

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

ACESSO À JUSTIÇA II

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

RENATA ALMEIDA DA COSTA

MAGNO FEDERICI GOMES

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Renata Almeida da Costa; Magno Federici Gomes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-684-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 14 a 16 de novembro de 2018, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), tendo como tema geral: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UNISINOS e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Acesso à Justiça II teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: princípios processuais; técnicas alternativas de resolução de conflitos; auxiliares da justiça e tutela processual coletiva; e serventias extrajudiciais.

No primeiro bloco, denominado princípios processuais, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, o que corresponde ao direito natural de acesso à justiça; os transplantes legais a partir do pensamento de Pierre Legrand; o incorreto sopesamento de princípios que viola a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito; o dever de fundamentação das decisões judiciais; a implantação do Processo Judicial eletrônico (PJe) e a responsabilidade da sociedade frente ao desafio da sustentabilidade; e as respostas possíveis aos desafios quanto à efetividade do acesso formal e material à justiça.

No segundo eixo, chamado técnicas alternativas de resolução de conflitos, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com uma exploração do panorama sobre a forma contemporânea brasileira de gerir conflitos, propondo uma gestão sistêmica de tais conflitos; avaliou-se se há violação da autonomia quando a parte é compelida a conciliação sem concordar com ela; o papel da ouvidoria ante o convênio firmado com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para ampliar a oferta de informações a respeito da resolução apropriada de

disputas (RAD) na esfera judicial; e abordou-se a arbitragem como um meio adequado para solução dos litígios.

Na terceira fase temática, intitulada auxiliares da justiça e tutela processual coletiva, o primeiro trabalho estudou que o acesso à justiça dos vulneráveis se efetivará pela atuação integral da Defensoria Pública, sob o crivo do “salaried staff model”. Ademais, analisou se o Ministério Público, na formação do objeto da lide coletiva, tem o dever de refletir as necessidades concretas dos envolvidos na questão deduzida em Juízo. Posteriormente, explicou a natureza dos interesses individuais homogêneos e a técnica da “fluid recovery”, que representa uma modalidade de execução coletiva para garantia da efetividade da tutela jurisdicional e da ampliação do acesso à justiça; e perquiriu se as ações coletivas, sob o enfoque e reinterpretação do interesse-utilidade e interesse-adequação, podem ser um instrumento processual adequado para solução do aumento quantitativo das lides individuais trabalhistas.

No derradeiro bloco, que versou sobre as serventias extrajudiciais, expôs-se a atuação das referidas serventias dentro do processo de desjudicialização e seu enquadramento na terceira onda renovatória de acesso à justiça, bem como o Provimento nº 67 do CNJ, que dispôs sobre os procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, ao acesso à justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o acesso à justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Profa. Dra. Renata Almeida da Costa

Unilasalle

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**SISTEMA PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA. UM PROBLEMA DE
REALIZAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO**

**PROCEDURAL SYSTEM AND JUSTICE ACCESS. A PROBLEM OF PRACTICE
REALIZATION OF LAW.**

Sílzia Alves Carvalho ¹

Resumo

As respostas possíveis aos desafios quanto à efetividade do acesso formal e material à justiça são complexos. A inafastabilidade do controle judicial foi estudada em sua dimensão jurídica e sociológica. Tratou-se da interpretação do sistema normativo por meio do instrumentalismo. Entendeu-se que o acesso formal à justiça está sendo concebido de forma adequada na perspectiva procedimentalista e democratizante. Quanto ao acesso material à justiça, é necessário repensar as metodologias de interpretação do direito, no sentido de neutralizar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, bem como, assegurar a realização da justiça em sua dimensão Humana.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Democracia, Sistema, Política pública, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The possible responses the challenges as to the effectiveness of formal and material access to justice are complex. Inafasability of judicial control was studied in your legal and sociological dimension. The interpretation of normative system was make through the instrumentalism. It was understood that formal access to justice is being adequately conceived from a proceduralism and democratizing perspective As for material access to justice, it is necessary to rethink the methodologies of interpretation of right, in order to neutralize the supremacy of public, over the private interest, as well as to ensure the achievement of Justice in your Human dimension.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Democracy, System, Public policy, Effectiveness

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Doutoranda pela UC. Professora da UFG/FD, integrante do corpo docente permanente do PPGDP.

1. Introdução

O Poder Judiciário brasileiro, entendido como o sistema de prestação jurisdicional estatal, tem sido considerado problemático; esta afirmação tem como referência as discussões a respeito da efetividade das decisões jurídicas e da razoável duração dos processos, o que foi considerado o paradigma para as alterações no sistema de justiça no Brasil, a partir da década de 90 do Século XX¹. Estas questões são confirmadas anualmente com a publicação dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça, que tem demonstrado índices considerados preocupantes, quanto à taxa de congestionamento no judiciário.

As mudanças para resolver a problemática da prestação jurisdicional no Brasil, têm sido tratadas como uma questão de acesso à justiça. Observa-se que o aspecto focal está sendo localizado nas ideias quanto à eficiência e à eficácia, como meios para a realização dos fins adequados à obtenção da efetividade jurisdicional e à razoável duração do processo. Desse modo, poderá ser alcançado o acesso à justiça. Reconhece-se que a “entrega do bem da vida” ao jurisdicionado é fundamental para a compreensão daquilo que se possa considerar justo. Observe-se, entretanto, que há outros elementos pertinentes à prestação jurisdicional, como a segurança jurídica. Neste sentido, chama a atenção questões formais e materiais do acesso à justiça. Na abordagem a respeito do congestionamento do poder judiciário é pertinente que se estabeleça a diferenciação entre a morosidade sistêmica e a morosidade ativa.

