume processual. Ademais, percebeu-se uma forte cultura de judicialização dos conflitos, também chamada de cultura de litígio, o que tem acarretado a morosidade e ausência de produtividade judicial.

Ocorre que as atuais relações sociais, com novas e complexas nuances, têm reclamado soluções mais céleres, efetivas e criativas, tornando evidente a falência gradativa da prestação jurisdicional.

É necessária, portanto, uma mudança de mentalidade, desenvolvendo-se uma cultura capaz de fomentar a convivência social pacífica, uma cultura que prima pela composição amigável dos conflitos, aprimorando os métodos consensuais de resolução das disputas.

Diante disso, em face da crise da jurisdição e a reconhecida eficácia dos métodos de autocomposição, é imperioso a adoção pelo Estado de políticas públicas que fomentem a utilização dos mecanismos de resolução consensual de conflitos, bem como conscientizem a sociedade dos benefícios da composição amigável com a participação efetiva dos conflitantes.

Para superar essa crise do Judiciário, é imperativa uma mudança de paradigmas e de mentalidade. Defende-se, portanto, que, ao lado dos meios alternativos de resolução consensual de conflitos e a humanização do processo, que possibilita um tratamento adequado dos litígios uma política democrática pluralista é capaz de transformar antagonismos em agonismos e, assim, transformar a realidade dos conflitos, sem contudo, eliminá-los.

Não se trata, porém, mera alteração de legislativa, alcançando posturas políticas e culturais. Urge compreender a necessidade de fortalecimento da política democrática e que a neutralidade política traz mais prejuízos que benefícios, já que desvia o tratamento dos conflitos para outros campos, em especial o Judiciário. Ademais, deve-se abandonar o sofisma de que a única resposta aos litígios seria o Poder Judiciário.

Importa, precipuamente, desenvolver uma cultura capaz de fomentar o agonismo. Não se defende, aqui, a extinção dos conflitos, o que seria utópico e até nocivo à evolução social, contudo, pretende-se propagar uma cultura que prima por enxergar o outro com alteridade e como adversário, e não inimigo, que tem legitimidade para defender seus interesses.

A sociedade roga, inconscientemente, por uma mudança de paradigma, buscando um novo modelo em que os direitos dos cidadãos sejam efetivamente respeitados e resguardados e, em uma situação de conflito, as diferenças sejam construídas em um ambiente de “corresponsabilidade colaborativa”, em que todos saem vencedores.

Concluiu-se que a proposta de implementação da mediação como política pública pode não apenas reduzir o volume de demandas judicializadas, como também reeducar a sociedade, transformando a cultura adversarial para uma cultura de pacificação social, em que os conflitantes, em alteridade, constroem suas diferenças, produzindo soluções adequadas aos interesses de ambos.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. *In*: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 243-262.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENASAYAG, Miguel; DEL REY, Angélique. *Elogio Del Conflictu*. Milano: Feltrinelli, 2008.

BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. (Org.). *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 247-282.

BLEGER, José. *Psicologia da conduta*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”*. Sequência (UFSC), v. 1, p. 303-326, 2008.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; TAVARES, Daniele Silva Lamblém. *A impossibilidade de eliminação dos conflitos pelo direito*. In Seminário Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade- UNIVEM. São Paulo: Marília, 2018. No prelo.

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

CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. *Tribunais Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p 25-37.

D’OLIVEIRA, Marcele Camargo; D’OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. Fomentando a cultura de não judicialização das litigiosidades através da mediação: uma práxis alternativa. In: *Anais do I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa e I Mostra de Trabalhos Científicos*, v. 1, p. 1-23. Santa Cruz do Sul-RS: 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos*

de solução de conflitos. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Daniela_Monteiro_Gabba.y.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

GAGLIETTI, Mauro. Mediação de conflitos como cultura da ecologia política. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (Org.). *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 167-202.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas: Em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. 2011. 223f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoesdefendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>. Acesso em: 18 jul. 2019.

GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANÇANOVA, Jônatas Luís. *O poder judiciário em crise e a mediação como meio alternativo de solução dos conflitos*. Revista Direito em Debate, [S.l.], v. 23, n. 42, p. 150-175, maio 2014. ISSN 2176-6622. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2901>. Acesso em: 13 mai. 2018. doi: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2014.42.150-175>.

LUZ, Eduardo Silva. *A incerteza do acesso à justiça em face da cultura do litígio: a ascensão dos métodos alternativos de resolução de conflitos*. REVISTA EM TEMPO (ONLINE), v. 16, p. 72-92, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Mediação waratiana: uma aposta na alteridades. In: Rocha, Leonel S.; Meleu, Marcelino; LOIS, Cecília C. (Org.). *Cátedra Luis Alberto Warat*. 01 ed. Florianópolis: Conpedi, 2015.

MENDES, Gustavo Catunda. *Sociedade deve mudar cultura do litígio e aceitar conciliação*. *Revista Consultor Jurídico*, agosto 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/gustavo-mendes-sociedade-mudar-cultura-aceitarconciliacao>. Acesso em: 07 jul. 2019.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. New York: Verso, 2000.

MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. *Política e Sociedade: revista de Sociologia Política*, Florianópolis, UFSC, v.1, n.3, 2003.

MOUFFE, Chantal. *Por um modelo agonístico de democracia*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, UFPR, n. 025, 2005.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2008. v. 1.

PIZZI, Jovino. *A justiça judicializada: a primazia do direito positivo*. *LOGEION: Filosofia da Informação*, v. 4, p. 21-35, 2017. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4000/3332>. Acessado em: 24 set. 18.

RIGON, Josiane; WUST, Caroline. Quebra de Paradigmas: outro meio de acesso à justiça. In: Fabiana Marion Spengler; Theobaldo Spengler Neto. (Org.). *Acesso à Justiça & Mediação*. 1ed. Curitiba: Multideia, 2013, v. 1, p. 153-168.

RITT, Carolina Fockink. *A proposta de mediação como alternativa para resolver conflitos, diante da crise de jurisdição e cultura do litígio*. Revista Em Tempo (ONLINE), v. 16, p. 240-264, 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. *Conflito, Poder Judiciário e os Equivalentes Jurisdicionais – Mediação e Conciliação*. Revista da Ajuris, v. 41, n. 134, p. 391-415, 2014.

SANTOS, Ricardo Goretti. O acesso integral à justiça pela via dos centros multiportas de gestão de conflitos. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de A.; SANTOS, Ricardo Goretti (orgs.). *Mediação e Direitos Humanos*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). 2014, p. 42-74. Disponível em: https://mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/livros/3856_mediacao_e_direitos_humanos_mediation_and_human_rights_mp.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 476 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007, s.p).

SPENGLER, Fabiana Marion. *Retalhos de mediação* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2014. 125 p: il.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Crise das Jurisdições Brasileiras e Italianas e a Mediação Como Alternativa Democrática da Resolução de Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO,

Theobaldo. *Mediação Enquanto Política Pública* [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPENGLER, Fabian Marion; WRASSE, Helena Pacheco. *Políticas públicas na resolução de conflitos: alternativas à jurisdição*. *Diritto & Diritti*, v. 4, p. 19-32, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 16. ed. Reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 608 p. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WILLIAMS, Bernard. *Problems of the Self*. New York: Cambridge University Press, 1976.

[233] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista em Direito Processual pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professora colaboradora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. Advogada do Município de Paranaíba-MS.<daniele@lamblem.com>.

[234] Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae*(IGC) NA Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal; Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: glaucialamblem@hotmail.com.

[235] No Brasil do início do século passado, o Judiciário constituía a *ultima ratio*. Não se litigava à toa. Pessoas de gerações mais longevas ainda se orgulham de proclamar – “Nunca entrei no Fórum! Nem como testemunha!” [...] Havia uma ética própria, ainda hoje existente no Japão. Recorrer ao Judiciário denota certa debilidade de caráter. Pessoas probas sabem resolver seus problemas como seres civilizados, de maneira autônoma, dispensada a intervenção estatal, a base da honradez, geradora de idêntica expectativa de comportamento. Alguém de boa-fé não se recusa a discutir, a dialogar, a entender as razões alheias e a transigir [...]. O Brasil já foi um espaço ético mais saudável. A tradição do fio de barba [...]. Tudo mudou. A palavra empenhada é reminiscência arqueológica. A esperteza é a regra. Desconfiar do próximo, o mandamento por todos observado. A depauperação dos costumes tem desaguadouro natural na Justiça [...]. É por isso que se pode dizer: [...] “o brasileiro padece de *demandismo*”. (NALINI, 2008, p. 107).

[236] Na cultura do conflito, o direito, teoricamente, é quem trará a segurança jurídica. Isso ocorre através de aplicação de suas determinações. Nessa realidade, os operadores não são formados para uma cultura de paz e não possuem qualquer sensibilidade para viverem e terem sensibilidade para relacionar-se uns com os outros. (RITT, 2018, p. 248-249).

[237] [...] la naturaleza dela democracia moderna [...] supone el reconocimiento de la dimensiónantagónica de lo político, razón por la cual sólo es posible protegerlay consolidarla si se admite con lucidez que la política consistesiempre en “domesticar” la hostilidad y en tratar de neutralizar el antagonismopotencial que acompaña toda construcción de identidadcolectivas. (MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democraciara radical. Barcelona: EdicionesPaidós Ibérica, 1999. p. 14)

[238] Importante constatação trazida por Petrônio Calmom, ainda no prefácio da obra de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, anteriormente citada não pode deixar de ser aqui reproduzida: “Privar o ser humano da possibilidade de resolver seus conflitos é mantê-lo sob tutela, é tolher sua liberdade. Quem pensa que o juiz ou árbitro sabe decidir melhor os conflitos do que os próprios envolvidos têm uma concepção de dignidade humana muito deficiente, ultrapassada e tacanha. O homem é capaz. Ele é o melhor para conhecer seus problemas e para decidir seu destino. Em termos populares se diz: “eu que sei onde dói o meu calo”. (A Crise das Jurisdições Brasileiras e Italianas e a Mediação Como Alternativa Democrática da Resolução de Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação Enquanto Política Pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 10).

[239] **Art. 165.** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo **desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.**

§ 1º. A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. (grifo do autor). (BRASIL, 2015).

[240] **Art. 1º.** Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o **direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.** (grifo do autor). (BRASIL, 2015).

[241] Tradução de SALES; SOUSA, 2001, p. 207: “Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos – solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado “resolver” disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas”.

[242] “A atividade de gestão de conflitos pode ser realizada visando a consecução de dois objetivos básicos: a prevenção e a solução de disputas. No âmbito preventivo, destacam-se as atividades consultivas de orientação jurídica a indivíduos carentes de informação sobre direitos ou deveres. Já o âmbito repressivo compreende o conjunto de operações realizadas com o propósito de fazer cessar os efeitos negativos de um conflito já manifesto”. (SANTOS, 2014, p. 61).

[243] Mais informações disponíveis em:
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80802-oficina-online-auxiliara-pais-a-lidarem-com-o-processo-de-separacao>;
<https://brunastefen.jusbrasil.com.br/artigos/449434690/oficina-de-parentalidade-e-o-combate-a-alienacao-parental>;
<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81693-oficina-de-parentalidade-busca-entendimento-entre-pais-no-mato-grosso>;
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5825/CNJ+lan%C3%A7a+nesta+quarta-feira+Oficina+de+Parentalidade+online>. Acessados em: 18 jul. 2019.

[244] En fin, la alteridad, la otridad, como posibilidad de transformación del conflicto, produciendo en el mismo la diferencia con el otro. La otridad afecta los sentimientos, los deseos, o lado inconsciente do conflicto, sin que exista la preocupación de hacer justicia o de ajustar el acuerdo a las disposiciones del derecho positivo. En este sentido, también habla en otridad o alteridad: a revalorización del otro del conflicto en detrimento del excesivo privilegio otorgado a los modos de decir el derecho en el litigio (WARAT, 2000, p. 12). Tradução livre: “Enfim, a alteridade, a “outridade”, como possibilidade de transformação do conflito, produzindo nele a diferença com o outro. A alteridade afeta os sentimentos, os desejos ou o lado inconsciente do conflito, sem a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às provisões do direito positivo. Nesse sentido, também fala em “outridade” ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do privilégio excessivo concedido aos modos de dizer o direito em litígio”.

[245] Como explicam CALIL e TAVARES (2018): “Até porque o ritual processual não é capaz de encerrar os conflitos, pois, ao contrário do que se espera, o sistema “ganha/perde” é capaz de enfatizar o conflito e torná-lo latente, de modo que, a qualquer momento, pode eclodir em um novo litígio. Desse modo, faz-se necessário olhar, verdadeiramente, para os sentimentos dos envolvidos acerca do conflito, de modo a trazê-los a uma posição de “corresponsabilidade colaborativa”, pois, juntos, poderão construir uma solução viável, que satisfaça o interesse de todas as partes”.

[246] A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

[...] a mediação busca proporcionar um espaço qualificado de conversação que permita a ampliação de percepções e propicie ângulos plurais de análise aos envolvidos. (TARTUCE, 2018, n.p.).

MEDIAÇÃO JUDICIAL – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS

Luiz Antônio Ferreira²⁴⁷

Resumo: Este artigo objetiva traçar um panorama da história e da situação atual da mediação judicial no Brasil a partir da análise da mudança paradigmática na conduta do Judiciário, que passou a recepcionar a postura cooperativa verificada mundialmente a partir da segunda metade do século XX e que atingiu, ainda que tardiamente, o Brasil, como se verifica pela instauração da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, instituída pela Res. 125/2010, pelas diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e pelas prescrições constantes do Código de Processo Civil de 2015. O artigo pretende promover a ideia de uma acomodação mais forte da mediação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando tomar lugar de protagonismo no Processo Civil e no Sistema de Juizados Especiais.

Palavras-chave: Mediação; Paz social; Acesso à justiça; Tribunal multiportas; Autonomia.

