

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

ACESSO À JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JOSÉ BARROSO FILHO

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

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

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Barroso Filho; Marco Filipe Carvalho Gonçalves – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-462-4

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça I” desenvolveu a sua atividade no dia 8 de setembro de 2017, integrado no VII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Portugal, na cidade de Braga, na sede da Universidade do Minho, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

Este grupo de trabalho contou a apresentação de exposições muito interessantes, centradas, fundamentalmente, no problema do acesso tecnológico à justiça no contexto da sociedade em rede, na implementação de construções jurídicas da audição na justiça civil aplicada às crianças, numa perspetiva normativa portuguesa e europeia, na questão da democracia e controle do poder do Estado, com particular incidência sobre o problema da omissão e acesso à justiça, nos novos paradigmas no acesso à justiça, particularmente na aplicação da justiça restaurativa no processo de reintegração social do jovem em conflito com a lei, na análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português em matéria de responsabilidade administrativa ambiental e na revisão judicial de questões insensíveis à escolha em matéria política, com particular incidência sobre o caso da ADI 5632 e dos mandados de segurança 34.574, 34.599 e 34.602.

A diversidade, multidisciplinaridade e transversalidade de questões que se colocam no domínio do acesso à justiça demonstram que esta é uma das áreas mais importantes e sensíveis do Direito, e constante inspiração no ensino e na pesquisa que se desenvolvem na Universidade do Minho e no ambiente do Conpedi, o que tornou essa parceria particularmente frutuosa.

Dáí que os trabalhos que ora se publicam sejam absolutamente essenciais para a discussão em torno do modo como pode ser garantido um acesso efetivo ao Direito e à Justiça.

Prof. Dra. Cláudia Maria Barbosa (PUCPR)

Ministro Dr. José Barroso Filho (STM – ENAJUM)

Prof. Dr. Marco Filipe Carvalho Gonçalves (CEDU – Universidade do Minho)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DEMOCRACIA E CONTROLE DO PODER DO ESTADO: OMISSÃO E ACESSO À JUSTIÇA

DEMOCRACY AND CONTROL OF THE POLITICAL POWER: OMISSION AND ACCESS TO JUSTICE

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro ¹

Resumo

O controle do poder do Estado é praticamente co-originário, considerando o Estado moderno. Desde as concepções do Estado moderno intenta-se controlar o acesso ao poder e o seu exercício. A abordagem sobre a participação política na crise da democracia representativa, realizada de passagem, mostra a ausência de controles e, por isso, por fim constata que os profissionais jurídicos, advogados e defensores públicos, assim como os membros do Ministério Público, é que passam a exercer um controle das omissões do poder do Estado no tema do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Poder, Estado, Sociedade

Abstract/Resumen/Résumé

The control of the State power is practically co-originated. Since the genesis of the modern State, it has been intended to control the access to the State power and its exercise. The approach on political participation in the crisis of representation, analyzed incidentally, shows the lack of control and, therefore, in the end, it is noted that legal professionals, lawyers and public defenders, as well as public prosecutors, begin to exercise a control of the omissions of the State power in the subject of the access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Power, State, Society

¹ Mestre em Direito, Doutor em Direito Público, Pós-doutor.

1. Introdução

O presente artigo constitui parte de uma pesquisa iniciada no segundo semestre de 2015. A motivação inicial se deveu ao convite a diversas palestras. A primeira ocorreu na subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Santana do Livramento, RS, por ocasião dos comemorativos da Semana do Advogado. A segunda ocorreu no Uruguai, na *Facultad de Derecho da Universidad de la República* – UDELAR, quando recebeu vários colegas, professores do Programa de Pós-graduação em direito do UNILASALLE/CANOAS/RS. No decorrer do ano de 2016 outra parte da pesquisa foi apresentada e publicada no exterior, em Oñati, Espanha.

Portanto, é uma porção da pesquisa, mas uma porção revelante. Com efeito, não será objeto deste artigo essa outra parte da pesquisa, de cunho histórico, político e constitucional do Brasil desde o período inicial do Império, relativamente ao controle do poder do Estado no que concerne à ação política. Nessa outra parte, não incluída, ocorre uma abordagem especial sobre a ausência de democracia nos períodos de ditadura e todas as suas consequências históricas.