Na perspectiva sistêmica as alterações na prestação de justiça se concentram nos procedimentos judiciais e na introdução e ampliação quanto às metodologias para a solução dos conflitos sociais, através das alterações na Lei de arbitragem e com a promulgação da Lei de mediação. O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou práticas através de procedimentos que promovam as atividades consensuais entre as partes no processo. No âmbito penal, o Conselho Nacional de Justiça tem desenvolvido atividades no sentido de reconhecer a importância da Justiça restaurativa.

Trata-se de uma problemática complexa porque o Estado Democrático de Direito depende do acesso à justiça, sendo este um de seus fundamentos. Por outro lado, o jurisdicionado, a pessoa em juízo, seja esta natural, coletiva ou jurídica deve ter garantida a segurança quanto ao sistema de justiça. A segurança jurídica tem conotações formais, quanto

¹¹ Trata-se aqui do recorte temporal para a abordagem dessa pesquisa. As questões relacionadas com a celeridade e a efetividade dos serviços do Poder Judiciário antecedem este período, contudo não serão tratados neste trabalho.

ao processo e ao procedimento, e tem também um sentido material, quanto a interpretação e aplicação do direito. Assim, se recusa um enfoque formalista a respeito do acesso à justiça, convocando-se a ampliação dessa discussão para outros aspectos do direito, ultrapassando-se os diagnósticos quantitativos, para uma análise sistêmica que considere crítica e praticamente a realização concreta do direito como sistema aberto e autônomo.

O método de abordagem será dedutivo, com referência ao conceito axiológico-jurídico de justiça proposto por Castanheira Neves, "... e o que é a justiça senão a exigência da plena humanidade desse critério?"² O procedimento para a realização da pesquisa é o bibliográfico, sendo a metodologia qualitativa para a análise conceitual e prática da complexa problemática da solução dos conflitos sociais com Justiça.

2. Uma reflexão metodológica do direito como uma experiência humana

A experiência da humanidade pode ser reconhecida como de impermanência, assim a história do Homem e de sua constituição cultural revela profundas mudanças em seu modo de vida. Nesse sentido há alterações em suas relações entre os indivíduos, entre estes e a comunidade, entre a comunidade e a sociedade, entre a sociedade e o Estado, e ainda, entre os indivíduos e o ambiente natural. Portanto, se admite que a experiência humana esteja sujeita a transformações constantes, sendo este um aspecto prático-cultural constitutivo da sua existência individual e de sua realidade comunitária, social, política e econômica.

Quanto às questões relacionadas à existência humana há que se considerar sua dualidade, no sentido ontológico-individual e sua condição como Ser, que se humaniza na comunidade. É através da comunidade que se organiza o ambiente social e cultural. Assim, se constitui em uma única dimensão o indivíduo e sua experiência prático-cultural e social. Ressalte-se que não há uma fusão em que estas realidades se tornem amorfas; pelo contrário, o Humano é constituído a partir de sua dimensão individual e comunitária. No ambiente comunitário se desenvolvem os signos que possibilitam a organização da sociedade. O ambiente social tem sido admitido como complexo em decorrência da pluralidade de relações que se desenvolvem nesse contexto.

Esta complexidade pode ser compreendida de diferentes maneiras, opta-se por trata-la como a possibilidade da existência de diferentes respostas para o mesmo problema, o que

² NEVES. Digesta, Vol. 1. Direito e Justiça. p. 267.

pode ser atribuído à metodologia instrumentalista, a qual demarca as condições de abordagem da questão relacionada com a complexidade, podendo ser definida, portanto, uma ou mais respostas para o mesmo caso. Este é um problema da atualidade, conquanto suas origens sejam indeterminadas historicamente. Neste sentido é pertinente esclarecer que estas afirmações se referem à realidade social e aos conhecimentos que esta desafia. Ainda quanto ao conhecimento, observa-se que, embora existam reconhecidas tentativas de se estabelecer relações causais quanto aos fenômenos sociais, estas se revelam precária em fase de sua reconhecida complexidade.

Assim, é admitido *à priori* que os fatos próprios do ambiente social não podem ser conhecidos a partir de leis causais, não se submetendo aos métodos adequados para o estudo das ciências da natureza. Esta afirmação tem implicações com relação à compreensão sobre o tipo de conhecimento que pode ser caracterizado como científico.

[...] A visão de uma ciência objetiva, neutra, a-histórica, capaz de formular leis gerais sobre o funcionamento da natureza, leis estas cujo valor de verdade seria garantido pela aplicação criteriosa do método já não se sustenta. [...] Se estas questões têm sido levantadas com relação às ciências físicas, o problema se torna ainda mais complexo quando se trata das ciências sociais, pois àquelas questões se adicionam outras. Basicamente, a discussão gira em torno das possibilidades e vantagens de se usar o modelo das ciências naturais para o estudo dos fenômenos humanos e sociais. (ALVES-MAZZOTTI, GEWANDSZNAJDER, 2001, p. 109)

Entende-se que os conhecimentos quanto ao ambiente social tem caráter sistêmico ou organizacional, que segundo Losano (2008, p. 10) “Na acepção atécnica mais rigorosa, ‘sistema’ indica a organização do mundo, seja natural, seja social”. Desse modo, o sistema social e os demais sistemas, como o jurídico, que se acoplam a ele, pode ser descrito e explicado, mas não admite abstrações causais. A complexidade, neste caso, pode ser considerada um atributo dos sistemas que operacionalmente estão vinculados ao fenômeno histórico-cultural-humano³. A concepção lógico-empirista, embasada no método de abordagem indutivo, orientador do positivismo e do pós-positivismo são refutadas, neste estudo. Opta-se pela realização da pesquisa tendo como referencial o criticismo racionalista.