1. INTRODUÇÃO

A menção à discussão das categorias próprias do processo penal tem por finalidade contextualizar a proposta central do presente trabalho, qual seja: lançar luz à discussão sobre o papel da mediação judicial no Brasil, a partir da fixação de categorias próprias, sobrepostas ao próprio sistema processual do Código de Processo Civil – CPC -, bem como ao microsistema processual dos Juizados Especiais.

A Lei 9099/95, ao instituir os Juizados Especiais, gerou uma mudança paradigmática no panorama jurídico brasileiro ao instaurar um modelo que preza pela celeridade e pela busca da solução consensual dos conflitos, além de possibilitar um maior acesso à Justiça para as camadas mais pobres da população, concretizando princípios consagrados pela Constituição Federal de 88. Essa democratização do acesso à Justiça é fenômeno que se verifica globalmente, em *ondas de acesso* (CAPPELLETTI, 1988) que trouxeram gradativa expansão do sistema. Hoje, para além da acessibilidade da Justiça, o entendimento consolidado é o da busca por um Direito humanizado e pela solução consensual dos conflitos, de forma a gerar a pacificação social, repelindo assim, na medida do possível, os moldes tradicionais da Justiça que estabeleciam a necessidade de que um terceiro independente – o juiz – decidisse pelas partes.

O excesso de demandas que abarrotou o Poder Judiciário brasileiro, no entanto, acabou por afetar também os Juizados Especiais, num efeito colateral imprevisto da ampla acessibilidade do modelo e das diversas garantias constitucionais prestadas na Carta Magna de 88. Esse problema se verificou não apenas na esfera cível, mas particularmente na criminal, pois as infrações de menor potencial ofensivo, antes largamente ignoradas pela justiça criminal, agora passaram – em atenção aos próprios princípios do sistema de Juizados Especiais – a ser atendidas nos Juizados Criminais, de forma que estes também se tornassem abarrotados de demandas.

Levando em consideração este cenário, se tornou premente a busca por soluções que unam os princípios que erigiram os Juizados Especiais às tendências atuais de humanização da Justiça e solução consensual de conflitos, de forma a empoderar as partes e promover paz social. A legislação brasileira vem caminhando nesse sentido, de forma a ter, inclusive, incorporado os métodos consensuais ao novo Código de Processo Civil de 2015, fato relevante ao mostrar a disposição do Estado em abraçar essa mudança paradigmática e promover o poder e a iniciativa dos

jurisdicionados em detrimento ao poder estatal concentrado. Importante, inclusive, é ressaltar o advento da Lei de Mediação, também de 2015, que buscou regulamentar – inclusive em âmbito extrajudicial – um instituto que, até então, vinha sendo praticado informalmente, ainda que amplamente e com difusão cada vez maior.

Ainda pairam, no entanto, dúvidas com relação ao alinhamento da prática da Mediação aos novos códigos legais, particularmente ao novo CPC, que é fortemente focado na Conciliação, e não na Mediação, como fórmula para a resolução consensual de conflitos. Essa questão é verificável particularmente nos Juizados Especiais, que promovem, segundo a Lei 9099/95, apenas as audiências de Conciliação, relegando a Mediação ao segundo plano; se faz necessário, portanto, delimitar categorias específicas para a Mediação Judicial, que, sendo hoje um método eficaz e que se encontra em ascensão, precisa ser também abarcado e promovido pelas previsões legais brasileiras. A prática da Mediação, hoje, se encontra concentrada e regulada pela Lei 13140/15 e pela política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, promovida pelo CNJ, sendo levada a cabo principalmente nos CEJUSC's – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania –, num sistema que se encontra, ainda, em fase de expansão, ao contrário do modelo já consolidado dos Juizados Especiais.

O Trabalho proposto tem por objetivo, portanto, propor a discussão sob o viés da necessidade de a Mediação Judicial, método em ascensão e cada vez mais aceito, ser finalmente dotada de suas próprias possibilidades, em consonância com a Conciliação, já plenamente estabelecida como método consensual aplicável nos tribunais do país, fato revelado principalmente quando se verifica o evidente aparelhamento dos sistemas processuais do CPC e dos Juizados Especiais – ambos ainda impregnados de cultura litigiosa.

2. A CULTURA DA PACIFICAÇÃO SOCIAL E AS ONDAS DE ACESSO

À JUSTIÇA

A Cultura da Pacificação Social é fruto característico dos desenvolvimentos jurídicos mais recentes, estando inserida no contexto da busca pela desjudicialização e pela solução adequada dos conflitos, incentivando, principalmente, um acesso democratizado e amplo à Justiça. Pode-se colocar as raízes desse processo no pós-II Guerra, quando as nações, exauridas pelos horrores verificados na primeira metade do século XX, buscaram – de forma inédita na História – uma atuação cooperativa ao invés de competitiva, numa mudança paradigmática de consciência que, até hoje, influencia as relações internacionais (BOBBIO, 2004). Nesse novo e fértil terreno foram gestadas várias soluções voltadas à valorização da dignidade da pessoa humana, principalmente com o estabelecimento e a consolidação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, partes essenciais para os movimentos de liberdade e descolonização verificados ao longo da segunda metade do século XX.

Ainda que tardiamente, essa cultura cooperativa passou a ser abarcada também pelo Direito, que passou a enxergar que o caminho das soluções consensuais de conflitos é mais produtivo e traz mais às partes do que o caminho do litígio. Nesse sentido, verifica-se uma valorização, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, da promoção de novas e variadas formas de tratamento de conflitos, formas que, se não substituem completamente o caminho litigioso, oferecem alternativas que visam não apenas à solução pontual do problema, mas também à pacificação entre as partes e, conseqüentemente, à paz social.

Ao empoderar as partes e mostrá-las que são capazes de, através do diálogo, resolver seus próprios problemas sem a necessidade da tutela estatal, os métodos consensuais promovem a compreensão de que o diálogo é a melhor forma para que os problemas de fundo que geraram a questão sejam também tratados e corrigidos adequadamente. Oferecer essas possibilidades se trata, acima de tudo, de fornecer verdadeiro acesso à Justiça à população, acesso

este que não significa, necessariamente, acesso aos tribunais e à judicialização, mas sim à verdadeira solução dos conflitos. Sendo assim, em respeito à *igualdade de dignidade e direitos* (ONU, 1948) promovida e ressaltada na contemporaneidade, o conceito de acesso à Justiça é basilar para a consolidação dos direitos das populações mais pobres e mais vulneráveis.

Acesso à Justiça, para Benjamin, seria expressão passível de interpretação em três formas diferentes (BENJAMIN, 1995): o primeiro sentido, mais restrito, diria respeito ao efetivo acesso à tutela jurisdicional do Estado, ou seja, acesso a um juiz estatal que, como terceiro desinteressado, resolveria o litígio levado até ele; o segundo sentido, mais amplo, faria referência à tutela de direitos, seja esta tutela jurisdicional ou não, com acesso a formas adequadas de resolução de conflitos judiciais ou extrajudiciais; o terceiro sentido, por sua vez, seria referente ao acesso ao Direito, ao ordenamento jurídico vigente e aplicável. A busca pelo acesso à Justiça, portanto, é a busca pela acessibilidade de todos estes fatores, não apenas ao Poder Judiciário; dar acesso, nesse sentido, significa possibilitar às partes e ao jurisdicionado os meios para que os seus conflitos se resolvam através dos métodos mais adequados, de forma a não apenas sanar a questão-problema, mas também buscar – e curar – as razões de fundo que originaram a situação conflituosa. Nesse contexto, cabe ao Judiciário deixar de pensar pura e simplesmente em termos de ação e retribuição, abandonando, quando possível e necessário, a postura da punição e adotando a visão da conciliação, da livre-iniciativa das partes e da pacificação.

Esse paradigma de acesso amplo à Justiça, no entanto, é bastante recente, tendo a questão passado por extensa evolução ao longo dos tempos. Segundo Cappelletti, três grandes *ondas de acesso* à Justiça atravessaram o mundo ao longo dos tempos, com graduais avanços para os cidadãos.

A primeira onda, segundo o autor, abriu a possibilidade de assistência judiciária para os pobres. Sendo o Direito ocidental uma construção intelectual e filosófica cada vez mais codificada,

complexa e específica (CAPPELLETTI, 1988, p.32), particularmente após a consolidação do Estado moderno e o posterior movimento positivista, a tendência foi a necessidade de especialização do profissional que atua na área, havendo, portanto, forte dependência da atuação do advogado – tanto nos sistemas de civil law quanto nos países que aplicam a common law –, tornando-se imprescindível, para o acesso à Justiça, a representação do cidadão perante o Estado. Sendo assim, é adequado constatar que, em muitos países ocidentais, os esforços primários se concentraram em propiciar assistência jurídica aos mais necessitados como forma de expandir, a estas pessoas, o acesso à Justiça, seja através de advogados privados pagos pelo poder público para representar aquelas pessoas que não dispõem de condições, seja pelo corpo de defensores públicos que servem especificamente para esta função; no Brasil se verifica, também, a gratuidade das custas processuais para aqueles que comprovem a sua impossibilidade de arcar com os valores usualmente cobrados pelo Estado, de forma a possibilitar que, mesmo sem os meios para pagar advogado ou custas burocráticas, o indivíduo possa ingressar com suas demandas no Poder Judiciário.

A segunda onda de acesso à Justiça, de acordo com Cappelletti, trouxe a oportunidade da representação dos interesses difusos, ou seja, a representação dos interesses coletivos. Essa evolução passou pela mudança de um antigo paradigma do Direito, que enxergava o processo civil como questão que interessava apenas e estritamente às duas partes envolvidas, cada uma pleiteando por direitos individuais.

Essa visão tradicional se mostrou incapaz de abranger as grandes demandas coletivas que surgiram no pós-II Guerra, principalmente aquelas oriundas do interesse público, como a proteção ao meio-ambiente, os interesses dos consumidores ou as demandas trabalhistas, por exemplo, o que deu ensejo ao surgimento de novos métodos processuais que fossem capazes de atender adequadamente estas causas. Eram demandas consideradas invisíveis até então, principalmente pela sua natureza peculiar de

interesse transindividual, oriundo de grupo indeterminável de pessoas, reunidas por um interesse que advém de situação comum a todas elas (MAZZILLI, 2007); nesse sentido, cabe ressaltar, há fundamental diferença dos interesses difusos para os interesses coletivos, que são comuns a um grupo determinável de indivíduos que pleiteiam algo originado em uma mesma relação jurídica. No Brasil, por sua vez, os interesses difusos podem ser defendidos através do uso da ação civil pública, com representação pelos órgãos competentes previstos na Lei 7.347/85.

Mauro Cappelletti identifica ainda uma terceira onda de acesso à Justiça, que ampliou essa concepção através de um novo enfoque. Essa nova interpretação passou, acima de tudo, pelo entendimento de que novos problemas e novos direitos demandam, também, novas abordagens e garantias. Sendo assim, a terceira onda seria muito mais abstrata que as duas primeiras, na medida em que trata da expansão do acesso à Justiça mediante a apreensão das diferentes possibilidades ensejadas por cada conflito e cada situação. Verifica-se, portanto, uma semente daquilo que viria a ser a busca pelos métodos adequados de resolução de conflitos, que evoluíram, ao cabo, para os métodos de mediação, conciliação e justiça restaurativa. Este é o momento da percepção da problemática e das suas potencialidades e do início da reflexão em prol de uma nova abordagem, que buscava, também, retomar o protagonismo das partes no andamento processual e na solução dos litígios, mantendo e expandindo os avanços verificados nas ondas predecessoras de acesso à Justiça, os conciliando à percepção, ainda insipiente naquele momento, de que diferentes conflitos demandavam diferentes – e especializados – tratamentos.

A percepção que perpassou toda a terceira onda de acesso à Justiça – de que diferentes conflitos devem ser tratados com diferentes abordagens – culminou, segundo Kim Economides, numa quarta onda, que seria caracterizada pela gradual difusão da humanização do processo de formação do operador do Direito (ECONOMIDES, 1999). A quarta onda seria identificável também, particularmente, pela acessibilidade do próprio Direito à

população em geral, o que serviria como medida eficaz de acesso à Justiça, dado que a ciência jurídica, de tendência hermética, pode muitas vezes parecer distante e indecifrável para as pessoas; segundo o autor, *“nossa ‘quarta onda’ expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico”* (ECONOMIDES, 1999, p.72). Nesse sentido, cabe aos novos operadores jurídicos a prática de uma ciência legal humanizada, acessível, que afaste a noção do Direito como ente inacessível e distante e que busque, sobretudo, a verdadeira Justiça através de uma atuação pautada pela ética.

3. A CONCILIAÇÃO, A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO – O TRIBUNAL MULTIPORTAS

O novo Código de Processo Civil trouxe medidas alternativas de resolução de conflitos, dando ao ordenamento jurídico uma maior efetividade das normas constitucionais, principalmente ao direito à razoável duração do processo, determinando, categoricamente, no seu artigo 3º e respectivos parágrafos, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, através da conciliação, da mediação e de outros métodos, os quais deverão ser estimulados por todos – juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (FERNANDES, 2017).

Esta nova regra processual vem assegurar um novo sistema multiportas na busca da pacificação dos conflitos a fim de que outros meios alternativos ao Poder Judiciário, como a mediação e a conciliação, sejam buscados pelos operadores do Direito, antes se instaurar uma demanda que verse sobre direitos transigíveis. Estes métodos se caracterizam, basicamente, por serem autocompositivos, ou seja, não se busca num terceiro a solução do conflito, ao contrário, devolve-se às partes o diálogo e o poder de negociação, através do estímulo e do auxílio dos mediadores e conciliadores, profissionais dotados de neutralidade e capacitados

para favorecer a busca do consenso. E neste aspecto se diferem da arbitragem, outro método também alternativo ao Poder Judiciário, mas que, assim como a jurisdição estatal, é heterocompositivo, onde as partes elegem um terceiro para “julgar” o conflito (FERNANDES, 2017).