O problema geral da pesquisa, portanto, circunscreve-se aos aspectos democráticos do controle do exercício do poder político do Estado. A parte da pesquisa ora apresentada tem como problema específico, então, “ a análise do papel das instituições democráticas sobre o exercício do poder do Estado na sua falta de ação política, nas suas omissões”. Portanto, a abordagem dar-se-á sobre o controle do exercício do poder do Estado nas omissões, nas suas faltas, nas suas inações, e as influências no acesso à justiça. Fundamentalmente, a pesquisa se estendeu no decorrer do ano de 2016 por ocasião dos estudos de pós-doutorado no CES – Centro de Estudos Sociais vinculado à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob a supervisão dos Drs. João Pedroso e António Casimiro Ferreira.

A hipótese básica e fundamental é a de que: **quanto mais democracia houver, maior será o controle do exercício do poder do Estado**. Ainda, igualmente como hipótese geral, **a ideia de que a democracia é o**

fundamento do poder do Estado, mas esse ponto deverá ser melhor desenvolvido noutra oportunidade. Nesses termos, proposições que tenham em conta abolir o poder do Estado enveredam por um percurso contraditório, idealista e utópico. A ótica pessimista indica que o poder é dispensável, pois corrompe. O seu inverso diz que o poder é necessário, mas deve, **sobretudo**, ser controlado. Questões de outra ordem versam sobre a radicalização democrática, que muitas vezes pode ser compreendida, pelos titulares antidemocráticos do poder como desordem¹.

Existem inúmeras instituições que foram historicamente construídas pelo Estado Democrático de Direito na sua derivação do Estado Liberal, e nas suas diversas formas, todas com o intuito, desde as origens das Revoluções do Século XIX, de controlar o exercício do poder do Estado. Aliás, mesmo antes, essa compreensão fundou as bases de que ninguém está acima da lei: *Rule of Law*. Todos, mesmo o rei, deve estar submetido à lei.

O propósito específico do artigo é o de problematizar a questão do acesso à justiça, investigando e apresentando as instituições as quais cumpre controlar o exercício do poder do Estado quando os titulares do poder não agem, ou simplesmente se omitem.

2. Democracia e controle do poder do Estado

A ideia de democracia é antiga, com origens, segundo a narrativa histórica que prevalece, em Atenas, cidade-Estado. A noção de democracia que todos conhecem é de que seria o *governo do povo, pelo povo e para o povo*. A fonte do poder é o povo e tudo se faz em nome do povo que também é sempre o destinatário das ações políticas.

Superada essa experiência histórica ateniense, sabe-se que o Estado ocidental moderno evoluiu do Estado Feudal, medieval, para o Estado Absoluto, este que somente foi superado pelo Estado Liberal pós-Revolução Francesa e pós-Revolução Norte-Americana.

¹ As manifestações sociais entendidas como atos de terrorismo ou desordem são exemplos dessas compreensões obtusas.

Importa compreender, neste início, sobre a concepção de democracia na qual nos inspiramos. Para simplificar, uma vez que a expressão democracia demanda um curso inteiro, uma pesquisa inteira, possivelmente mais de uma obra, pode-se partir da noção posta por BOBBIO (1986) que, no limiar da sua obra *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*, enuncia uma *definição mínima* caracterizando-a “como um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem **quem** está autorizado a tomar decisões coletivas e com **quais** procedimentos” (BOBBIO, 1986:18). Todos sabemos que existem muitos problemas que decorrem dessa noção mínima de democracia, como o próprio autor passa a elencar. O primeiro problema destacado é que haverá indivíduos a decidirem sobre coisas coletivas e isso pode ser resolvido com a possibilidade de escolhas prévias que serão realizadas pelos “eleitores” entre diversos nomes. A legitimidade para decidir está aí também minimamente definida. Há, ainda, **entre inúmeros outros**, o problema da maioria e, ainda, o problema do pluralismo.