Considerando o direito quanto às suas potencialidades referentes à Justiça, axiologicamente constituída a partir da experiência histórica e prático-cultural Humana, o

³ Há uma aparente redundância na expressão ‘histórico-cultural-humano’, mas é proposital, pois é importante que seja definido o humano, como indivíduo, e como sujeito social. Esta é uma questão significativa neste trabalho.

objeto dessa pesquisa é o acesso material e formal à justiça, tendo-se em vista sua efetividade a partir da reconstituição metodológica da teoria geral do processo.

A contextualização da pesquisa se relaciona com o fenômeno social que se identifica como a “crise do poder judiciário”, ou “crise do acesso à justiça”, ou ainda “crise da prestação jurisdicional”. Entende-se que se trata de um fenômeno social, pois a organização estrutural do Poder Judiciário se relaciona com os poderes legislativo e executivo, por dependerem de legislações e orçamentos destinados a tal fim. Por outro lado, os serviços judiciários-prestação jurisdicional são realizados à favor das pessoas⁴, considerando o ambiente onde se desenvolvem suas relações sociais, econômicas e políticas. Propõe-se desse modo, a se repensar o acesso à justiça considerando a concepção racionalista prático-cultural que tenha a pessoa como o destinatário final da Justiça. Neste sentido, segue-se com Castanheira Neves (2005), para afirmar que [...] a verdade do direito [] deve ser buscada [] [...] “no plano da realização prático-material da sua histórica concreção, já que só a resolução dos concretos problemas jurídicos, sob o signo da justiça, se oferece como a alternativa humana para o direito”.

3. Abordagem sociológica do sistema de justiça no Brasil

Sob o ponto de vista sociológico é reconhecido que de acordo com Boaventura de Sousa Santos, as questões quanto à prestação jurisdicional devem ser tratadas da seguinte forma:

O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contractos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos económicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. [...] O que significa que a litigação tem a ver, não só com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efectividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação. (SANTOS, 2015, p. 22)

⁴ Pessoa, no texto será usada em sua acepção jurídica, de acordo com o Código Civil brasileiro de 2002, artigos 1º, 40, 41, 42, 43 e 44. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, no artigo 8º 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”. Por sua vez, o inciso III, do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Até a década de 1990 do Século XX houve a expansão do Estado Social, como pode ser denominado o pensamento segundo o qual, é legítima a intervenção parcial na liberdade individual e econômica com o objetivo de atenuar as externalidades negativas do liberalismo econômico. Foram criados direitos sociais e coletivos, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema econômico, assim os sujeitos que não se beneficiaram com o liberalismo, ou que de algum modo, tenham sido excluídos no processo liberal-individualista, retornaram ao sistema como portadores de direitos sociais, e posteriormente como sujeitos das relações de consumo.

As garantias criadas, na esfera do legislativo para atender à nova realidade econômica, social e política; não tiveram sua efetivação planejada, sobretudo, quanto às possíveis consequências relacionadas com as eventuais imperfeições em sua realização. No contexto judiciário, pode ser mencionado o aumento das demandas, o que não teve correlação com alterações nos serviços de prestação de justiça. Nessa circunstância observa-se a morosidade quanto à solução do conflito jurisdicionalizado, como um dos problemas mais visíveis, da sociologização do direito como meio ou instrumento para a correção das externalidades negativas criadas pelo liberalismo ausenteísta predominante até o final do Século XIX, no ocidente.

Na esfera do poder judiciário, o seu protagonismo se relaciona com a constitucionalização daquelas garantias e do acesso à prestação jurisdicional estatal. Em decorrência do descompasso entre os poderes do Estado, se observa outro aspecto relevante quanto à compreensão sobre o problema da prestação jurisdicional:

Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram pelo que designo de curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração do mesmo acto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efectivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade do direito ordinário. (SANTOS, 2015, p. 25/26)

Dessa forma, o Poder Judiciário passou a intervir na administração pública para assegurar a concretização dos direitos sociais e de políticas públicas, que deveriam ser conduzidas pelo poder executivo. Nesse quadro, tem início a politização da justiça, uma vez verificada a frustração das garantias do Estado social, pela omissão da atividade administrativa. Foram transferidas, para o Poder Judiciário, expectativas que somente

poderiam ser realizadas pelo executivo, e através do processo político. A complexidade dos problemas que envolve a relação entre os poderes do Estado tem diferentes consequências, sendo pertinente a esta pesquisa, a questão sobre as possibilidades de que a atividade jurisdicional realize a efetividade dos direitos sociais com Justiça.

A compreensão a respeito da justiça que se propõe deve ultrapassar o contexto social, político e econômico, a fim de que o próprio Homem, em sua complexa existência perceba o sentido do justo, como um valor histórico-cultural. Neste sentido, se compreende que o direito poderá contribuir significativamente para assegurar o acesso formal e material à justiça. Desse modo, a pesquisa tomará como referência para a abordagem do problema da processualidade, o pensamento da teoria do direito crítico-reflexiva apresentada por Castanheira Neves.