Nesse sentido, reinvocando a analogia de Aury Lopes Jr., a Cinderela, ou seja, a Mediação, padece de considerável descaracterização oficial em comparação às suas irmãs mais consolidadas, a Conciliação e a Arbitragem. A Conciliação já é método previsto em Lei há séculos, antes mesmo da consolidação dos Estados Nacionais e a criação das grandes estruturas que constituiriam os poderes judiciários de cada país. No que tange às raízes luso-brasileiras desse método de solução de conflitos, se verificava a sua previsão já nas Ordenações Afonsinas, de 1446, nas quais se determinava que

os Juizes devem muito trabalhar por trazer as partes a concórdia, e epto não he de neceffidade, mas de oneftidade, e virtude polos tirar de trabalho, omefios e defpefas; (...) mas nos outros feitos, que aos Juizes fao inotos, e o direito das partees nom he a elles certo, affi como he no começo, devem trabalhar por os concordar; e conclufão dos Sabedores he, que nenhuu nam deve fer muito prompto a litiguar. (REINO DE PORTUGAL, 1446)

A despeito de não haver obrigatoriedade de submeter as partes à Conciliação, havia a determinação de que cada juiz as incentivasse a compor e resolver amigavelmente seus litígios de esfera cível, de forma a *‘trazer as partes à concordia’*, numa visão que evidencia, desde o princípio, a busca por meios de pacificação social em substituição ao conflito e à litigância. Nesse sentido, surgem no período, por boa parte da Europa, os *juizes de paz*, que seriam figuras atuantes em litígios de escopo mais limitado, atuando, na prática, como conciliadores que visavam a dirimir de forma pacífica as questões trazidas até eles. No Brasil, particularmente, a Justiça de Paz foi inserida oficialmente no

ordenamento jurídico já na Constituição Imperial de 1824, que previa, em seus artigos 161 e 162, a existência de juízes de paz responsáveis pela conciliação pré-processual.

Ao longo das décadas, mesmo quando sua previsão era retirada ou ignorada dos códigos, a Conciliação permaneceu como método válido e valorizado por diferentes correntes jurídicas, com a sua consolidação definitiva no ordenamento legal brasileiro ocorrendo na primeira metade do século XX. A Justiça de Paz continuou prevista constitucionalmente após a proclamação da República e mesmo com a ascensão do Estado Novo, em 1937, com uma Constituição que continuava a prever a relevância da Conciliação para o ordenamento jurídico e para o incentivo a uma cultura que evitasse a litigiosidade. Em 1949, através da Lei 968, a Conciliação passou a ser obrigatória para ações de despeito e de alimentos, sendo que o CPC de 1973 passou, por sua vez, a abranger o método já no rito ordinário (NAVES, 2002), fato posteriormente reforçado pela aprovação da Lei 7.244, de 1984, que estabelecia os Juizados de Pequenas Causas, cenário ideal para a consolidação dos métodos autocompositivos.

Dois marcos posteriores importantes no Brasil foram a Lei 9099/95, que transformava os Juizados de Pequenas Causas em Juizados Especiais, estabelecidos principalmente com base nos princípios da oralidade, da celeridade e da autocomposição; e o advento do novo CPC em 2015, que, em seu texto, busca estimular a prática da Conciliação em diversas formas e estágios do processo.

No que tange à Arbitragem, é forma de resolução de conflitos verificável – em certos aspectos – ao longo da História, sendo identificável até mesmo na Antiguidade e nas relações comerciais estabelecidas ao redor do Mediterrâneo (TEIXEIRA, 1997). No Brasil, as primeiras ocorrências desse método são verificáveis na Constituição Imperial, que dispunha sobre a possibilidade do estabelecimento de juízes-árbitros nomeados pelas partes para a solução de litígios cíveis (DELGADO, 2005). A sua consolidação, no entanto, foi relativamente tardia, com a Lei 9.307, em 1996,

que admite de forma oficial a Arbitragem como método de resolução de conflitos concernentes a direitos patrimoniais disponíveis, com o árbitro sendo dotado de jurisdição e suas decisões tendo força de título executivo extrajudicial.

Superada via decisão do STF a controvérsia acerca da constitucionalidade da lei, em 2001, tem-se hodiernamente que este é um instituto que cresce cada vez mais no Brasil, sendo uma ferramenta amplamente utilizada para a resolução de controvérsias de matéria societária e contratual, com crescimento notável também no que tange à participação da Administração Pública, que submete cada vez mais litígios à Arbitragem, dada a valorização, por este instituto, da celeridade processual, da autonomia da vontade e da igualdade das partes, livres para pactuar, segundo sua própria manifestação volitiva, os termos que irão reger o procedimento arbitral. Cabe ressaltar que, em 2017, os valores das causas julgadas pelas principais câmaras arbitrais brasileiras superaram, conjuntamente, os 26 bilhões de reais (LEMES, 2018).

Ao contrário da Conciliação e da Arbitragem, no entanto, a oficialização da Mediação no Brasil ocorreu de forma mais tardia, de modo que o processo para a plena compreensão das potencialidades do instituto ainda se encontra em andamento. Apesar de praticada de forma extraoficial no país desde a década de 90, foi apenas em 2010, com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que a prática passou a ser reconhecida e promovida. Esta Resolução foi importante ao estabelecer as diretrizes para a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, lançando as bases para um instituto que vem crescendo de forma acelerada desde então. Por meio desta medida, ficaram obrigados os órgãos do Poder Judiciário a promover a oferta de mecanismos diversos de solução de controvérsias, particularmente os meios consensuais, incluindo aí a Conciliação e a Mediação, visando ao estabelecimento e à disseminação de uma cultura de pacificação social e redução da litigiosidade latente no Brasil.

A consolidação definitiva da Mediação no ordenamento jurídico brasileiro veio, no entanto, com a Lei 13.140, de 2015, elaborada com a participação do CNJ, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A Lei estabeleceu as bases oficiais para a aplicação efetiva da Mediação Judicial a ser incorporada aos processos judiciais e aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, administrados pelos Tribunais de Justiça, e abriu, também, a possibilidade da Mediação Extrajudicial, procedimento informal que ressalta o interesse das partes como pilar essencial para a solução de controvérsias.

Ao regulamentar e permitir todas essas possibilidades de métodos de resolução de litígios, o Poder Judiciário nacional mostra ter aderido à visão do Tribunal Multiportas, conceito criado por Frank Sander, professor emérito da Harvard Law School, que afirma que o mesmo tribunal pode oferecer, à sociedade, múltiplas possibilidades de resolução de conflitos, valorizando a iniciativa e a vontade das partes, retirando os conflitos da via necessariamente litigiosa e oferecendo meios que possam entregar os resultados mais satisfatórios para cada situação. Trata-se de “(...) uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes” (ALMEIDA, 2012, p.26). Possibilitando, às partes, o acesso aos mais diversos meios, desde a mediação, a conciliação, a arbitragem ou até mesmo a via processual tradicional. Cada uma dessas possibilidades “(...) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução de conflito” (CAHALI, 2017, p.53).

Essa mudança paradigmática alterou o próprio conceito de acesso à Justiça, pois trouxe o entendimento de que, agora, a Justiça não necessariamente reside nas mãos do Juiz togado que

decidirá pelos litigantes, pois é possibilidade que se encontra fundamentalmente nas mãos das próprias partes, que, mediante a postura Multiportas do Poder Judiciário, são livres para escolher o método mais adequado para o tratamento do conflito. O acesso à Justiça, assim, deixa de se confundir com o acesso ao Judiciário (AZEVEDO, 2015).

4. A AUTONOMIA DA VONTADE COMO CORE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

A Mediação Judicial consiste, sobretudo, num método dialógico, pois visa a resolver tanto os litígios latentes entre as partes quanto as causas de fundo desses litígios através do diálogo. Uma de suas premissas básicas é a de devolver, às partes, sua própria autonomia, de forma que consigam solucionar suas questões sem a necessidade da tutela estatal. Nesse sentido, segundo Braga Neto (2008, p.76), “a Mediação é parte de uma premissa de devolução às partes do poder de gerir e resolver ou transformar o conflito, no sentido de que são elas as mais indicadas para solucionar suas questões”.

Falar de autonomia privada nos ordenamentos jurídicos ocidentais implica, principalmente, em usar o exemplo norte-americano, onde o princípio da autonomia é parte essencial dos próprios valores constitutivos nacionais: ao se analisar os Estados Unidos como modelo, se evidencia que, por lá, os princípios da Mediação estão enraizados no ordenamento jurídico, de forma que grande parte dos litígios cíveis se resolve através da negociação e do diálogo. Essa cultura foi construída ao longo do tempo, dado que, como demonstrado por CAPPELLETTI (1988), as gradativas ondas de acesso à Justiça se deram em diferentes tempos em cada país; no caso norte-americano, os meios alternativos de resolução de conflitos passaram a despertar atenção desde meados da década de 70, estimulados principalmente pelo pensamento de Frank Sander, com o investimento de recursos públicos para promover a Mediação e a Arbitragem. Esse processo prosseguiu e avançou até

que os métodos alternativos fossem efetivamente institucionalizados pelo Poder Judiciário americano (GABBAY, 2013, p.118). Segundo estabelecido por GALANTER (1985), “(...) most disputes that come to the courts are resolved without a decision imposed by the court. (...) in many instances the negotiations are encouraged, brokered or actively mediated by the judge”, o que evidencia que a cultura da pacificação – ou, ao menos, a cultura do afastamento do litígio – se encontra tão enraizada no judiciário norte-americano que os próprios juízes enxergam como parte de seu papel a promoção do diálogo e dos acordos entre as partes. Essa cultura, no entanto, foi construída ao longo do tempo, e pode, perfeitamente, ser construída também no Brasil, como o próprio crescimento do instituto da Mediação já comprova.

No que tange ao modelo de audiência já estabelecido no Brasil, diferentemente do modelo norte-americano, a Mediação não é intermediada pelo magistrado, sendo, antes, efetuada através do auxílio de um terceiro – o mediador – que ali se encontra apenas para facilitar e promover o diálogo através da compreensão do litígio e de suas causas, as partes litigantes podem ter seus laços reestabelecidos, de forma a permitir que o problema em questão seja abordado de maneira adequada e que as soluções sejam pensadas e encontradas de maneira conjunta, maximizando os resultados para ambas as partes, em consonância com o rol de princípios da Mediação. Dentre estes princípios orientadores da prática, a autonomia da vontade merece particular destaque, pois constitui o *core* não apenas do método, mas também da nova forma de compreender a resolução de litígios e o próprio Direito.

A autonomia da vontade é um dos mais importantes princípios condutores da Mediação. Segundo Cabral, é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico” (CABRAL, 2004, p.87). Trata-se de princípio já conhecido no Direito, orientador de grande parte das práticas reguladas por contratos

privados, porém seu viés na Mediação Judicial é voltado à autonomia que as partes têm para conduzir seus litígios e problemas a este método específico de resolução.

Em nenhum momento do procedimento, seja ele situado em fase pré-processual ou processual, as partes são obrigadas a instaurar ou prosseguir com a Mediação: elas fazem isso por livre e espontânea vontade, a qualquer momento, podendo interromper ou prosseguir com o método como melhor lhes aprouver. Este princípio é importante não apenas para a instauração do procedimento, no entanto: as partes também são livres para pactuar entre si os resultados desejados em todos os seus termos e extensões, e não precisam encerrar as tratativas enquanto não houver sido alcançado um desfecho satisfatório para todos os envolvidos. Nesse sentido, o mediador presente à audiência não possui qualquer poder de decisão, cabendo a ele apenas servir como fio-condutor, quando necessário, do diálogo; reestabelecida a conexão entre as partes, cabe a elas encontrar os melhores caminhos para a resolução de seus próprios problemas.

A audiência de Mediação, portanto, é palco dominado pelas partes, que são, aqui, os protagonistas da extraordinária peça da vida: em suas mãos residem seus próprios destinos, desatados dos nós do *script* do Estado, independentes e capazes de traçar seus rumos de forma *sui generis* a caminho da oclusão de seus contratempos e da convivência pacífica com seus pares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Mediação é método em ascensão no contexto judiciário nacional. Sua aplicação possui muitas vantagens, sendo a maior delas o tratamento adequado aplicado não apenas ao conflito latente e aparente, mas também às causas de fundo que geraram esse problema. É método que cura feridas, restaura laços e pacifica a sociedade, além de valorizar a autonomia da vontade e incentivar a retirada dos conflitos da tutela estatal, já tão saturada na sociedade profundamente litigiosa do Brasil.

No entanto, a despeito de seu rápido crescimento, a Cinderela continua sem suas próprias roupas: diferentemente de sua irmã mais velha, a Conciliação, a Mediação é enxergada quase que de forma subsidiária, como ferramenta auxiliar à Justiça, tendo sido tratada de forma marginal ao longo dos anos e despida de maiores caracterizações legais.

O panorama atual revela mudanças, com o ativo trabalho do Conselho Nacional de Justiça e com a própria aprovação, em 2015, da Lei de Mediação, que contribuíram para estabelecer categorias legais mais claras para essa modalidade de tratamento adequado de conflitos. A experiência revela que a aplicação prática do método possui importantes impactos na realidade, em consonância com a cultura cooperativa vivenciada nas últimas décadas, ainda que trazida de forma tardia ao Judiciário, notoriamente resistente a inovações.

Cabe ressaltar, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, ainda impregnado de cultura litigiosa, carece de uma aplicação mais abrangente da Mediação, hoje limitada ao sistema de CEJUSC's e a poucos – em comparação com a Conciliação – Juizados Especiais. É necessário, portanto, deixar para trás – quando adequado e possível – o ultrapassado paradigma do conflito e trazer para o seio da Justiça os métodos e, conseqüentemente, os resultados da Mediação, de forma a promover não apenas o acesso de todos aos resultados mais justos para seus conflitos e problemas, mas também a restauração de laços quebrados e a construção de pontes que, ao cabo, promovem de forma mais eficaz a pacificação social. Somente quando a Cinderela tiver suas próprias roupas e puder se destacar de suas irmãs ela poderá, enfim, sublimar-se aos olhos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de. ALMEIDA, Tânia. CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital*

social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. São Paulo: FGV Editora, 2012.