Na sociedade da modernidade, o que se torna ainda mais presente na sociedade da pós-modernidade, o Estado se revela pela sua intensa complexidade, pois o poder é exercido de modo fragmentário, ou fragmentado, muito embora as decisões coletivas entendidas como mais relevantes para a comunidade sejam adotadas pelos indivíduos que ocupam os mais altos cargos/postos públicos. Há, na atualidade, uma rede de poder, típica da *Sociedade em Rede* de que fala CASTELLS (1999). Esse autor, ainda que não trate propriamente do poder político, enuncia as influências, boas ou más, do Estado sobre a tecnologia, mostrando que “a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos” (CASTELLS, 1999:45). Basta, para tanto, que o Estado não sufoque o seu desenvolvimento, intervindo no sentido contrário.

No nível do Estado, uma estrutura organizada de ação política, essa rede de poder é exercida por todos os indivíduos que, titulando um cargo público, podem de alguma forma influenciar o exercício de um direito por um cidadão,

na exata medida do exercício dessa parcela do poder estatal, descentralizado, fragmentado, propriamente em rede.

É certo que, quando se cogita do Estado, não se pode pensar propriamente em exercício de poder em rede. Quando se cogita de sociedade em rede, as comunicações ocorrem nos diversos pontos, sem uma estrutura hierárquica, não há mesmo muitas vezes negociação, pois os pontos comunicacionais vão sendo criados à revelia dos interesses dos demais pontos ligados. Há o que se chama de heterarquia. Certamente estão conectados por algum dado característico, mas não há uma ordem, ou uma hierarquia, havendo apenas conexões que se ligam e outras que se desligam. A estrutura estatal é diversa, fundada em estatutos legais históricos e culturais, fundada em hierarquia de ação e de representação. Essa distinção não significa, certamente, que não há a influência da sociedade em rede em relação ao Estado. Contrariamente, mais do que propriamente uma influência, há uma imposição de mudanças da estrutura estatal por força de eventos na sociedade em rede, que se comunica política e economicamente e faz com que haja alterações jurídicas, sociais, educacionais, culturais etc.

Noutra obra, desde há muito FOUCAULT (1986) revelou a *microfísica do poder*, em diálogo que manteve com Giles Deleuze. Foucault expôs que ninguém saberia, exatamente o que é o poder e nem Marx, nem Freud, explicariam de forma suficiente. Seria, para ele, “uma coisa tão enigmática, ao mesmo tempo visível e invisível, presente e oculta, investida em toda parte” (FOUCAULT, 1986:75). Por isso ele diz não conhecer quem exerce o poder e onde ele é exercido, sabendo-se apenas quem o explora e para onde iria o lucro da exploração, pois a noção de “classe dirigente” é muito vaga, o mesmo ocorrendo com “grupo no poder” e “aparelho de Estado”, mas diz, “onde há poder, ele se exerce. Ninguém é, propriamente falando, seu titular; e, no entanto ele sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado, outros do outro”. Na sua análise sobre o poder nesta obra, o autor desdobra o poder em considerá-lo, por um lado, como “essencialmente repressivo” em que operaria como um “contrato/opressão”, que teria natureza jurídica e, por outro lado, no “esquema dominação/repressão”, em que teria o

sentido de “combate, de confronto e de guerra”. Na primeira ótica residem os aspectos legítimo/ilegítimo; na segunda os de luta/submissão (FOUCAULT, 1986: 175-177). Mas, já se disse alhures, “o poder não suporta o vácuo” por isso que, aberta a sucessão do rei, o herdeiro ao trono é logo e imediatamente coroado.

Nesses termos, admitida essa atualidade da sociedade em rede que se manifesta sem precisamente um ponto inicial, ou um ponto de apoio original, enlaçando-se e desenlaçando-se conforme as conveniências, ou essa fragmentariedade do exercício do poder, uma ausência de identidade das fontes, daí decorre a dificuldade de preciso controle. Com efeito, antes desse modelo de sociedade em rede, as conexões estruturais que se estabeleciam eram identificadas e derivavam de uma planificação prévia, quase sempre hierarquizada, quando as estruturas mais frágeis ou mais distantes do centro, ou do alto, repercutiam as decisões/deliberações das estruturas centrais ou do ápice da pirâmide.