4. Acesso à justiça como direito fundamental Constitucional

A compreensão a respeito dos direitos fundamentais Constitucionais e sua dimensão no sistema legal tem sido objeto de muitos estudos, em Alexy (2011, p. 520) “O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”. Entende-se com base em Alexy que a Constituição brasileira de 1988 foi concebida tendo como referência o pensamento positivista em sua dimensão dogmática analítica, orientando-se, quanto aos direitos fundamentais, pela fundamentalidade formal e procedimental. O momento histórico pós-totalitarismo militar justificou, até certo ponto⁵, a opção político-jurídica pela concepção sistêmico-estruturalista piramidal em uma vertente teórica kelseniana.

A democracia⁶ é a característica que consta no preâmbulo da Constituição de 1988, como essencial ao Estado brasileiro, sendo os seus fundamentos expressos no seu artigo 1º. O título II, Capítulo I, no artigo 5º, inciso XXXV⁷ dispõem sobre o acesso à justiça, portanto, elencado entre os direitos e garantias fundamentais Constitucionais. O legislador Constituinte criou uma obrigação positiva para o Estado democrático quanto à prestação jurisdicional, fazendo-o na dimensão da fundamentalidade formal procedimental e dogmática analítica.

⁵ É difícil esta afirmação, uma vez que, a década de 80 do Século XX, cristalizou uma fase histórica do ocidente que culminou com o 9 de novembro de 1989-Queda do muro de Berlim. O ideário filosófico, político e jurídico que embasou esse processo histórico tem sua centralidade na superação do pensamento positivista, no ocidente. Logo, no Brasil, a promessa democrática, se alicerçou em uma vertente teórica superada, quanto se possa discutir suas ramificações e reelaborações.

⁶ Artigo 1º, parágrafo único CF/88. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷ Artigo 5º, XXXV CF/88. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De forma resumida, a dimensão *analítica* diz respeito á dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento). (ALEXY, 2011, p. 33-34)

Nos anos 90 do Século XX, houve um período de assimilação do texto Constitucional de 1988, tendo se iniciado os desafios quanto a sua interpretação e aplicação, sendo relevante aqui observar que internamente o sistema legal vigente no Brasil, em vários aspectos, era incompatível com a Constituição, sendo este um dos pontos que levou à crise atual do Judiciário. Verifica-se que ao interpretar a Constituição em face do sistema legal vigente o Judiciário não se ateu às consequências da instabilidade da jurisprudência, decorrente da ausência de orientação teórica nas decisões. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, seus membros te proferido decisões em que não se reconhece um viés teórico Constitucional brasileiro.

O acesso à justiça, como garantia fundamental Constitucional, foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, no SE 5.206, Espanha (AgRg), rel. min. Sepúlveda Pertence, 12/12/2001. Neste julgamento, o STF interpretou a Constitucionalidade da Lei 9.307/96 em face do inciso XXXV do artigo 5º, da CF/88, tendo o min. Moreira Alves suscitado a questão quanto ao fato da lei de arbitragem contrariar ou não, o princípio fundamental Constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário. No voto do min. Carlos Velloso, ao tratar da matéria, entendeu-se que a garantia de acesso à justiça tem caráter instrumental das tutelas de direito material, podendo, portanto, o jurisdicionado, com fundamento na autonomia privada da vontade, celebrar a cláusula compromissória. Observa-se, que naquele momento histórico, o STF entendeu que o sistema legal brasileiro admite a compatibilidade com a Constituição de 1988 do dispositivo que flexibilizou o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito. Esta decisão alterou a interpretação dogmática analítica de aplicação dessa garantia fundamental.

A sociologização do direito no Brasil ocorreu, sobretudo, a partir das mudanças introduzidas pela Constituição de 1988. Sua interpretação e aplicação levou a adoção de hermenêuticas que possibilitassem a abertura sistêmica do direito, tendo em vista os desafios que se apresentaram para o mundo e para Brasil, identificados como crise dos paradigmas da

modernidade. Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 62), trata esta questão como uma “[...] nova visão do mundo e da vida conduz a duas distinções fundamentais, entre conhecimento científico e conhecimento do senso comum, por um lado, e entre natureza e pessoa humana, por outro”. Essa separação levou à ruptura metodológica das ciências sociais com as ciências da natureza, e, em última consequência para o direito, a crise sistêmica relacionada com as concepções do pensamento jurídico como sistema fechado e, portanto, com o normativismo positivista e pós-positivista do direito ao qual, o texto Constitucional foi concebido.

O acesso à justiça nessa perspectiva se torna objeto de discussões quanto à sua efetividade formal e material, enquanto garantia fundamental à ordem jurídica justa. Assim, as questões formais se constituem como questões procedimentais, quanto aos métodos de resolução de conflitos. O acesso à ordem jurídica como garantia material de Justiça tem exigido a releitura e a reconstrução da compreensão a respeito do direito. Para tanto, o pensamento filosófico do direito, a partir da concepção de justiça em Castanheira Neves, se apresenta como uma alternativa para o trabalho.

No equilíbrio entre a participação (que pressupõe o valor da pessoa e é implicante de liberdade e igualdade) e a responsabilidade (implicante, por sua vez, de solidariedade e corresponsabilidade), ambas comunitárias, temos de novo o que se haverá de **entender por justiça** – a intenção, e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo constituído por todos.(NEVES, 2010, p. 281). grifo nosso

Portanto, o acesso material à justiça deve ser compreendido como a realização prático-cultural-Humana de uma normatividade sistêmica e crítica, na medida em que se caracteriza pela complexidade metodológica que cria o direito a partir da atividade jurídica e judicial no Estado Democrático de Direito, tendo como “engaste” o sistema formal de solução de conflitos.

Assim, pode-se contribuir no debate a respeito da garantia Constitucional de acesso à justiça, aprimorando-se as ideias da professora Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 75) ao afirmar: “O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”.