APOLINARIO, Ana Karoliny Nascimento; BEZERRA, Mariucha Nóbrega Bezerra. *Governança Corporativa: um estudo empírico nas empresas listadas nos segmentos da BM&F Bovespa nos anos de 2008 a 2012*. Revista Jurídica UNICURITIBA, v. 13, n. 14, p. 28-44, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/1022> Acesso em: 13 ago. 2019.

Assembleia Geral da ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A). Paris.

AZEVEDO. André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Conselho Nacional de Justiça. 5ª ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____. Glossário. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. vol. 3, p. 308-309.

_____. (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

BACELLAR. Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos juízes*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS, nº 2, agosto/2004. Acesso http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63579/mediacao_acesso_justica_nova.pdf último acesso em 13.09.2016.

_____. *Juiz Servidor, Gestor e Mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013, p. 93.

_____. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e*

reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Preâmbulo da CR: função e normatividade*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do 119 Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense 2008.

CABRAL, Eurico Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*. a.5, nº 19, jul/set 2004.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 2013

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Jorge Morais. *A Consagração Legal da Mediação em Portugal*. In *Julgar*, n.º 15, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A Arbitragem no Brasil – evolução história e conceitual*. Artigo científico: disponível em: << http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

ECONOMIDES, Kim. *Lendo as Ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FERNANDES. Sônia Caetano. Portal Migalhas, 2017. *O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e Conciliação*. Disponível em: <<

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>>. Acesso em 21/09/2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Editora Gazeta Juridica, 2013.

GALANTER, Mark. A Settlement Judge, not a Trial Judge: *Judicial Mediation in the United States*. Artigo científico: *Journal of Law & Society*, vol.12, nº1, 1985.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

LEMES, Selma. *Arbitragem em Números e Valores*. Artigo científico: disponível em <<
<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>>>. Acesso em 22/09/2019.

LOPES JR., Aury. *Quando Cinderela terá suas próprias Roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. São Paulo, V. 1, n. 1, jan./fev.2015. pp. 230-238.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAVES, Maria Emília. *Audiência preliminar. Aspectos histórico-doutrinários*. In: FIUZA, César (coord.). *Direito Processual Civil na História*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

REINO DE PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Livro 3, Título XX, § 5º.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

_____. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*. In: GARCEZ, José Maria Rossini (org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Belo Horizonte: Editora Forense, 1997.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescência, Família, Escola e Lei. A mediação de conflitos*. 1ª Edição.

Lisboa: Editora Agora Publicações, 2006, p. 76 _____. *Mediação: teoria e prática*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2003.

VICENTE, Dário Moura. *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Coimbra: Almedina, 2009.

[247] Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação – Universidade Federal do Paraná – Curitiba – PR. E-mail: lanf@tjpr.jus. Em coautoria com: Garcel, Adriane. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA em parceria com o UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Licenciatura Plena em Português e Inglês. Mediadora Judicial. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: Adriane.garcel@tjpr.jus.br, e Netto, José Laurindo de Souza. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – email:jln@tjpr.jus.br

Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná UFPR. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR, na União Educacional de Cascavel – UNIVEL e na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Desembargador e 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UM MECANISMO PARA A EMANCIPAÇÃO DO SER HUMANO E PARA A PROPAGAÇÃO DA CULTURA DE PAZ

Jenyfer Michele Pinheiro Leal²⁴⁸

Resumo: O presente artigo pretende analisar a mediação comunitária sob o aspecto da emancipação do ser humano para resolver seus próprios conflitos, bem como a importância da participação e auxílio da comunidade na resolução das relações conflituosas. Busca, ainda, traçar o conceito e origem da mediação comunitária com a finalidade de demonstrar os objetivos e benefícios oriundos da utilização desse tipo de instrumento não processual de intervenção nas relações sociais. Por fim, pretende-se evidenciar a forma de utilização desse instrumento na reestruturação da pacificação e convívio social. A pesquisa singuise à análise didática dos dispositivos jurídicos que trazem à lume as formas de resolução de conflitos, em especial sob a ótica da Carta Magna e do Novo Código de Processo Civil, aliado às consultas bibliográficas de renomados autores do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Construção de paz; Emancipação do ser humano; Mediação Comunitária; Resolução de conflitos; Reestruturação do convívio social.

1. Introdução

O objetivo precípua do presente artigo é analisar a mediação comunitária sob duas óticas, a primeira, da emancipação do ser humano em resolver seus próprios conflitos; e, a segunda, sobre a

importância da participação e auxílio da comunidade na solução de enfrentamentos sociais.

O tema é de sobrelevada importância para o mundo jurídico e para a ordem social, uma vez que a adoção de métodos alternativos de resolução de conflito, em especial, no âmbito da comunidade, culminará na substancial redução de litígios ajuizados perante os Tribunais de Justiça, assim como contribuirá para a promoção da pacificação social e propagação da cultura de paz por meio do estabelecimento do diálogo. Pela adoção dessa nova postura social será possível vislumbrar a efetivação da restauração do convívio em sociedade, bem como o estímulo do crescimento emocional e pessoal das partes.

Em face do contexto de violência em que a sociedade está inserida nos dias de hoje, é imperativo a busca por caminhos alternativos que auxiliem o tratamento de conflitos oriundos do convívio social. A comunicação é um caminho e o seu restabelecimento, com respeito e compreensão sobre o “pano de fundo” que originou a controvérsia será a forma capaz de auxiliar na resolução de conflitos, evitando litígios, uma vez que as partes passam a ter oportunidade de se comunicarem e, mais importante, de serem ouvidas.

Somente pelo conhecimento e compreensão das razões que levaram o indivíduo a praticar determinada conduta é que se verificará o nascimento do sentido de compassibilidade nos indivíduos para que busquem meios ou medidas efetivas de solucionar problemas por si próprios.

Por meio da mediação comunitária será possível a resolução conflitiva, uma vez que o mediador, integrante da própria comunidade, como um terceiro imparcial buscará identificar os interesses e valores envolvidos na relação entre as partes, resgatando os laços afetivos ou lhe demonstrando a impotência de criá-los.

A “ mediação comunitária apresenta-se como um meio simples, ágil, célere, eficaz, sigiloso e cooperativo, que estimula formas pacíficas de resolução de conflitos, baseada no diálogo e respeito ao

outro” (SALES, 200, pág. 674), sobre o que, neste artigo, busca-se demonstrar. São evidentes os benefícios que esse método de resolução de demandas representa para as partes e para a sociedade, assim como as vantagens obtidas em se escolher um método autocompositivo em detrimento de uma decisão impositiva.

Como será apurado, a mediação comunitária é um instrumento importante na resolução de controvérsias e pacificação dos interesses, porquanto possui um caráter pedagógico, prepara as pessoas para viver em sociedade, e, ensina-lhes a resolver futuros conflitos, fatores esses que auxiliam na emancipação do ser humano e na restauração do convívio social.

A consecução e a concretização do objetivo da mediação comunitária é proporcionar os benefícios mencionados, com respaldo e incentivo do Poder Judiciário e da comunidade que, atuando de forma conjunta, tornarão possível a obtenção de significativa melhora na convivência social por uma comunicação positiva e de paz, o que conseqüentemente diminuirá as demandas conflitivas.

Pretende-se evidenciar, a partir desta análise, que o auxílio da própria comunidade na resolução de conflitos se mostra de imperiosa importância, pois é em seu seio é que se originam desentendimentos e será em seu âmbito que deverá nascer e prevalecer a convivência pacífica.

Para esse estudo a metodologia utilizada se deu pela análise do ordenamento jurídico, em especial a Carta Magna aliado aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, sob a perspectiva de doutrinadores de destaque no ordenamento jurídico pátrio afetos à temática ora abordada.

Face a contextualização dos objetivos deste artigo, com base no referencial teórico e método a ser utilizado é que se passa a analisar ponto a ponto.

2. Cultura de paz: o caminho para a solução dos conflitos

A violência, em seus diversos aspectos, é um fenômeno histórico nas sociedades de um modo geral e que vem se perpetuando de geração para geração, constatando-se sua acentuação nas últimas décadas dado as novas formas de se relacionar e as novas violências decorrentes das tecnologias inseridas no convívio social. Tal prognóstico é extraído de fatos sociais e diversas fatalidades, como as que envolvem cidadãos inocentes em operações policiais, por exemplo. A evidencia da desigualdade social enraizada nas sociedades modernas é uma das grandes causas dos conflitos sociais e que não podem ser ignoradas.

A situação de conflituosidade emergida das desigualdades acabam por desencadear diversas demandas judicias com finalidade de se tentar equalizar tais diferenças sociais. Dada essa premissa, importa difundir e disseminar uma cultura de paz com vistas a tornar o convívio social mais humano.

E o que seria uma cultura de paz? Como seria possível implementar na sociedade? Indagações como essas, podem ser observadas por aqueles que estão apegados aos metodos tradicionais de resolução de conflitos e a resposta está na definição que a ONU (1999) traz, que é o conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamento e estilo de vida baseados no respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; no compromisso com a solução pacífica dos conflitos; no respeito e promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A Constituição Federativa da República do Brasil de 1988, conferiu a proteção da paz como direito supremo da humanidade e dever do Estado democrático de direito. A paz é um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art. 4º, VI), e, também, na busca de soluções pacíficas de conflitos (art. 4º, VII).

E sob o mesmo enfoque, verifica-se que um dos objetivos fundamentais da República é construir uma sociedade livre, justa e

solidária (art. 3º, I), comprovando que o ordenamento jurídico, de forma sistêmica, busca estabelecer e promover a paz.

É o que se extrai, inclusive, do preâmbulo da Constituição da República quando menciona sobre a instituição do Estado Democrático no sentido de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

Não obstante a intenção precípua do legislador em estabelecer meios pacíficos de resolver as questões sociais, é preciso considerar que existem fatores externos, decorrentes de governos, como a guerra, o medo, a ambição do ser humano, a ganância por poder, entre outras misérias humanas que acabam por assolar a nação de forma extremada.

E o principal caminho para combater essas vivicitudes sociais e alcançar o caminho da paz superando desigualdades é mudar a mentalidade social, pois quando cada indivíduo estabelece para si o propósito da prática da paz, por meio da solidariedade, cooperação, generosidade, afeto e compaixão, torna possível construir uma sociedade mais humana e estabelecer essa cultura de paz.

São as pequenas atitudes que refletirão na sociedade impactando positivamente o convívio social.

E nesse contexto, certa feita a antropóloga Margaret Mead lecionou: “nunca duvide de que um pequeno grupo de cidadãos conscientes e engajados consiga mudar o mundo. Na verdade, essa é a única via que conseguiu mudanças até agora”.

E assim é pela instituição da cultura de paz, que uma vez difundido, como forma de repelir a violação de direitos humanos e buscar meios alternativos para contornar situações que afetam a humanidade, acabará por propiciar a mudança de comportamento

dos indivíduos, assegurando a dignidade da pessoa humana, a igualdade de gêneros, a tolerância religiosa, a inclusão social e a aceitação da diversidade cultural.

Mormente as sociedades devam adotar essa prática de disseminação da cultura de paz, cabe, igualmente, aos poderes público esse trabalho de mudança de mentalidade para resolver os conflitos, dentre eles o Poder Judiciário pelo estímulo de práticas restaurativas, como a mediação e a conciliação.

A forma colaborativa na solução dos conflitos, por métodos adequados de resolução, deve ocorrer por intemédio de trabalho conjunto entre o Poder Público e a sociedade adotando posicionamento uníssono de representação de uma cultura de paz, baseada nos valores da solidariedade e compreensão.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos possuem inúmeros benefícios, não só para o Poder Judiciário, mas para a própria sociedade ao empoderar o cidadão a resolver seus próprios conflitos sem que se socorram de um juiz para impor uma decisão coercitiva (método heterocompositivo). Da mesma forma que vai coibir a própria judicialização de questões que facilmente podem ser solvidas pelo consenso e bom senso.

Notadamente o que se busca imprimir nesta análise é o fato de que os métodos de composição amigáveis de conflitos, pelos meios adequados, são as formas mais eficazes de administrar contendas, uma vez que somente pelo diálogo entre as partes será possível compreender as razões do outro (autocomposição). Somente com o respeito às diferenças do próximo e conscientização de que o diálogo é o melhor caminho pelo que se alcançará a justiça equitativa, a autonomia humana. Urge a necessidade de mudança de cultura, para uma cultura de paz.

Uma forma de mudança de paradigma é a mediação comunitária, que possibilita a restauração do vínculo familiar e social, e, também, auxilia na emancipação do ser humano e no resgate e restauração de sua convivência em comunidade e concretizando os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

3. O conceito e a concepção da Mediação Comunitária

Para facilitar a compreensão do que vem a ser mediação comunitária, é preciso conceituar o que vem a ser mediação, que nada mais é que um meio alternativo de resolução de conflito, podendo ser utilizado tanto em via judicial, quanto extrajudicial.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e outros assuntos, sendo que essa normativa regulamenta a resolução pacífica de conflitos de forma a assegurar o tratamento adequado dos litígios.

Ainda, tem-se a Lei de Mediação nº 13.140/2015 que dispõe sobre o método consensual de resolução de controvérsias entre particulares, por meio da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O artigo 42 da referida lei, inclusive, prevê expressamente a mediação comunitária.

E o Código de Processo Civil prevê diretrizes fundamentais sobre a mediação no sentido de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos conforme §2º, do Art. 3º, preconizando, também, no §3º, do mesmo artigo, que a mediação deve ser estimulada pelos magistrados, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos.

Portanto, mediação é um método adequado de solução de conflito exercido por um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, que busca auxiliar e facilitar o diálogo entre as pessoas que estão em conflitos e, com isso, incentivá-las e encorajá-las a desenvolver soluções para o caso concreto.