Na atualidade dessa sociedade complexa, embora o Estado continue existindo com suas instituições tradicionais, suas ramificações se fragmentaram de tal forma que são necessárias novas instituições e novas regras para que haja o controle. Os tribunais supremos se transformaram em cortes constitucionais, inclusive o Reino Unido se curvou no início deste Século XXI a ter claramente uma Corte Constitucional, abandonando a sua instância vetusta da Câmara dos Lordes. No Brasil, por exemplo, considerando insuficiente o controle sobre o Judiciário foi criado, em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, o Conselho Nacional de Justiça. No âmbito administrativo, precisamente do Poder Executivo, houve a criação das agências reguladoras com a finalidade de controlar as concessionárias de serviços públicos. As contas públicas são de há muito auditadas pelos tribunais de contas. Há comissões de ética nos parlamentos para o controle das condutas dos parlamentares e nos conselhos profissionais, como Ordem dos Advogados do Brasil.

Há então uma multiplicidade de órgãos de controle, permanecendo, de qualquer modo a dúvida sobre “quem controla o controlador?” Há, para além

uma fragmentação, também uma pulverização de órgãos de controle do poder do Estado, com suas instâncias regionais, locais, nacionais e respectivas competências.

Nesse ponto convém sempre lembrar de Max Weber, sobre os três tipos de dominação puros: (i) de caráter racional, (ii) de caráter tradicional e (iii) de caráter carismático (1999: 141). No nosso caso em estudo, na atualidade ao menos, interessa a primeira das formas, fundada na burocracia do Estado. Haveria, então, segundo Weber, a obediência a estatutos, de forma impessoal, tendo em vista a ordem dos superiores estabelecidos conforme uma legalidade formal, sendo o tipo mais puro dessa modalidade de dominação o que se exerce por meio de um quadro burocrático administrativo (1999:142-147).

Trata-se de um acréscimo de complexidade, pois o Estado não exclui a burocracia administrativa, mas é vista a necessidade de aprofundar ou de aprimorar essa burocracia, com a criação/instituição de novos órgãos e de novas estruturas. Para além disso, há, diante da sociedade, novas estruturas que se apresentam em outro plano, de sociedade em rede, sem hierarquia e que influencia o Estado.

O controle tradicional do exercício do poder do Estado se dá por essas instituições, próprias, umas controlando as outras. Atualmente se dá, ainda, por meio de outros organismos, inclusive internacionais, fundados certamente em estruturas administrativo-burocráticas. A radicalização da comunicação, mormente a que decorre do acesso à internet prospera e, nesse contexto, outras modalidades, não estruturadas na burocracia, mas baseadas na sociedade em rede, funcionam para o controle do exercício do poder estatal.

3. O controle do poder do Estado por omissão

O Estado, *na sua ação*, é controlado por uma multiplicidade de instituições. É controlado também por estruturas que não estão identificadas com a burocracia administrativa presente nos estatutos e na hierarquia como ocorre tradicionalmente. Como visto antes, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, este diante de ações ajuizadas com vistas a coibir determinadas condutas ou para punir outras, são as instituições estatais

criadas com essa finalidade. No interior do Parlamento também há instituições inseridas na burocracia administrativa do Estado com a finalidade de controlar, coibir e agir para punir condutas de agentes de poder do Estado, de que são exemplo as comissões parlamentares de inquérito e outras comissões do parlamento. A sociedade, por meio de diversas “entidades” de classe ou não-governamentais, também cobra medidas contra ações arbitrárias dos agentes do Poder do Estado.

Entretanto, como ocorre o controle do poder do Estado nas suas omissões?

Esse controle somente por exceção se opera por meio dos organismos tradicionais, dispostos na própria estrutura burocrática administrativa do Estado. Com efeito, raramente há ajuizamento de medidas pelo Ministério Público por omissões do Estado. E, ainda, também raramente há ajuizamentos de ações de outras instituições, como da Defensoria Pública.

Aliás, no julgamento da ADI n. 3943/DF, realizado na sessão de 7 de maio de 2015, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser parte legítima para propor ação civil pública a Defensoria Pública, portanto julgando improcedente a ação de declaração de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público. Desde a ementa² desse acórdão do STF há a invocação da teoria da “força normativa da Constituição”, proposta originalmente por Konrad Hesse, e das concepções atuais que impõem a amplitude de acesso à justiça, especialmente para a proteção de interesses transindividuais (coletivos em sentido estrito e difusos) e individuais homogêneos, daí não havendo exclusividade do Ministério Público como parte legítima no exercício do direito de ação,

² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

mormente porque da expansão da legitimidade para o direito de ação não decorrer qualquer prejuízo ao Ministério Público.