5. Processo e pensamento sistêmico

Quanto ao diagnóstico a respeito dos problemas que envolvem o acesso à justiça, e a morosidade⁸ se observa que suas vastas consequências são de difícil mensuração. Admite-se que a morosidade tenha um efeito perverso relacionado com a perda da confiança no Poder Judiciário e na justiça. A premência dessa situação desafia discursos de muitos tipos⁹. Sabe-se que sob o ponto de vista metodológico, o pensamento sistêmico-instrumentalista tem sido referencial para a abordagem da questão quanto à solução da morosidade. As palavras do prof. Calamandrei prenunciam a crise do processo.

Eu creio que o *puns dolens* desta nossa pesadume de estudiosos (que não é, como poderia parecer, sinal de esgotamento e de abandono, senão grito daquela profunda consciência moral que deve vivificar desde dentro também a ciência), tem sido tocado por Satta, ao dizer, num momento de desencorajamento, que é inútil perder tempo em estudar a finalidade do processo, porque o processo *não tem finalidade*. Creio que precisamente este é o centro do problema: a *finalidade do processo*; não a finalidade individual que se persegue no juízo por cada sujeito que participa nele, senão a institucional, **a finalidade que poderia se dizer social e coletiva em vista da qual não parece concebível civilização sem garantia judicial**. (Calamandrei, 1999, p. 178) grifo nosso

Possivelmente as mudanças na hermenêutica Constitucional de processo no Século XX tenham sido influenciadas pela crise denunciada por Calamandrei e pelo reconhecimento da necessária abertura sistêmica do pensamento processual. Neste sentido, a obra de Cappelletti,

[...] una nueva escuela de pensamiento procesalístico y jurídico en general, que, encontrando sus precursores italianos en un gran procesalista como Piero Calamandrei y en un gran comparatista como Tullio Ascarelli [...] Rechazando el método, considerado actualmente estéril, de la dogmática tradicional, la indagación es llevada aquí en cambio sobre todo a la que ha sido llamada la “política del derecho” [...] No se trata ya de someter los datos del proceso a un análisis meramente abstracto y “neutro” (o aparentemente neutro), indagandolo de manera abstracta y formal – buscando una mera “exégesis de palabras”, o simetrias y construcciones geométricas de “sistemas” - ; sino de ver, de una manera bastante más realística y responsable, su obrar dinámico y concreto em la sociedad, a la luz de

⁸ Conselho Nacional de Justiça-CNJ. Relatório justiça em números 2017. p. 183. “A análise do tempo médio de tramitação aponta onde está a morosidade da Justiça” [...]. No Brasil há um diagnóstico consolidado sobre o tempo médio de tramitação dos processos no poder judiciário, sendo considerado grande o lapso temporal entre o protocolo da ação e a efetividade da decisão. Segundo o CNJ, os processos de execução são os com a maior morosidade.

⁹ Rui Barbosa, p. 40. [...] Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. [...]

exigências y tendencias reformadoras, de valores individuales y sociales descubiertos a través de análisis que con frecuencia asumen necesariamente carácter histórico-comparativo y sociológico. Los institutos procesales comienzan así a ser contemplados bajo el perfil de su efectividad, de su accesibilidad, de su adecuadez a las instancias de una sociedade renovada y a los valores de una Constitución que está proyectada hacia la construcción de un orden social más justo y más moderno. (CAPPELLETTI, 1974, p.XVI-XVII introducción)

Sob o ponto de vista do pensamento sociológico instrumental-funcionalista, Luhmann¹⁰ propôs a teoria dos sistemas autopoietico; na perspectiva da escola de Chicago – Economic and Law, o sistema é tratado como área aberta, segundo Richard Posner.

From this proposition derive four fundamental principles of economics that organize the analysis of law in this book. They are the Law of Demand; opportunity cost; the tendency of resources to gravitate toward their most valuable uses; and equilibrium. These turn out to be straightforward, intuitive premises of economic anaysis. (POSNER, 2014, p. 5)

Em qualquer dessas concepções sistêmicas, os objetivos quanto à solução da morosidade envolve os conceitos de eficiência, eficácia, efetividade, segurança e celeridade. Portanto, a metodologia sistêmica que poderá tornar o poder judiciário capaz de garantir o acesso à justiça, deve estar vinculada às ideias quanto aos resultados quantitativos. A questão do congestionamento dos processos, no Brasil envolve a máxima jurisdicionalização dos conflitos sociais e a capacidade do judiciário em apresentar resultados efetivos, seguros e em curto prazo. Acredita-se que está correta esta abordagem, contudo, entende-se que deve haver uma análise crítica quanto a isso, sobretudo, em relação às causas determinantes da morosidade.

O direito é complexo, disso decorrendo o reconhecimento da sua natureza sistêmica. Assim, se admite à *priori* duas ordens no direito, sendo por um lado formal, ensejando um conjunto procedimental atinente ao processo, e outra material, relativa às regras jurídicas que tratam da atuação das pessoas¹¹. Esses aspectos do direito não se esgotam em um conjunto de normas fechadas, considerando o Estado de Direito. A concepção legalista e normativista fechada é insuficiente para determinar o direito. A dimensão histórica e cultural de sua

¹⁰ Considerando os limites desta pesquisa e a complexidade do pensamento luhmaniano a respeito da teoria dos sistemas, deixa-se de tratar da teoria autopoietica luhmaniana. Contudo, o texto de referência para este estudo está na obra *Law as a Social System* (2008)

¹¹ Não se pretende esgotar os conceitos a respeito do direito material e formal. Apenas destacar essas duas ordens normativas que são sob o ponto de vista finalístico, distintas e complementares.

constituição deve ser considerada para a sua compreensão, a fim de que o direito realize todas as suas potencialidades.