A mediação comunitária possui mesma lógica, porém com aplicabilidade no âmbito da comunidade.

E de forma destacada Vera Leonelli (2017, pág. 500), conceitua a mediação comunitária como aquela que “se realiza fora do sistema jurídico-judiciário, em comunidades diversas, independentemente de condição sócio-econômica, contando com

a participação de mediadores que podem, ou não, integrar instâncias formais de justiça”.

No mesmo sentido, Lília Maia de Moraes Sales (2007, pág. 202) expressa que mediação comunitária é aquela “realizada nos bairros de periferia das cidades metropolitanas com o fim de propiciar o diálogo entre as pessoas que convivem cotidianamente, solucionando conflitos e possibilitando a paz social”.

Nas palavras de Paulo Borba Casella e Luciane Moessa de Souza, a “mediação comunitária está diretamente ligada ao conceito de coletividade(s) e de comunidade(s), consistindo no eixo do programa cujas ações abrangem as demandas relacionadas à esfera comunitária, que em sua maioria são questões de âmbito público”.

Assim, a mediação comunitária é aquela desenvolvida dentro das comunidades com o objetivo de resolver os conflitos cotidianos, por intermédio do diálogo, que pode ser utilizada em vários segmentos da comunidade, como nas escolas, nas instituições religiosas, pela segurança pública, em condomínios, no ambiente de trabalho, dentre diversos outros setores.

4. Objetivos e benefícios da mediação comunitária

A mediação comunitária objetiva oferecer tratamento adequado aos conflitos dentro da comunidade, facilitando o diálogo entre as partes envolvidas e identificando interesses e valores envolvidos na relação entre as partes com a finalidade de restaurar os laços afetivos, solucionar problemas e evitar que novos surjam oriundos da mesma relação em análise.

A principal característica da mediação comunitária é a busca pela transformação do convívio social e a melhora da comunicação entre os coabitantes das comunidades, ofertando à população não só uma convivência pacífica, mas também o estímulo da participação ativa de todos os integrantes, fortalecendo a democracia.

Outra característica importante da mediação comunitária é a construção da cidadania pelo acesso a justiça mais próxima do cidadão, uma vez que também se trata de instrumento jurídico não processual de pacificação social.

A via de consequência da adoção desses instrumentos para solucionar conflitos é a considerável diminuição da judicialização de demandas, como assevera Lília Maia de Moraes Sales, sobre esse objetivo:

a mediação comunitária possui como **objetivo** desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz.

Sob essa ótica, é possível afirmar que a mediação busca fortalecer a cultura de paz, a democracia e participação ativa das pessoas inseridas na comunidade. E, ainda, propiciar a resolução adequada dos conflitos.

Fixada a conceituação e objetivos da mediação e mediação comunitária, importa discorrer sobre os benefícios da utilização da mediação nas contendas sociais e os benefícios que podem promover na vida dos indivíduos.

É cedido que o diálogo é fundamental na compreensão das razões do outro para que seja possível chegar em um denominador comum, ou, ao menos, num consenso.

No entanto, em que pese a mediação ser uma forma adequada de resolução de conflitos e que de sua utilização sobrevenha inúmeros benefícios ao Judiciário e à a sociedade, com a redução do número de ações ajuizadas, não se nega que nem todos os litígios devem ser resolvidos pelo método compositivo. Isso porque

determinadas situações demandam urgência, como as tutelas de urgência, medidas cautelares, liminares etc.

O que se busca demonstrar é que em sendo caso para resolução consensual a recomendação é optar por esse caminho, para o fim de excluir a possibilidade de aplicação de uma decisão impositiva que eventualmente pode não atender aos anseios das partes.

Além disso, a mediação tem como proposta os ganhos múltiplos, isto é, o “ganha-ganha”, considerando o trabalho sobre os interesses e sentimentos das partes para encontrar na divergência os pontos de convergência.

A ideia é criar opções de soluções para o conflito evitando o litígio. Isso porque a mediação confere voz às partes, que terão liberdade para expor suas irresignações e também sugerir caminhos para se alcançar um consenso. Permite-se a construção de cooperação mútua entre as partes para estimulá-los a pensar sobre o conflito e descobrir a melhor solução para o caso concreto.

O mais interessante desse método (mediação comunitária) é que serão as partes que deterão o poder decisório sobre a demanda. Diferentemente do que ocorre no método heterocompositivo em que o juiz impõe uma sentença.

A par desses benefícios, vislumbra-se ser a mediação um método eficaz de solução de conflitos e propagação da paz que deve ser amplamente estimulada e oportunamente aplicada.

5. A mediação como instrumento de restauração e pacificação do convívio social

Na raiz de inúmeros conflitos encontramos a violência enraizada, cujos motivos podem advir de diversos fatores como o crescimento populacional, a diversidade cultural, questões sociais pela falta de comunicação/diálogo, questões de desemprego, entre outros. A gama de razões para um conflito são incontáveis e reflete uma comunicação violenta com proporcionalidade simétrica no aumento da violência.

Por essas razões, denota-se na mediação comunitária um instrumento importante na resolução de controvérsias, que se apresenta, igualmente como uma barreira para impedir, ou pelo menos amenizar esse quadro alarmante de violência e desigualdade.

A pacificação desses desentendimentos e a consequente diminuição da violência se destaca quando há diálogo. A comunicação entre as pessoas torna-se essencial, pois ao passar ter conhecimento e compreensão das razões que levaram determinado indivíduo a praticar determinada conduta, surge no indivíduo o sentimento de compaixão pelo estado pessoal do outro.

A compassibilidade emergida dentro do ser faz com que a conduta humana seja mais nobre e gentil, pelo que se resolvem problemas eminentes, resgata-se sentimentos ao se colocar no lugar do outro.

A partir da mudança de mentalidade, imersão no sentido de compassibilidade, postura de compreensão e entendimento, é que a mediação comunitária se fará concreta na emancipação dos indivíduos, para que vivam em sociedade de forma harmônica. Sobretudo essa mudança de paradigma ensinará a resolver futuros conflitos e evitar novos, uma vez que tal método possui caráter pedagógico, fatores esses que auxiliam na restauração do convívio social.

6. A importância da participação e auxílio da comunidade na resolução de conflitos

Muito embora exista iniciativas legislativas e do Poder Público para aplicar e expandir a utilização desse método alternativo de resolução de conflito, na prática, verificam-se óbices à prevalência da composição consensual, dado a importância social conferida à cultura da sentença.

Essa cultura, inclusive, advém desde a formação dos operadores do direito, em virtude da inexistência de preocupação das instituições de ensino em inserirem em suas grades curriculares

disciplinas que tratem pormenorizadamente dos métodos autocompositivos, passando a explorar somente os aspectos e métodos do processo contencioso.

Pode-se afirmar estar-se frente à uma “cultura adversarial, por estar tão enraizada em nossa sociedade, que se apresenta como uma barreira aos novos métodos, já que muitas pessoas ainda acreditam que apenas a solução imposta pelo juiz às partes é capaz de pôr fim definitivamente a um litígio” (DIAS, 2010, pág. 187).

Não obstante o ser humano faça cotidianamente subsistir e originar inúmeros conflitos, não se busca pôr fim em todos eles, isto é, “o objetivo não deve e nem pode ser o de eliminar conflitos – eles são inevitáveis e úteis. Fazem parte de nossas vidas. Geralmente conduzem à mudança e novas ideias. É raro que se corrija uma injustiça sem a existência de um sério conflito” (ROGER, URY, PATTON, 2014, pág. 13).

A problemática aqui deve ser vista sob o aspecto construtivo e não destrutivo, uma vez que diante da existência dos conflitos oportuniza-se a melhorar da relação entre as partes envolvidas naquele determinado impasse.

À par disso mostra-se útil e necessário o auxílio da comunidade em dirimir os desentendimentos advindos do convívio social, melhorando a convivência por meio da mediação comunitária, o que acarretará o desafogamento do Judiciário e implementação do resgate de valores nas comunidades.

E mais importante, o acesso à justiça será concretizado, pois as pessoas carentes, encontrarão em seu meio social o auxílio necessário para suas demandas. E como manifesto, o acesso à justiça não é somente possuir acesso ao Judiciário, mas sim obter uma resposta justa e razoável, de modo que a decisão seja imparcial e efetiva às partes e, isso, pode ser conquistado por intermédio da mediação.

Doutrinadores defendem essa ideia, como se vê das palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando afirmam que “o acesso aos tribunais não é a única forma de solução de conflitos a ser

considerada: qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a operatividade da lei substantiva” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 12).

Em outras palavras, o acesso à justiça pode ser alcançado através da utilização dos métodos adequados de resolução de conflito, configurando um mecanismo fundamental para garantir a proteção de direitos supostamente violados, posto que a “busca pelo acesso à justiça é a *porta de entrada* da mediação no espaço comunitário” (2007, pág. 674).

Como dito anteriormente, projetos e programas que envolvam mediação comunitária devem ser incentivados pelo Poder Judiciário e desenvolvidos juntamente com os membros comunitários, como a oferta de capacitação e treinamento sobre “técnicas de solução consensual de conflitos”. Tudo com a finalidade de oferecer aos membros da comunidade auxílio e subsídios para o restabelecimento da comunicação entre os pares na busca por uma solução enganjada e efetiva.

Importante destacar que o objetivo não é chegar a um acordo, somente, considerando que por muitas vezes não resolve o problema central do conflito, o qual sequer atendem ao sentimento pessoal da parte envolvida. O que realmente se busca é reestruturar o convívio entre as partes envolvidas, pelo restabelecimento da comunicação, com a prevenção de futuros conflitos.

E, em surgindo novos desentendimentos que seja possível tornar as partes capazes de solvê-los sem a necessidade da intervenção de um terceiro, em especial, sem a necessidade de intervenção de um juiz.

No âmbito do Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça do Estado, adotou iniciativas de projetos e programas que envolvem a mediação comunitária, a exemplo do Programa “Pacificar é Divino”, desenvolvido pela 2.^a Vice-Presidência. O objetivo é capacitar líderes e membros religiosos das mais diversas

instituições com técnicas de resolução de conflitos, para o fim de os tornarem facilitadores/intermediadores na solução de demandas em sua comunidade

Os representantes de vários segmentos religiosos, uma vez que não se considera a religião, mas sim a atuação comunitária que exercerão influência e discorrerão o problema de forma imparcial no atendimento das pessoas dentro da própria organização religiosa, buscando auxiliá-las a encontrar a melhor solução para o caso, estabelecendo a comunicação positiva, por instrumentos de mediação e de conciliação.

A iniciativa pretende utilizar-se do aconselhamento espiritual diário dos religiosos, na tentativa de restabelecer os ânimos das partes por meio do diálogo sereno e consensual, para encontrar um denominador comum sobre os conflitos, cuja atuação deve alcançar as comunidades mais carentes e distantes do Poder Judiciário.

Além dessa iniciativa, há o projeto “Conseg Resolve”, também desenvolvido pela 2ª Vice- Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, voltado aos colaboradores dos Conselhos Comunitários de Segurança, cujo objetivo é semelhante ao programa “Pacificar é Divino”, pois busca capacitar esses colaboradores com as técnicas de resolução de conflitos para uso em reuniões de conciliação e mediação.

Tais programas pretendem o aprimoramento dos atendimentos realizados à população na solução de litígios que permeiam o convívio social, além da propagação da cultura do diálogo e do fortalecimento dos métodos adequados de solução de conflitos, no âmbito da comunidade, de maneira positiva.

7. A emancipação do ser humano em resolver seus próprios conflitos

Indubitavelmente percebe-se que a solução de conflitos por meio da mediação comunitária possui extrema benesse ao Poder Judiciário, no entanto, revela-se de igual importância destacar que

o empoderamento do cidadão na solução de seus dilemas pessoais, sem o auxílio de um juiz, pela imposição de uma decisão, confere-lhe um status de emancipação e autonomia sem precedente.

O termo empoderamento, que na língua inglesa se escreve *empowerment*, possui significado de “busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos” (MANUAL DE MEDIAÇÃO, pág. 148).

Sob essa ótica de transformação e ressignificação do conflito, conclui-se que a meta da mediação é conferir aos participantes a oportunidade de aprender e mudar. De tal sorte, que alcancem uma evolução moral ou “transformação” por meio do desenvolvimento da autonomia (empoderamento), com capacidade para dirimir e decidir sobre os próprios problemas, reconhecendo a condição alheia do outro com simpatia. (RISKIN, pág. 26).

Imperioso, portanto, que os indivíduos percebam a importância da mudança de paradigma de seu papel na sociedade, tomando consciência “do seu poder para resolverem os seus conflitos através do diálogo produtivo, construindo pontes que edificam relações cooperativas entre os membros da comunidade, abrindo novos caminhos para uma positiva transformação sócio-cultural” (CARVALHO, 2010).

Os múltiplos ganhos sociais reside justo no empoderamento dos cidadãos, que na qualidade de partes em um conflito, sejam capazes, por conta própria, de se emanciparem com o objetivo de autocompor suas demandas, pelo resgate de laços e do convívio social.

8. Considerações finais

Face ao exposto no presente artigo foi possível identificar que a mediação comunitária é um instrumento poderoso para promoção da pacificação social e porpagação de uma cultura de paz.

Conjeturando o quadro de violência atual das sociedades e dos inúmeros conflitos sociais oriundos das mais diversas ordens, percebe-se a necessidade de estabelecer uma comunicação positiva, difundindo ideias de paz e compassibilidade para com a condição humana e os motivos que a levaram até a controvérsia, como um caminho para solução de conflitos.

A principal forma de se alcançar essa cultura da paz e superar as desigualdades sociais é mudar a mentalidade social, onde cada indivíduo deve estabelecer como propósito pessoal a prática da paz por meio da solidariedade, cooperação, generosidade, afeto e compaixão, de modo que esse novo comportamento faça emergir uma sociedade mais humana.