Nessa decisão do Supremo Tribunal Federal ficou acentuado o aspecto de expansão da legitimidade constitucional para o exercício do direito de ação, o que já havia ocorrido com a legitimidade para o exercício da ação de declaração de inconstitucionalidade que, em momento anterior à Constituição de 1988, somente era admitida ao Ministério Público. Essa possibilidade de pluralidade de autores por certo serve à democracia³, pois a concentração da legitimidade sempre acaba impondo a concentração de poder em uma determinada instituição e, então, prejuízo à democracia de acesso à jurisdição e à justiça, o que é próprio de regimes ditatoriais.

Então, a questão permanece: como ocorre o controle do poder do Estado nas suas omissões?

Insta observar que se trata mesmo de controle – e de um controle democrático do exercício do poder do Estado. Aqui a expressão controle quer significar uma situação de faculdade de agir para, além de meramente fiscalizar, exigir uma atuação estatal, exigir uma atividade estatal, exigir, enfim, que o Estado cumpra, preste, atenda as finalidades, atinja o fim de que o poder e a estrutura estatal de ação servem de meios.

Esse, efetivamente, é um controle – das omissões – que muitas vezes passa despercebido, é um controle que, a despeito de poder ser exercido por meios políticos, tem esse canal obstruído por inúmeras outras demandas e interesses, alguns contrários. O exemplo de controle político, nesses termos, é aquele que se faz na discussão do orçamento dos gastos estatais e do plano plurianual orçamentário. Adiante dessa discussão orçamentária, sobretudo uma peça frequentemente de ficção, passa a ser a execução orçamentária, quando a administração decide no decorrer do ano, conforme suas prioridades, muitas vezes discricionárias, os gastos públicos, dentro das previsões orçamentárias, deixando para o final do exercício algumas dessas “permissões/previsões” por

³ Essa noção vai ao encontro da *Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de Peter Häberle (1998) (para as referências no final HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

falta de recursos financeiros. É evidente que outras podem deixar de ser atendidas por idênticas razões.

3.1. O Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014, da Presidência da República

Este Decreto, editado em maio de 2014, institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS, e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS. No artigo 1º do Decreto consta que tem “o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.” O art. 7º contém as instâncias de participação social do Sistema Nacional de Participação Social, como conselho de políticas públicas, conferências de políticas públicas, comissão de políticas públicas, ouvidoria pública federal, mesa de diálogo, entre outras, mencionando e reiterando o objetivo de diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Pois este Decreto foi sustado no âmbito da Câmara dos Deputados, em deliberação ocorrida na sessão plenária de 28 de outubro de 2014, diante da aprovação do PDC- Projeto de Decreto Legislativo n. 1491/2014, conforme redação final do Deputado Eduardo Cunha. O PDC 1491/2014 era de autoria dos Deputados Mendonça Filho e Ronaldo Caiado e tinha como objetivo, precisamente, sustar a aplicação do Decreto n. 8.243/2014. Consta dessa redação final, com invocação do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, que a Câmara dos Deputados sustava o Decreto 8.243. Atualmente essa deliberação da Câmara dos Deputados foi encaminhada à deliberação do Senado Federal.

Não há dúvida de que o Plano Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social instituem mecanismos e novos instrumentos políticos de acompanhamento e fiscalização da gestão pública. A obstrução política exercida faz parte do espectro democrático representativo e constitui o papel das oposições. Houvesse maioria do governo no parlamento e, então, não ocorreria, possivelmente, esse revés democrático.

Para além da obstrução política exercida no tema, pela oposição, há o receio de perda de espaço e de poder político dos deputados e senadores com a assunção de novos papéis a serem exercidos por representantes da sociedade civil. Ora, pretendem os parlamentares se manterem com o poder e com a representatividade institucional que lhes é própria, por isso não admitem que outras entidades e seus representantes venham a assumir suas postuladas competências.