Portanto, as soluções possíveis para a morosidade desafiam um tipo de enfoque que considere essa complexidade do direito, assim como sua autônoma constituição, a qual ultrapassa o sistema político estatal, o sistema social e o sistema econômico. A efetividade e a segurança do direito suscitam a retomada do Homem como Ser complexo, na sua compreensão sistêmica. O acesso à justiça depende de que a pessoa, em sua dimensão individual e comunitária, esteja integrada ao sistema de interpretação e aplicação do direito.

Ainda quanto à morosidade, se entende serem oportunas as colocações sobre o assunto feitas por Boaventura de Sousa Santos, nos seguintes termos:

Contudo, deve-se ter cautela. Não se deve associar directa e imediatamente ganhos de celeridade com maior eficácia ou qualidade no funcionamento dos tribunais. A organização do sistema deve ter a consciência de que o objetivo a atingir é o controlo dos atrasos e não a sua eliminação pura e irracional. [...] Dada a necessidade de se distinguir os casos de lentidão processual decorrente da sobrecarga e das deficiências de desempenho do sistema justiça, daqueles outros em que a morosidade se associa a uma intencional inacção e não-decisão, defendo que é preciso distinguir dois tipos de morosidade: a morosidade sistémica e a morosidade activa.

A morosidade sistémica é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo. [...]

As situações de morosidade activa são situações de processo “na gaveta”, de intencional não-decisão em que, em decorrência do conflito de interesses em que estão envolvidos, os envolvidos e os responsáveis pelo encaminhamento da decisão utilizam todos os tipos de escusas protelatórias possíveis. [...] (SANTOS, 2015, p. 34-50)

Desse modo, a morosidade ativa deve ser combatida como uma falta administrativa, ou mesmo como um tipo penal, esta situação deve ser coibida de forma rigorosa. Estas situações não demandam políticas públicas específicas para o seu combate. O que se exige é que se apliquem os mecanismos do sistema judicial para inibir tais práticas. Em relação à morosidade sistémica, observa-se um quadro grave, em que boas iniciativas, como as reformas do Poder Judiciário e do sistema de processo somente poderão contribuir com o acesso à justiça e com a redução do congestionamento¹² do judiciário, se houver uma melhor

¹² CNJ, Relatório justiça em números 2017, p. 66. Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados).

compreensão sobre a complexidade do direito e sua possibilidade de concretização da Justiça.¹³

Acredita-se que a Justiça em sua dimensão Humana deve ser concretizada, tanto em relação ao seu destinatário, como quanto à sua democratização, no sentido que deve representar a configuração de um tipo de acesso que se realize tanto com as prestações de justiça pelo Estado, como por outros meios que atuem de forma a democratizar as escolhas das pessoas em relação a outros sistemas de justiça, não estatais.

6. Políticas públicas de acesso à justiça

O Estado na modernidade ao restringir parcialmente as liberdades individuais para assegurar as tutelas de ordem social, o fez atendendo a determinados parâmetros que se relacionam com os aspectos que entrecruzam a ordem pública e a ordem privada. Podem ser mencionadas diversas ações estatais para a realização desse fim. A teoria a respeito da criação de direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração ou dimensão histórica das conquistas relativas à organização social ilustra esse processo. Conquanto haja críticas quanto à teoria geracional dos direitos do homem proposta inicialmente por Karel Vasak em 1979, para explicar a historicidade quanto à Constitucionalização desses direitos, que passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais, a partir de sua positivação; esta perspectiva possibilita a contextualização a respeito das conquistas sociais em relação ao Estado absolutista, ao Estado liberal moderno e à estruturação do Estado Social de Direito.

Desse modo, é possível identificar a expansão das ações do Estado para a realização dos direitos fundamentais, sendo que as políticas públicas estão inseridas neste ambiente, como prestações públicas em favor da sociedade para assegurar a efetividade daqueles direitos, na dimensão individual e comunitárias das pessoas.

[..] reconceituam-se, com vantagem científica, as políticas públicas como aqueles *programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva*. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), *que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da*

¹³ Ressalta-se que o pensamento jurídico-sociológico do professor Doutor Boaventura de Sousa Santos é um importante diagnóstico sobre os problemas decorrentes do direito como uma epistemologia científica, concebida sob o prisma de seu fechamento sistêmico. Contudo, se diverge quanto à questão da autonomia do direito, como uma compreensão positivista ou pós-positivista.

Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras. (FREITAS, 2014, p. 32) grifo do autor.

A concretização do acesso à justiça, como mencionado anteriormente, se irradia entre as políticas públicas no Brasil, sendo que o Conselho Nacional de Justiça¹⁴ e o Congresso Nacional¹⁵ têm atuado neste sentido. O sistema judiciário tem se mobilizado de diferentes formas para criar as condições materiais e de pessoal no sentido de efetivar as tutelas jurídicas quanto à prestação jurisdicional como acesso à justiça¹⁶. Entre outras ações tem sido promovido o Movimento Permanente pela Conciliação, como um dos meios para que o acesso à justiça seja democratizado e efetivo.