Tais ideais devem receber auxílio do Poder Público, em especial, do Poder Judiciário, de forma a contribuir na capacitação de indivíduos-chaves nas comunidades, difundindo os métodos autocompositivos, como o programa Mediação Comunitária, viabilizando projetos e programas como o “Pacificar é divino” e “Conseg Resolve”, aproximando o cidadão do acesso a justiça sem a necessidade de judicializar qualquer demanda.

O conflito é inato ao ser humano e buscar a melhora da condição de entendimento fora dos processos judiciais morosos, resultará na melhora da relação entre as pessoas envolvidas nas demandas, bem como na minimização de novos conflitos, dado o caráter pedagógico da mediação em que ambas as partes empoderadas e autônomas regeirão seus conflitos.

E para concretizar esse objetivo é imprescindível o auxílio da comunidade que não só colaborará para evitar ajuizamento de ações desnecessárias, como também prestará o papel de intermediador no resgate de valores sociais importantes para a harmonização do convívio em comunidade.

Além do mais, o estímulo da mediação comunitária, como um instrumento não processual, será um mecanismo poderoso de emancipação do indivíduo de uma sociedade, e também um meio eficaz de propagação de uma cultura de paz.

Referências

ALMEIDA, Tania. **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed., 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. **A mediação comunitária como instrumento de prática da cidadania e da democracia: A experiência do estado do Ceará**. I Conferência Nacional de Políticas Públicas Contra a Pobreza e a Desigualdade. Natal, 2010.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO SOBRE UMA CULTURA DE PAZ (ONU), em 13 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sob%20re%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20%20ONU.pdf>. Acesso em 22.11.2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação, Cidadania e Emancipação Social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um mapa para os desnorteados**, 2002. in: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

[248] Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2017) e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera (LFG). Artigo escrito em coautoria com orientador: José Laurindo de Souza Netto Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação – Capes. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

A PREVENÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS: NOTAS SOBRE AS FUNÇÕES JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL

Mário Lúcio Garcez Calil²⁴⁹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é estudar as funções jurídico-institucionais do notariado e suas relações com a prevenção extrajudicial de litígios. Para tanto, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, nos referenciais adequados, e à pesquisa documental, na legislação aplicável à espécie. Na redação, utilizou-se o procedimento dedutivo. Justifica-se o presente estudo, em decorrência da necessidade de se esclarecer acerca das reais funções do notariado, bem como de suas vantagens em relação à jurisdição. Concluiu-se que o notariado, em decorrência das características de suas funções, é uma instância de colaboração, confiança, segurança, prevenção de conflitos e, conseqüentemente, de diminuição da litigiosidade, capaz de colaborar, para a celeridade e para o desafogamento do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Notariado; Funções Jurídico-Institucionais; Prevenção Extrajudicial de Litígios.

INTRODUÇÃO

A atividade notarial é um ofício extremamente complexo, que demanda do profissional uma extensa gama de conhecimentos, especialmente acerca de uma multiplicidade de aspectos do ordenamento jurídico. Não são, portanto, meros burocratas, arquivistas ou “carimbadores”.

Além disso, apesar de ser extremamente relevante no que concerne à segurança jurídica e de ser uma forma muito mais célere e eficiente de resolver conflitos e firmar negócios jurídicos, ainda não é utilizada como deveria, sendo que vários litígios que poderiam ser resolvidos extrajudicialmente acabam por alcançar o Judiciário.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é estudar as funções jurídico-institucionais do notariado e suas relações com a prevenção extrajudicial de litígios. Para tanto, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, nos referenciais adequados, e à pesquisa documental, na legislação aplicável à espécie.

Na redação, utilizou-se o procedimento dedutivo. O presente trabalho foi dividido em três partes. Inicialmente, foi tratada a natureza jurídica do notariado, dos serviços notariais e do próprio notário enquanto agente público, também no direito comparado, assim como a forma de acesso à referida função.

Após, foi tratada a função do notário, sua eficiência e sua adequação, A qualificação notarial e a redação oficial, a regulação da atividade notarial e o princípio da rogação. A seguir, foram estudadas as relações entre o notariado e a prevenção de litígios, as atribuições do notário como profissional do direito.

No mesmo tópico, foi tratada a segurança jurídica e a confiança negocial, assim como a colaboração e celeridade e a prevenção de litígios. Justifica-se o presente estudo, em decorrência da necessidade de se esclarecer acerca das reais funções do notariado, bem como de suas vantagens em relação à jurisdição.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO NOTARIADO

No presente tópico, buscar-se-á esclarecer acerca da natureza jurídica dos serviços notariais, dos delegados de serviços notariais e das atividades que desempenham, inclusive, no direito comparado, para que seja possível, posteriormente, trabalhar as atribuições que efetivamente exercem em favor da prevenção de litígios.

1.1 Natureza jurídica dos serviços notariais

De começo, cabe esclarecer qual é a efetiva natureza jurídica dos serviços notariais (e registrais) no Brasil, tendo em vista que o consenso acerca dessa definição é algo historicamente recente, apesar de a atividade “cartorária” remontar a milhares de anos no passado.

A preocupação em garantir aos cidadãos a possibilidade de provar fatos relevantes para as relações jurídicas se encontra presente nas antigas civilizações, nas quais se registram as primeiras formulações do direito, inclusive na Mesopotâmia, onde se registrava em pedras as transações imobiliárias (LOPES, 2011, p. 11).

Referidas pedras, “[...] marcavam os limites das propriedades e eram chamadas *kudurru*, expressão que significava precisamente limites” (LOPES, 2011, p. 11). Assim, o trabalho dos serventuários extrajudiciais é, desde a antiguidade, conferir segurança aos direitos adquiridos pelos cidadãos.

Quanto à sua natureza jurídica, assim determina o Art. 236 da Constituição da República de 1988: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” (BRASIL, 1988, n.p.). Note-se, assim, que os agentes notariais são *particulares* que recebem uma *delegação* do Poder Público.

Pertencem, desse modo, à espécie de agente público denominada *particular em colaboração*. Cumpre definir, todavia, se a atividade que exercitam se enquadra ou não no conceito de serviço público *lato sensu* ou se se enquadra em uma definição diversa daqueles, bem como especificar a natureza de sua atuação.

Nesse mesmo sentido, a Lei 8935 de 1994 determina, por intermédio de seu Art. 1º, que: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (BRASIL, 1994, n.p.). São, portanto, serviços com natureza *múltipla*.

Os serviços notariais e de registro são *atividade jurídica não material*, de modo que não se incluem no conceito de serviço público *stricto sensu*. Em decorrência de posições doutrinárias que entendem de maneira diversa, todavia, é possível que seu mister se enquadre em um conceito de serviços públicos *lato sensu* (RIBEIRO, 2009, p. 5-6).

Os serventuários extrajudiciais exercem *função pública*, de modo que produzem *atos administrativos*, “[...] dotados de todos os atributos e sujeitos aos requisitos expressos no direito administrativo”. Pouco importa o objetivo e a finalidade desses atos: produzem efeitos jurídicos públicos e privados (RIBEIRO, 2009, p. 6).

Até porque a atividade extrajudicial brasileira tem contornos peculiares, já que apresenta uma face *pública*, que, portanto, é regrada pelo *direito público*, que convive com uma parcela *privada*, “[...] correspondente ao objeto privado do direito notarial e registral e ao gerenciamento de cada unidade de serviço” (RIBEIRO, 2009, p. 16).

Esse *serviço público* vai até o reconhecimento de é uma *função estatal*, de maneira que “[...] o Estado mantém a titularidade do poder da fé pública cujo exercício delega a particulares”. Justifica-se, assim, a regulação da atividade como *relação de sujeição especial* que liga o particular delegado ao Estado outorgante (RIBEIRO, 2009, p. 16).

Nota-se, assim, que os notários prestam, sim, um serviço público *lato sensu*, tendo em vista a natureza específica e especial de suas atividades. Praticam atos administrativos *lato sensu*, todavia, diretamente relacionados a atividades e negócios jurídicos que se encontram sob a égide do direito privado.

1.2 Natureza jurídica do notário

Esclarecida a demonstrada a natureza *híbrida* (simultaneamente pública e privada) da atividade notarial, cumpre estabelecer, de

maneira específica, em que categoria jurídico-conceitual se enquadraria o particular que recebe, do Poder Público, a delegação da prestação desse serviço.

O Art. 3º da Lei 8935 de 1994 fornece, nesse sentido, um conceito legal para esses profissionais: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro” (BRASIL, 1994, n.p.).

A definição legal acima, portanto, não deixa dúvida de que os notários são *profissionais do direito*, não agentes administrativos, burocratas ou “carimbadores”, mas, sim, particulares aos quais é delegado o exercício de uma atividade pública, caracterizada pela *fé pública*, que somente os representantes estatais possuem.

A confirmar sua natureza híbrida, é possível afirmar que o notário é um agente do Poder Público que administra *relevantes interesses privados* (ORLANDI NETO, 2004, p. 14). Assim, apesar de não ser um servidor público *stricto sensu*, pertence, efetivamente, à categoria dos agentes públicos *lato sensu*.

1.3 O notariado no direito comparado

Por ser uma atividade nascida ainda na antiguidade, o notariado existe em boa parte dos países civilizados do Planeta. O direito de algumas dessas nações, todavia, exerce especial influência sobre a ciência jurídico-notarial brasileira, que deles extrai exemplos, institutos e procedimentos. Exemplos são a Itália, a França e Portugal.

A lei notarial italiana data do início do Século XX (Lei 89/1913). A razão de tanta longevidade é o fato de que não há necessidade de uma transformação do papel e das funções do notário na sociedade moderna. Ocorre que, para desempenhar suas funções o notário não pode deixar de ser jurista e intérprete da lei (DI ZENZO, 2005, p. 45-46).

O papel do notário é de *intérprete da lei*, todavia, atuando de maneira diferente dos juízes e advogados (DI ZENZO, 2005, p. 47). Note-se, portanto, que, também na Itália, o notário é, claramente, um profissional do direito.

O Conselho Constitucional francês não caracteriza os notários como servidores públicos, pois a eles atribui a *exceção do exercício da autoridade oficial*. É uma *profissão jurídica*, que a eles atribui a função de *consultores jurídicos e comissários de interesses particulares*, assessorando negócios (FRANÇA, 2014, p. 1).

Além disso, têm o monopólio da autenticação documental dos negócios, resultante de vários textos que se relacionam direta ou indiretamente ao notariado, como a grande maioria dos atos sujeitos à *publicité foncière* (“publicidade fundiária” ou “publicidade imobiliária”) (FRANÇA, 2014, p. 2).

Desse modo, também na França, os notários são profissionais do direito que exercem uma profissão notoriamente jurídica, dirigida à publicidade compulsória de certos atos e ao assessoramento interpretativo e redacional de atos e negócios jurídicos que se encontram no âmbito do direito privado.

Há algumas experiências mundiais, a exemplo das reformas do notariado português de 1940 e 1967, que transformaram o notariado em uma função administrativa de menor abrangência jurídica, encarregando outros profissionais de assessorar juridicamente as partes e redigir instrumentos (LOUREIRO, 2017, p. 106).

Note-se, todavia, que a atividade administrativa, apesar de ser parte essencial da atuação dos notários, não é capaz de resumi-la, tendo em vista que se tratam de profissionais do direito, com funções jurídicas em sentido estrito, que atuam, porém, junto à atividade comercial privada.

1.4 O acesso à função de notário

Antes da Constituição de 1988, a função notarial podia ser acessada, também, de forma *hereditária*, ou seja, caso o titular falecesse, a delegação poderia ser transferida ao seu sucessor. Em decorrência desse sistema, era (e ainda é) comum a referência ao titular de uma serventia como “dono do cartório”.

A Lei Maior determinou que esse acesso se dê por concurso público, no §3º do Art. 236: “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses” (BRASIL, 1988, n.p.).

Ocorre que a Constituição, apesar de expressa em relação à necessidade de concurso público para acessar a delegação notarial, não estabeleceu os requisitos objetivos e subjetivos para tanto. Deixou, portanto, esse encargo para a legislação infraconstitucional, que sobreveio em 1994, por meio da Lei 8935.

Seu Art. 14 condiciona a delegação do exercício da atividade notarial à habilitação em concurso público de provas e títulos, nacionalidade brasileira, capacidade civil, quitação com as obrigações eleitorais e militares, bacharelado em direito e verificação de conduta condigna para exercer a profissão (BRASIL, 1994, n.p.).

O §2º do Art. 15 do referido diploma determina que: “Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro” (BRASIL, 1994, n.p.).

Desse modo, o dispositivo afirma que não apenas os graduados em Direito podem prestar o concurso voltado à delegação, como, também, aqueles que, apesar de não serem bacharéis em ciências jurídicas e sociais, comprovarem, até a primeira publicação do instrumento convocatório, experiência de dez anos na função.

Além da exigência de graduação em Direito ou da comprovação da especialização e prática na função, o número de notários se limita às necessidades públicas em cada jurisdição, distrito ou circunscrição. Pressupõe seleção técnica e moral o ingresso, por meio de concurso de provas e títulos (SILVA, 1979, p. 39).

Garante-se a inamovibilidade do titular enquanto de boa conduta, sua autonomia institucional, por seu governo e disciplina, a cargo de organismo corporativo próprio. Sua remuneração se dá pelo usuário, por meio do sistema de tabelas legais, garantidos meios decentes para sua subsistência. Sua aposentadoria é facultativa (SILVA, 1979, p. 39).

Tradicionalmente, o notário atua como conselheiro, perito, assessor de direito, receptor e intérprete da vontade das partes, redator de atos e contratos e portador de fé em relação aos fatos e declarações que se passem ou se façam diante de sua presença (SILVA, 1979, p. 39).