Nesses termos, com a medida imposta, o intento e os objetivos do Decreto n. 8.243/2014 perderam espaço e, assim, deixaram de ter lugar medidas que, eventualmente, seriam implementadas tendentes a proporcionar algum controle, no ambiente político das omissões dos titulares do poder estatal.

Não vamos aqui tecer juízo de valor sobre a correção ou incorreção dessa obstrução parlamentar. A constatação que se impõe fazer é a de que os instrumentos serviriam, eventualmente, para proporcionar maior controle relativamente às omissões dos titulares do poder do Estado. Cabe observar que parlamentares de partidos ditos de esquerda já apresentaram, na Câmara dos Deputados, projeto de lei contendo o mesmo teor do Decreto 8.243/2014.

3.2 Crise da democracia representativa: ascensão da democracia participativa?

Existe estudo acadêmico que indica a “insuficiência das fórmulas tradicionais da democracia representativa” daí a “necessidade de revalorização do indivíduo como figura central da vida do Estado”, de modo a impulsionar “o desenvolvimento de de uma nova dimensão do fenômeno participativo na sociedade contemporânea” (BAPTISTA, 2003:120). A crítica que Patrícia Baptista traz é posta no sentido do déficit da democracia representativa, “concebida para operar em uma sociedade individualizada” (p. 122). Por isso, essa “crise da democracia representativa realmente deu lugar ao debate sobre a democracia participativa” (p. 127). Entre diversos outros, esse é um estudo acadêmico que observa a realidade política atual e demonstra a necessidade de outros modelos de participação política, como forma de controle das omissões dos titulares do poder do Estado.

Em obra organizada e publicada em 2007, os editores Igor Ahedo Gurrutxaga e Pedro Ibarra Güell, com o título *Democracia participativa y desarrollo humano*, há diversos autores que pesquisaram esse tema da ascensão da democracia participativa.

Joan Subirats, por exemplo, adverte que “la preocupación por la participación política no era un tema que estuviera situado em la agenda de debate de las instituciones. Era un tema que extrainstitucional, planteado precisamente por aquellos que expresamente estaban excluidos de la vida política institucional” (2007:23). Por isso que esse autor estabelece que as demandas democráticas das sociedades significam demandas pela igualmente não apenas jurídica, mas social e econômica (2007:27). Daí, então, insere a pergunta: “como avançar para um mundo em que os ideais de liberdade e de igualdade possam cumprir-se de maneira mais satisfatória, mantendo a diversidade como elemento estruturante no cenário indefectivamente globalizado? A resposta segue sendo: democracia” (2007:29).

Poderiam ser mencionados outros textos, de outros autores, constantes na mesma obra, mas para os limites do artigo apresentado o que consta acima é suficientemente exemplificativo do que se pretende expor.

3.3. Democracia participativa *versus* sociedade da austeridade

A noção de ascensão da democracia participativa opõe-se claramente à da sociedade da austeridade tal como estudada por António Casimiro Ferreira (2012). Para esse autor a sociedade da austeridade “é o padrão que liga” as estruturas criadas no ambiente de um retorno ao liberalismo econômico deletério, pois “configura um modelo político-econômico punitivo em relação aos indivíduos, orientado pela crença de que os excessos do passado devem ser reparados pelo sacrifício presente e futuro, enquanto procede à implementação de um arrojado projeto de erosão dos direitos sociais e de liberalização econômica da sociedade” (2012:13).

Ora, havendo democracia participativa, uma democracia que atenda mais diretamente os interesses e apelos dos cidadãos, dos indivíduos, certamente não haveria espaço para a criação das estruturas e modelos legais todos da

sociedade da austeridade, que prospera e se impõe por via da democracia representativa.

De qualquer modo, Iñaki Barcena intenta dizer que os termos representação e participação não deveriam ser vistos como antagônicos, nem opostos, pois fariam parte de um *continuun* democrático, em que a eleição de representantes é tão básica como a consulta popular ou os referendos, quando não os plebiscitos, pois a delegação/representação não há de significar o desaparecimento do interesse ou o desapego político (2007:133).

Contudo, a democracia representativa se encontra em crise e essa crise se aprofunda no momento em que não há controles, permitindo surgir com maior facilidade a *sociedade da austeridade*, que aprofunda as desigualdades sociais.