[...] as políticas públicas podem ser retraçadas, no intuito de concretizar, de maneira simultânea, as metas constitucionais e democráticas prioritárias, a saber: (a) o crescimento com foco nas oportunidades sociais, (b) a facilitação do acesso desburocratizado à economia lícita, (c) a canalização criteriosamente regulada da poupança, (d) a redução acentuada dos tributos indiretos e dos encargos trabalhistas, (e) a prevenção e a precaução como notas dominantes do planejamento estatal, (f) o resguardo estrutural da estabilidade dos preços, (g) **a solução hábil e tempestiva dos conflitos**, e (h) o aperfeiçoamento educacional do discernimento decisório. (FREITAS, 2011, p. 14) (grifo nosso)

Os problemas pertinentes ao acesso à justiça devem ser considerados em sua completude, o que significa afirmar, a existência de aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos atuando simultaneamente na definição e na realização das políticas públicas atinentes às questões da prestação dos serviços de justiça democrática, o que pressupõe a eficiência, a eficácia, a segurança, a celeridade e o acesso ao conteúdo substancial quanto à Justiça na solução dos conflitos, visando à pacificação social.

7. Efetividade do direito fundamental ao acesso à Justiça.

¹⁴ Resolução 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

¹⁵ Lei de Mediação – Lei 13.140/15; Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96 com as alterações da Lei 13.129/15; Código de Processo Civil de 2015 – Lei 13.105/15, ao tratar das normas fundamentais do processo civil, dispõe: artigo 2º, § 3º. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁶ Recomendação nº 50 de 08/05/2014 do CNJ. CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução e prevenção de litígios;

A realização¹⁷ dos ideais Constitucionais quanto ao acesso à Justiça tem sido buscada através de diferentes meios, como se observou anteriormente. Sob o ponto de vista formal, entende-se que as alterações no sistema jurídico e as políticas públicas que vem sendo adotadas deverão produzir resultados positivos quanto aos efeitos perversos da máxima jurisdicionalização do conflito social, tais como a morosidade no alcance de um resultado final. Observe-se, contudo, que se trata de percorrer uma jornada que demanda esforços no sentido de se abandonar concepções teóricas formadas no ambiente autoritário, onde o Estado detinha as prerrogativas quanto ao acesso à justiça, por meio da sub-rogação legal, naquela perspectiva do Estado de Direito prevalecente até meados do Século XX. De acordo com o Relatório Justiça em números 2017¹⁸ estas são expectativas que ainda não tem se concretizado.

A superação do formalismo restritivo quanto à compreensão do acesso à Justiça, para se chegar a outro patamar a esse respeito, tem ocorrido naquela percepção do acesso à ordem jurídica justa entendida como uma tutela adequada. Logo, o método para a solução do conflito deve ter o condão de assegurar a realização do justo. Assim, se estabelece uma relação circular entre a ordem jurídica justa, o método adequado e o resultado-pacificação social. O direito pode realizar a Justiça, desde que os instrumentos sejam adequadamente utilizados. Acredita-se que este viés teórico seja oportuno diante dos desafios do Estado brasileiro para dar efetividade aos direitos fundamentais, entretanto, é insuficiente na medida em que o destinatário final da Justiça deve ser sempre a pessoa Humana, em sua dimensão individual e comunitária.

Na perspectiva funcional-instrumentalista do acesso à justiça o sistema jurídico operacionaliza a normatividade como sistema fechado. Portanto, o direito retroalimenta o próprio direito, e, nesse ambiente o sentido do Justo se dilui na expectativa social, econômica e política da resolução do conflito, enquanto resolução dos problemas do próprio Estado de Direito quanto à efetividade das garantias fundamentais. Esta é uma condição que poderá ter um consequente desagregador das políticas públicas de acesso à justiça, pois as pessoas sujeitas a este sistema poderão desenvolver resistências e descréditos quanto aos riscos e efeitos presentes nos resultados.

¹⁷ ABBAGNANO, 1999, p. 306. EFETIVO (in. *Actual*; fr. *Effectif*; al. *Wirklich*; it. *Effettivo* ou *Effetuale*). O mesmo que real (v. REALIDADE). Em italiano e francês, esse termo ressalta o caráter que a realidade possui diante do que só é imaginado ou desejado; em inglês e alemão, ressalta o caráter que a realidade possui diante do que é somente possível.

¹⁸ Relatórios Justiça em números 2017, CNJ. p. 125. Ainda não houve crescimento considerável do índice de conciliação, uma vez que o aumento em relação ao ano anterior foi de apenas 0,8 ponto percentual. Há de se considerar que na medição do indicador não são consideradas as conciliações feitas em fase pré-processual.

Consterno-me com a possibilidade de os instrumentos consensuais terem um fim trágico no médio prazo, diante a perpetuação de um estatismo, que afasta a efetiva colaboração dos particulares com a gestão pública, e da cultura da exorbitância, com a apresentação da Administração à mesa de negociação revestido de prerrogativas públicas intransponíveis. Pouca atenção se tem dado à negociação dos acordos administrativos, quando, na verdade, a consensualidade é primordialmente um mecanismo de negociação. Se a negociação inexistente ou não confere ao particular mecanismos efetivos de proposta e contraproposta, a consensualidade está em risco. (MEDAUAR, 2017, p. 18)

Assim como Calamandrei denunciou a crise do processo, observa-se que Medauar denuncia os danos que poderão advir em decorrência da aplicação meramente instrumentalista e quantitativa das metodologias democratizantes do acesso à justiça no Brasil. De fato, o texto se refere à administração pública, contudo, se entende que o desafio de compatibilização hermenêutica e sistêmica entre a Constituição concebida sob o viés estruturalista piramidal, aderente ao pensamento pós-positivista, e um sistema normativo que tem sido interpretado a partir do instrumentalismo sistêmico, como área aberta, como meio para a efetivação social do direito ao acesso democrático à justiça; há riscos comuns à ordem jurídica na esfera pública e privada.