Esse sistema de garantias comprova que a atividade é exercida por um particular que recebe a delegação dessa função do Poder Público, por intermédio de concurso de provas e títulos. Não se trata de servidor público, tendo em vista que não recebe subsídios ou vencimentos, mas, sim, é remunerado por meio de *emolumentos* legalmente fixados.

2. A FUNÇÃO DO NOTÁRIO

No presente tópico será estudada a função do oficial de notas, bem como os requisitos para sua prestação eficiente e adequada, bem como os princípios basilares que regem a atividade, para que seja possível, após, determinar como sua atuação é capaz de colaborar para a prevenção de litígios.

2.1 Eficiência e adequação

Até mesmo por se tratar de um serviço público lato sensu, a atividade notarial deve obedecer certos padrões de qualidade

previamente fixados, cujo descumprimento pode resultar, inclusive, em punições disciplinares aos notários. Nesse sentido, assim determina o Art. 4º da Lei 8935 de 1994:

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos (BRASIL, 1994, n.p.).

Necessário lembrar que o notário é um profissional do direito, que deve ter a capacidade de interpretar a legislação, bem como de auxiliar na construção de negócios jurídicos, atuando, desse modo, entre o direito público e o direito privado, situação que demanda desse profissional uma gama considerável de conhecimentos.

Ser Tabelião equivale a “[...] ter bom conhecimento do universo da Ciência do Direito e ter profundo conhecimento especializado em Direito das Pessoas, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões, com incursões também especiais no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário” (POISL, 2006, p. 15-16).

Tal conhecimento deve é comparável ou mesmo superior ao de outros profissionais do Direito “[...] para com eles poder discutir com igualdade, senão com supremacia, cláusulas contratuais, disposições testamentárias e um infindável número de questões em que se emaranham os indivíduos de uma sociedade” (POISL, 2006, p. 16).

As discussões entre os notários, os demais profissionais do direito e os particulares devem estar voltadas à “[...] colaboração, na busca em conjunto da melhor solução, jurídica e harmônica, dos problemas de negócios ou familiares das pessoas. O objetivo que estará sempre em mira será o de prevenir litígios futuros” (POISL, 2006, p. 16).

Esses predicados são essenciais para que o notariado seja exercido de maneira eficiente e adequada, permitindo o atendimento dos usuários do serviço notarial de acordo com a lei e com as normas de organização do foro extrajudicial, bem como para cumprir as determinações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A organização dos serviços, a seleção por meio de concurso de provas e títulos, a outorga e a cessação da delegação, a regulamentação técnica e a fiscalização da prestação dos serviços se dirigem a “[...] assegurar aos usuários sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação” (RIBEIRO, 2009, p. 16).

Trata-se, desse modo, de uma atividade complexa, que demanda uma somatória de conhecimentos e habilidades. Assim, percebe-se, facilmente, que a atividade notarial alcança um grau de complexidade e de dificuldade que se encontra muito além das autenticações e dos reconhecimentos de firma por semelhança.

2.2 A qualificação notarial e redação oficial

A complexidade da função notarial, enquanto atividade jurídica, dá-se, especialmente, naquilo que concerne à sua função de intérprete da adequação da vontade das partes ao ordenamento jurídico, bem como à sua posterior atuação como conselheiro imparcial das partes.

A função notarial atua sobre os atos de vontade, tanto os negócios jurídicos quanto os atos jurídicos *stricto sensu*. Para tanto, a lei incumbe aos notários a tarefa de qualificar a vontade das partes manifestadas diante do agente detentor da fé pública estatal (KOLLET, 2008, p. 11).

Por meio do processo de *qualificação notarial*, o agente depura os propósitos de ordem moral ou econômica entabulados pelos interessados e a eles atribui (ou não) a respectiva juridicidade: se a

qualificação for *positiva*, formalizará juridicamente a vontade das partes (KOLLET, 2008, p. 11-12).

Se, ao contrário, o processo de *qualificação notarial* resultar *negativo*, “[...] em função de inadequações de natureza subjetiva ou objetiva que porventura aflijam a vontade ou seu objeto, ela não merecerá ser formalizada pelo agente notarial” (KOLLET, 2008, p. 12).

Após o eventual resultado positivo processo de qualificação notarial, o notário deve passar a traduzir a vontade das partes, que foi por ele entendida como adequada e conforme ao ordenamento jurídico vigente, para a linguagem jurídico-notarial, passando, a partir daí, ao exercício de outra de suas precípuas funções: a de *redator oficial*.

O documento produzido deve exprimir apenas o que foi dito, todavia, “na forma adequada à lei”, passando a servir de prova pré-constituída do acordo de vontades que criou a relação jurídica entre as partes, dando *segurança* aos contratantes. O notário opera em duas “faces”: particular; e pública (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 46).

Em relação à primeira, é *conselheiro*, presente no momento do acordo de vontades, e *elaborador* de seu instrumento. Por isso, o notário é escolhido pelas partes. Em sua faceta pública, o tabelião busca a segurança para as partes, a sociedade e o Estado (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 46).

Referida segurança é *instrumental*, de maneira que “[...] o notário não responde pelo fracasso do negócio, e tampouco fiscaliza tributos devidos por outros atos extraordinários, anteriores, presentes e futuros. A cognição notarial é concentrada e limitada ao ato ou negócio que formaliza” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 46).

Dessa forma, o trabalho do notário se encerra ao mesmo tempo em que termina a lavratura do ato notarial. Simultaneamente, encerra-se a responsabilidade do notário acerca do negócio jurídico

que acaba de ser formalizado, naquilo que se relaciona a acontecimentos que se encontram fora de sua esfera de atribuições.

2.3 A regulação da atividade notarial

Até mesmo para garantir a eficiência e a adequação, bem como a coordenação entre as atividades notariais e o direito, a atividade é regulada pelo Poder Judiciário, especificamente pelas Corregedorias Gerais de Justiça, porém, de conformidade com os preceitos gerais ditados pela lei.

Nesse sentido, o §1º do Art. 236 da Constituição Federal de 1988 determina que: “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1988, n.p.).

Note-se, assim que a lei referida pelo dispositivo constitucional, qual seja, a Lei 8935 de 1994, fixa diretrizes gerais para a regulação das atividades do notariado, que serão especificamente normatizadas pelo Poder Judiciário, justificando as normas baixadas pelas Corregedorias Gerais e pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por se estruturar a partir dos moldes do direito português, o notariado brasileiro se encontra ligado ao Poder Judiciário, integrando o *foro extrajudicial*, regrado por normas de organização judiciária, “[...] a ponto de terem sido os notários e registradores considerados ou confundidos com funcionários da justiça”. (RIBEIRO, 2009, p. 11).

A *regulação* é o instrumento de que o Estado se utiliza quando se exonera da execução direta ou exclusiva de alguma atividade entregando-as a atores privados, para garantir que atuem de acordo com suas atribuições para alcançar a satisfação do interesse público e das necessidades da coletividade (RIBEIRO, 2009, p. 37).

O termo *fiscalização*, presente no §1º do artigo 236 da Constituição Federal deve ser entendido “[...] como verdadeira

regulação da atividade notarial e de registros, cujo desempenho, por comando constitucional expreso, foi atribuído ao Poder Judiciário” (RIBEIRO, 2009, p. 9).

A estrutura do Poder Judiciário é unitária e nacional. O exercício de sua atividade regulatória sobre o notariado “[...] define a modelagem da função notarial e de registros, também de caráter nacional e regrada por princípios e normas fundamentais idênticos para todos os notários e registradores” (RIBEIRO, 2009, p. 140).

A distribuição do exercício da atividade segue a estrutura da Justiça estadual, cabendo, assim, ao Conselho Nacional de Justiça atuar nacionalmente e aos Tribunais de Justiça, por meio de seus órgãos superiores (especialmente as Corregedorias Gerais da Justiça), a atuação administrativa próxima aos delegados (RIBEIRO, 2009, p. 140).

A singularidade da atividade notarial e de registros e a imposição constitucional de seu exercício pelo Poder Judiciário, demonstra que são *autoridades reguladoras independentes*, por serem órgãos públicos, dotados de autoridade, voltados ao exercício da regulação e caracterizados pela independência (RIBEIRO, 2009, p. 140-141).

A regulação pelo Poder Judiciário confirma que os notários são particulares que atuam em colaboração com o Poder Público. Assim como as agências reguladoras estabelecem normas para a prestação de serviços públicos pelas concessionárias (pessoas jurídicas de direito privado), os Tribunais regulam a atividade notarial.

2.4 O princípio da rogação

Os notários prestam um serviço público relacionado à interpretação da vontade dos particulares e à sua redação de acordo com a linguagem jurídico-notarial. São, para tanto, remunerados por intermédio de emolumentos. Ocorre que o exercício de sua atividade não é, em regra, compulsório.

Quanto aos *registradores*, o Art. 13 da Lei 6.015 assim determina: “Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados: I – por ordem judicial; II – a requerimento verbal ou escrito dos interessados; III – a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar” (BRASIL, 1973, n.p).

Não há, todavia, um dispositivo similar em relação ao notariado. Ocorre que essa omissão legislativa não pode levar a crer que os notários podem agir de ofício, independentemente de provocação dos particulares interessados na prestação dos serviços para os quais receberam delegação.

A função notarial, todavia, é regida vários princípios. O princípio *rogatório* determina que o notário não pode agir de ofício, devendo ser *provocado* pela parte interessada. Somente após o pedido é que o tabelião poderá agir, cumprindo aquela vontade (BRANDELLI, 2009, p. 28).

Uma vez provocado, porém, ao notário é imposto o dever de bem prestar sua função, cumprindo corretamente a vontade das partes. Somente pode escusar-se se a referida vontade for contrária ao direito ou se encontrar-se impedido (BRANDELLI, 2009, p. 28).

Uma interpretação ampla desse princípio determina que é um dever do notário corrigir seus eventuais erros materiais, comprovando-os documentalmente, “[...] sem a participação nem a oneração das partes”, pois o erro não altera o negócio jurídico ou a vontade das partes (BRANDELLI, 2009, p. 28).

Além disso, o serventuário extrajudicial tem “[...] o dever de corretamente dar vazão formal à vontade das partes”. Trata-se de um princípio que se encontra “[...] ínsito à função notarial e indiscutivelmente aceito como um dos princípios que a regem”. Decorre, assim, do próprio *ordenamento jurídico notarial* (BRANDELLI, 2009, p. 28).

Trata-se de “[...] uma norma a ser interpretada e tendo eficácia jurídica, ainda que não haja positividade expressa a respeito”

(BRANDELLI, 2009, p. 28). O Art. 8º da Lei 8935 determina que: “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio” (BRASIL, 1994).

Referido dispositivo, ao determinar a possibilidade de o particular, livremente, escolher o notário que interpretará e traduzirá sua vontade para a linguagem jurídica aplicável corrobora a aplicabilidade plena do princípio da rogação ao notariado, apesar da ausência de dispositivo legal expresso nesse sentido.

3. O NOTARIADO E A PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

No presente tópico serão trabalhadas as atribuições do notário, a busca da segurança jurídica e da confiança negocial por meio do exercício de suas funções, bem como será demonstrado que a atividade notarial pode ser um importante instrumento de celeridade, desafogamento do Poder Judiciário e prevenção de litígios.

3.1 Atribuições do notário como profissional do direito

Tendo em vista que a atividade notarial se encontra no âmbito do direito público, evidente que suas atribuições devem constar expressamente da lei. Nesse mesmo sentido, a Lei 8935 de 1994, em seu Art. 6º, determina as competências gerais dos notários, no seguinte sentido:

Art. 6º Aos notários compete: I – formalizar juridicamente a vontade das partes; II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III – autenticar fatos (BRASIL, 1994, n.p.).

Já o Art. 7º do referido diploma comanda que: “Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I – lavrar escrituras e procurações, públicas; II – lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III – lavrar atas notariais; IV – reconhecer firmas; V – autenticar cópias” (BRASIL, 1994, n.p.).

Note-se, assim, que as funções são divididas entre os notários *lato sensu*, ou seja, àqueles aos quais foi atribuída a função de notas *lato sensu*, que podem ser delegadas, por exemplo, aos Registradores Cíveis de Pessoas Físicas, Jurídicas, Títulos e Documentos e até mesmo de Imóveis, e os tabeliães de notas (notários *stricto sensu*).

Ao elaborar o instrumento de contrato, o notário aconselha as partes e lhes expõe o Direito que rege a relação que se encontra em construção. Por meio de sua atuação, dá *forma jurídica* ao negócio pretendido. Após, expressa a vontade das partes tal qual manifestada em sua presença (ORLANDI NETO, 2004, p. 14-15).

Suas funções são essenciais à vida comercial privada, especialmente quanto à segurança, à confiança, à celeridade, ao desafogamento do Poder Judiciário e à prevenção dos mais diversos litígios. É possível que duas ou mais dessas atividades sejam exercidas concomitante ou sucessivamente em relação ao mesmo particular.

3.2 A segurança jurídica e a confiança comercial

A atividade dos notários prestigia a confiança e a segurança, tendo em vista que a intervenção notarial busca, justamente, fazer com que o negócio se concretize de forma perfeita, impedindo que seja rediscutido a partir de bases estritamente jurídicas ou mesmo que retroaja.

A função notarial é uma *atividade jurídico-cautelara*, consistente em *dirigir imparcialmente* os particulares na “[...] individualização regular de seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica

conforme as necessidades do tráfico e de sua prova eventual” (KOLLET, 2008, p. 11).

Esse conceito, todavia, “[...] encerra um conteúdo definido (direção jurídica dos particulares no plano de realização espontânea do direito), um objeto (os direitos subjetivos dos particulares em sua etapa de individuação), e um fim (a certeza jurídica)” (KOLLET, 2008, p. 11-12).

Sua *finalidade* é a *certeza* ou a *segurança jurídica*. Assim, os tabeliães, ao qualificarem as pretensões dos agentes, devem filtrar os interesses (econômicos ou morais) submetidos à sua apreciação para chancela por meio da “[...] autorização do instrumento público, assemelhando-lhes a eficácia” (KOLLET, 2008, p. 12).