A realização concreta do direito ao acesso à justiça, conquanto se relacione com aspectos formais, exige uma compreensão mais ampla em que a pacificação social alcance a dimensão da pessoa. Não se trata apenas de resolver um conflito jurisdicionalizado ou submetido a algum outro método considerado mais adequado para o caso, a fim de que o Poder Judiciário alcance suas metas, e melhore seus índices de produtividade, e sua taxa de congestionamento demonstre uma maior eficiência e efetividade dos serviços prestados. O interessado parcial - jurisdicionado, nessa relação conflituosa, se apresenta como um mero inconveniente que deve aceitar o seguinte: “é melhor resolver logo, do que esperar uma justiça incerta e demorada”.

8. Conclusão

É possível uma resposta, aos problemas, que envolve o acesso à Justiça no Brasil sob o ponto de vista formal e material. Esta pesquisa demonstrou que quanto às questões procedimentais os métodos que foram introduzidos no sistema legal e judiciário brasileiro, inclusive com a revisão a respeito das concepções do direito processual, representam ganhos significativos quanto às possibilidades dos serviços de resolução de conflitos se tornarem quantitativamente mais eficientes e eficazes. Outro aspecto a ser destacado, é a democratização do sistema de justiça, com a existência de alternativas quanto à metodologia a

ser utilizada para a solução do conflito. É importante reconhecer nessas práticas soluções que viabilizarão uma prestação de justiça mais efetiva e célere. Deve ser lembrado que o aprimoramento no diagnóstico sobre a morosidade terá um efeito positivo, porque a solução do problema da morosidade ativa é distinta da solução da morosidade passiva.

Quanto aos aspectos substanciais do acesso à justiça, foram identificados desafios relacionados com o método de interpretação da Constituição de 1988, relativamente às alterações teóricas sobre o pensamento jurídico. É possível diagnosticar uma fissura entre o texto Constitucional, criado sob o viés teórico sistêmico fechado, e o sistema normativo que o precedeu, concebido como um sistema que operacionaliza admitindo sua abertura ao ambiente social, econômico e político. Este dissenso afeta a prestação de justiça em relação à segurança jurídica, o que provoca o desgaste institucional quanto à credibilidade do Poder Judiciário.

Por outro lado, as tutelas jurídicas criadas pelo Estado de Direito Democrático e Social, foram implementadas sem a definição pelo Poder Executivo de meios eficientes para a sua concretização. A consequência foi a frustração generalizada das pessoas no ambiente social, levando à jurisdicionalização dos conflitos decorrentes dos déficits das ações do Poder Executivo. Em última análise, ao ser convocado a decidir a respeito da realização concreta dessas prestações devidas pelo Estado Social, o Poder Judiciário se politiza, e seus membros adotam uma atuação interveniente na atividade da administração pública, reconhecida como ativismo judicial. Logo, não haverá solução possível para o acesso material à justiça nesta perspectiva.

Considerando a grandiosidade e a complexidade relacionada com o acesso substancial à justiça, entendeu-se que é necessário compreender que o direito é um sistema que crítica e praticamente é autônomo, contudo sua normatividade é aberta, se constituindo e se reconstituindo metodologicamente com referência à experiência histórico-cultural-Humana. Disso decorre que, axiologicamente o direito se concretiza praticamente com o reconhecimento de que sua realização depende da neutralização da supremacia do Estado sobre a pessoa, como garantia democrática. Por outro lado, a pessoa deve ser compreendida como um Ser sujeito a responsabilidades individuais e comunitárias. É nesta perspectiva que se propõe um tipo de resposta, em que o acesso à justiça tenha uma dimensão Humana, não se restringindo à concepção sociológica, política e econômica sobre o direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução Cristina Serra. 8ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXI, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**.

http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 18 ago. 2018. 10:20.

BRASIL.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018, 9:21.

BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2018, 9:30.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice. The anthropological perspective**, Vol. IV. Edited by Klaus-Friedrich Koch. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

_____. **Proceso, Ideologias Sociedad**, Traducción de Santiago Sentís y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed. refundida e aumentada, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito Constitucional à Democracia. In: FREITAS, J. TEIXEIRA, A. V. Organizadores. **Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Editora Modelo, 2011. p. 11-39.

GRINOVER, Ada Pellegrin. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KUHN, Thomas Samuel. **The Structure of Scientific Revolutions**. Second Edition Enlarged. United States of America: Editor-in-Chief Otto Neurath, 1970.

LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura do direito**. Volume. 1. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. 1ª ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Translatede by Klaus A. Ziegert. New York: Edited by Fatima Kastner and other. Oxford University Press, 2008.

NEVES, Antonio Castanheira. **O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito**. Coleção Pontos de Vista, 3ª edição. Lisboa: 2012.

_____. Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – jurisprudencialismo: uma resposta possível?, **O “Jurisprudencialismo” - proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito**. Salvador: Editora JusPodivn, 2012. p. 9-79.

_____. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Stvdia Ivridica I, Coimbra Editora, Reimpressão, Coimbra, 2013.

_____. Por outro pensamento jurídico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Volume 81. Coimbra: 2005. p. 1-19.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Ninth Edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. 3ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2001.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça.** Coimbra: Edições Almedina, 2015.

MEDAUAR, Odete. Meios consensuais de solução de litígios relativos à administração pública. In: SCHIRATO, V. R.. Coordenador, **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 5-9.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias.** Lisboa: Coimbra Editora. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In, GRINOVER, A. P. DINARMARCO, C. R. D. WATANABE, K. **Participação e processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.