Trata-se de atividade *técnica, jurídica, sistemática e metódica* que visa “[...] ao nascimento dos direitos dentro na normalidade. Para que isso ocorra, os atos e negócios jurídicos, nos quais o Tabelião intervém, devem transitar ilesos pelo plano da validade” (KOLLET, 2008, p. 12).

A possibilidade de conferir segurança jurídica aos negócios jurídicos praticados sob sua tutela jurídica e mediante sua supervisão técnica, bem como firmados mediante sua redação especializada fazem com que as partes obtenham especial confiança no cumprimento de seus termos.

A lavratura de uma escritura pública diante de tabelião, que é um “[...] terceiro neutro e imparcial, especializado, responsável pela confecção, certificação, autenticação e preservação do instrumento de compra e venda” projeta a confiança nos mecanismos jurídicos e no sistema econômico sobre o negócio (CAMPILONGO, 2014, p. 105).

A prática notarial sempre foi o “[...] motor da evolução do direito”. No contexto atual, com as instituições representativas desacreditadas e as judiciárias sobrecarregadas, o notariado é especialmente relevante como *instância produtora de direito* (CAMPILONGO, 2014, p. 112).

No Brasil, a legislação opera abstrata e distante das situações reais e concretas. No notariado latino, especificamente no Brasil, tem-se “[...] a natureza de ofício de acesso e distribuição de justiça”. Isso resulta na “[...] confiança num sistema confiável em razão do direito, sua especialização e garantias” (CAMPILONGO, 2014, p. 160).

Seus emolumentos são fixados a partir da lei. Sua atividade é regulada e fiscalizada pelo Poder Judiciário. A qualidade da prerrogativa profissional está fundada em imparcialidade, transparência, publicidade, legalidade e fé pública de seus atos. Assim, sua é capaz de incutir “confiança na confiança” (CAMPILONGO, 2014, p. 160).

Também a imparcialidade dos profissionais do notariado colabora com a segurança esperada do negócio firmado perante o serventário extrajudicial, justamente porque permite às partes confiarem que não serão tratadas de maneira desigual, sendo uma delas beneficiada ou prejudicada em detrimento da outra.

3.3 Colaboração, celeridade e prevenção de litígios

A segurança jurídica e a confiança integram o trabalho do notariado. Essas características demonstram que a atividade notarial colabora para a solução antecipada dos conflitos entre os particulares. O notário atua como mediador na prevenção da litigiosidade, resolvendo as demandas antes mesmo de sua judicialização.

O crescimento das provocações aos órgãos judiciais faz com que as demandas se acumulem apesar do esforço do Poder Judiciário para fornecer respostas eficientes e tempestivas à realização do direito e da justiça. Esse princípio se liga umbilicalmente à noção de *Justiça Notarial* (REZENDE; CHAVES, 2010, p. 20).

A necessidade contemporânea de proporcionar soluções rápidas àqueles que necessitam da tutela estatal, sem que, no entanto, seja abandonada a segurança das relações une-se ao “[...] princípio da

prevenção de litígios, ou acautelamento” (REZENDE; CHAVES, 2010, p. 20).

Torna necessário o esforço cada vez maior do notariado para exercer seu ofício de maneira segura e cautelosa para prevenir, por intermédio do bom desempenho de suas competências, o potencial litígio, até mesmo na tentativa de desafogar a Jurisdição “[...] nos casos em que está ausente o litígio” (REZENDE; CHAVES, 2010, p. 20).

Desse mesmo modo, a rapidez dos procedimentos notariais em estabelecer negócios jurídicos com segurança e confiabilidade faz com que as demandas não necessitem alcançar o Poder Judiciário, contribuindo sobremaneira para diminuir o acúmulo de processos.

A função notarial é imparcial pois o tabelião deve *dirigir* os indivíduos na busca de seus direitos, de forma desinteressada, exercendo uma *magistratura precautória* diante dos interessados, protegendo a partes igualmente, “[...] prestando-lhes explicações imparciais e oportunas”, agindo como *tabelião das partes* (COMASSETTO, 2002, p. 64).

A função administrativa de *polícia jurídica* é condição de *prevenção*, indispensável à manutenção da ordem jurídica. Seu cometimento a esse *técnico do direito* se manifesta em seu dever de considerar os princípios da *legalidade, autonomia da vontade, igualdade e livre emissão da vontade* (COMASSETTO, 2002, p. 67).

A sociedade necessita de segurança e estabilidade nas relações interpessoais, que é obtida pela atuação cautelosa desses operadores do direito, a desempenhar função *preventiva de conflitos*, consubstanciada no poder de polícia exercido pelo notário, que, ao presidir os atos jurídicos, realiza sua fiscalização (COMASSETTO, 2002, p. 67-89).

Em síntese, notariado é uma organização fundada na *busca da certeza e segurança jurídica* às partes. Não integram nenhuma categoria governamental ou política. É, assim, “[...] uma das mais

modernas instituições pertencentes ao sistema jurídico voltada para a sociedade” (COMASSETTO, 2002, p. 89).

A precaução, a confiança e a segurança jurídica permitidas pela atividade notarial colaboram para a afirmação de que se se adequa aos tempos atuais em patamar superior ao processo judicial, especialmente em relação à celeridade exigida pelas relações negociais contemporâneas.

O Poder Judiciário e a coisa julgada, apesar de serem instrumentos voltados a alcançar a certeza jurídica, são *paliativos*, atuando após instalado o conflito: “[...] é no âmbito da realização normal do direito, no terreno do direito substantivo, onde a incerteza pode mais comumente germinar” (BRANDELLI, 2009, p. 227).

Assim, o deve o Estado ter meios de intervenção nessa área, de maneira que é necessária “[...] uma função que individualize os direitos subjetivos na esfera da realização voluntária do direito, dotando-os de certeza jurídica, certeza essa preventiva” (BRANDELLI, 2009, p. 227).

Além disso, tendo em vista que não pressupõe a demanda, sua impugnação, uma decisão que resolva o conflito de maneira forçosa, a atividade notarial é capaz de resolver os conflitos de maneira muito mais rápida do que o processo judicial. Nesse sentido, ajusta-se à sociedade atual de maneira ainda mais adequada do que a Jurisdição.

O notário, por sua atuação jurídica imparcial, tem a função de *diminuir a litigiosidade civil* e a *quantidade de lides* decorrentes de atos jurídicos privados. Assim, a intervenção notarial é tão importante para a vida comercial que “[...] se ela não existisse, seria necessário inventá-la” (LOUREIRO, 2017, p. 106).

Ao qualificar um ato jurídico como *conforme ao direito*, o notário evita a lide, seja pelo consenso ao qual levou as partes, por lhes ter esclarecido o alcance jurídico do ato, ou porque este foi celebrado de maneira segura, de acordo com o direito, tornando

certo o direito subjetivo de cada parte (LOUREIRO, 2017, p. 106).

A intervenção notarial busca gerar atos *juridicamente perfeitos*, pois a probabilidade de que um ato jurídico defeituoso gere conflitos é o maior. Assim, “[...] a imparcialidade e a formação jurídica dos notários fazem com que sua atuação seja realmente um redutor da litigiosidade em potencial” (LOUREIRO, 2017, p. 106).

A função do notário é necessária à sociedade. A formalização de um ato jurídico de acordo com o direito, fará com que a lide seja evitada, pois as partes chegaram a um consenso, tendo-lhes sido explicado o alcance jurídico de seu ato. Além disso, o ato foi celebrado de maneira segura e conforme o direito (LOUREIRO, 2017, p. 106).

Desse modo, o notariado, em decorrência de todas as características de suas funções, é uma instância de colaboração, confiança, segurança, prevenção de conflitos e, conseqüentemente, de diminuição da litigiosidade, sendo capaz, inclusive, de colaborar para a celeridade do Poder Judiciário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho dos serventuários extrajudiciais é, desde a antiguidade, conferir segurança aos direitos privados. Os agentes notariais são *particulares* que recebem *delegação* do Poder Público, pertencendo à espécie de agente público denominada *particular em colaboração*.

Prestam serviços de natureza *múltipla e híbrida*, já que atuam entre o público e o privado. Prestam um serviço público *lato sensu*, em decorrência da natureza específica e especial de suas atividades. Praticam atos administrativos *lato sensu* relacionados às atividades e negócios jurídicos privados.

São *profissionais do direito*, não agentes administrativos, burocratas ou “carimbadores”. São particulares aos quais é

delegado o exercício de uma atividade caracterizada pela *fé pública*. Não são servidores públicos *stricto sensu*, todavia, pertencem à categoria dos agentes públicos *lato sensu*.

Também na Itália, o notário é um profissional do direito, assim como na França. A atividade administrativa é parte essencial da atuação dos notários, mas não a resume. Antes da Constituição de 1988, a função notarial podia ser acessada, também, de forma *hereditária*.

Caso o titular falecesse, a delegação poderia ser transferida ao seu sucessor. Em decorrência desse sistema, era (e ainda é) comum a referência ao titular de uma serventia como “dono do cartório”. A Constituição, estabeleceu a necessidade de concurso público para acessar a delegação notarial.

Não estabeleceu, contudo, os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, deixando esse encargo para a legislação infraconstitucional, que sobreveio em 1994, por meio da Lei 8935 que, por sua vez, determina que não apenas os graduados em Direito podem prestar o concurso voltado à delegação.

Inclui, também, as pessoas que, apesar de não serem bacharéis em ciências jurídicas e sociais, comprovarem, até a primeira publicação do instrumento convocatório, experiência de dez anos na função. O concurso não oferece um cargo público, mas a delegação de um serviço, que é remunerado por meio de *emolumentos* legalmente fixados.

Por ser serviço público *lato sensu*, a atividade notarial deve obedecer a padrões de qualidade e adequação. O notário é um profissional do direito, que deve ser capaz de interpretar a legislação e auxiliar na construção de negócios jurídicos, atuação que demanda uma gama considerável de conhecimentos.

O notariado deve ser exercido eficiente e adequadamente, permitindo o atendimento dos usuários do serviço notarial de acordo com a lei. Trata-se de atividade complexa, que demanda vários conhecimentos e habilidades. Alcança um grau de

complexidade e dificuldade para das autenticações e dos reconhecimentos de firma.

A função de intérprete da adequação da vontade das partes ao ordenamento jurídico, bem como à sua posterior atuação como conselheiro imparcial das partes concretiza-se por meio da qualificação notarial, após a qual o notário passará a traduzir a vontade das partes, atuando como *redator oficial*.

O trabalho do notário se encerra ao término da lavratura do ato notarial, simultaneamente à sua responsabilidade acerca do negócio jurídico quanto aos acontecimentos estranhos às suas atribuições.

Para garantir a eficiência, a adequação e a juridicidade da atividade notarial, a atividade é regulada pelo Poder Judiciário. A lei fixa diretrizes gerais para a regulação dessas funções, a serem normatizadas pelas Corregedorias Gerais e pelo Conselho Nacional de Justiça.

Essa regulação ocorre de maneira similar àquela que se dá por meio das agências reguladoras quanto às concessionárias de serviços públicos. Os notários são remunerados por intermédio de emolumentos, a confirmar que não são servidores públicos. Sua atividade, todavia, geralmente, não é compulsória.

Apesar de não haver disposição normativa expressa acerca do *princípio da rogação* no que concerne à função notarial, a determinar que o serventuário extrajudicial em regra, não agirá de ofício, este se extrai do ordenamento e da liberdade de escolha dos usuários em relação à escolha do notário que os assistirá.

A Lei 8935 de 1994 divide as competências desses profissionais entre os notários *lato sensu*, aos quais foi atribuída a função de notas *lato sensu* e os tabeliães de notas (notários *stricto sensu*). São funções essenciais à vida comercial privada, à segurança, à confiança, à celeridade, ao desafogamento do Poder Judiciário e à prevenção de litígios.

A atividade dos notários prestigia a confiança e a segurança. A intervenção notarial busca fazer com que o negócio se concretize

perfeitamente, impedindo sua rediscussão a partir do direito, bem como sua retroação. Essas características fazem que as partes obtenham especial confiança no cumprimento de seus termos.

A atividade notarial, a partir de suas características, colabora para a solução antecipada dos conflitos, atuando o notário como mediador na prevenção da litigiosidade, resolvendo as demandas antes de sua judicialização. A rapidez dos procedimentos notariais faz com que as demandas não necessitem alcançar o Poder Judiciário.

O notariado, em decorrência de todas as características de suas funções, é uma instância de colaboração, confiança, segurança, prevenção de conflitos e, via de consequência, de diminuição da litigiosidade, capaz de colaborar, especialmente, para a celeridade e o desafogamento do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 6015**. 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 8935**. 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 dez. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMASSETTO, Miriam Saccol. **A função notarial como forma de prevenção de litígios**. Porto Alegre: Norton, 2002.

DI ZENZO, Carmine Claudius. La ley notarial en Itália: doctrina y jurisprudência. In: Asociación Nacional del Notariado

Mexicado (Org.). **Memória del encuentro nacional para la consolidación del registro nacional de avisos de testamento**. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2005, p. 45-64.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial: doutrina, prática e meio de prova**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FRANÇA. Conselho Constitucional. **Décision n° 2014-429 QPC**. 21 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014429QPC.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do tabelião de notas**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registos e do notariado**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

ORLANDI NETO, Narciso. Atividade notarial: noções. In: DIP, Ricardo (coord.). **Introdução do direito notarial e registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 13-26.

POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade: lições de um notário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

REZENDE, Afonso Celso Furtado; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 5.ed. Campinas: Millennium, 2010.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Antônio Augusto Firmo da. **Compêndio de temas sobre direito notarial**. São Paulo: Bushatsky, 1979.

[249] Pós-doutorado (bolsista PDJ-CNPQ) e Estágio pós-doutoral (bolsista PNPd-CAPES) pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Marília-SP). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Professor Associado V da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. mario.calil@yahoo.com.br.