4. Acesso à justiça e advocacia

A Constituição Federal prevê, no artigo 133, que o “advogado é indispensável à administração da justiça.” Em termos semelhantes, o art. 134 estatui que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”. E o art. 134 diz ainda que incumbe “fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

Por um lado, o advogado que representa os interesses e direitos dos seus constituintes em juízo e, por outro, a Defensoria Pública, no interesse dos necessitados. A advocacia e a Defensoria Pública como representantes em juízo dos direitos individuais e, eventualmente, coletivos, podendo realizar essa representação igualmente no âmbito extrajudicial.

Essa é, sem dúvida, uma forma de controle do poder do Estado, nas omissões dos respectivos titulares.

Especialmente no que concerne aos direitos sociais essa representação, realizada pelos advogados e defensores públicos, em juízo, tem feito a administração, cumprir o dever de prestar.

E, sobre os direitos sociais, pode-se reproduzir o que diz Maria Paula Dallari Bucci:

Já os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (entre nós com a Constituição de 1934), são, se assim se pode dizer direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição. E assim sucessivamente. (BUCCI, 2006:3)

Nesse contexto, o direito à vida, como fim e como consta dos direitos individuais, e o direito à saúde, como meio.

Certamente, contudo, esse controle judiciário sobre a administração é um controle residual. Assim expôs o Ministro Celso de Mello em decisão monocrática que proferiu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem

configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (ADPF 45, decisão monocrática em Medida Cautelar, julgada em 29 de abril de 2004)

Controle residual porque, definitivamente, não cabe ao Poder Judiciário administrar as políticas públicas do Estado. Não é do Judiciário o papel de administrador. Todavia, nem o legislador recebe uma autorização, via mandato eletivo, para conformar as normas constitucionais com absoluta liberdade, nem o titular do poder executivo recebe, via do mesmo mandato, uma autorização que o exima de cumprir um determinado programa constitucional estabelecido pelo poder constituinte e que consta da Constituição. Nesses termos, quando não são cumpridos os papéis constitucionais, o judiciário, tanto que provocado, pode mobilizar instrumentos – constitucionais – para que a Constituição seja, efetivamente, cumprida.

Nesse quadro, então, resulta a natural indispensabilidade da advocacia com vistas à administração da justiça (CF, art. 133), e a essencialidade da

Defensoria Pública em prol dos necessitados diante da atividade jurisdicional (CF, art. 134).

Existe, ainda, um completo diagnóstico mais recente publicado por João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, em 2002, sob a direção científica de Boaventura de Souza Santos, que enuncia, claramente, a indispensabilidade do advogado no acesso aos direitos. Vale transcrever importante trecho:

O Estado, na sua acção de facilitação do acesso ao direito, procura uma fonte de legitimação, que pode ser real ou simbólica, em função da sua real efectividade dos direitos dos cidadãos. É, aliás, no quadro da consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e da sua expansão paralela à do Estado-Providência, que o direito ao acesso efectivo à justiça é considerado por Boaventura de Souza Santos (1994) como um “direito charneira”. Ainda, segundo o autor, os novos direitos sociais destituídos de mecanismos que imponham o seu respeito, não passariam de meras declarações de conteúdo e função mistificadora. Nessa sequência de argumentos, considera-se que a organização da justiça e a tramitação processual não podem ser reduzidas à sua dimensão técnica socialmente neutra – como era comum serem concebidas pela teoria processualista –, devendo investigar-se as funções sociais desempenhadas e, em especial, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagónicos (Santos, 1994).

Essa questão – a judicialização dos direitos sociais – ou, como também já denominada de judicialização da política, está, ainda, em aberto na doutrina e na jurisprudência. É, efetivamente, uma questão polêmica e que tem suscitado intensos debates e pesquisas acadêmicas. É certo que ao Judiciário não compete legislar ou administrar o Estado, mas como um dos poderes do Estado, lhe cabe prestar jurisdição, mesmo em demandas que atinjam o Estado e que possam causar interferências no legislativo e na administração.

4.1. A efetividade dos direitos e a “quarta onda” do acesso à justiça

Desde a década de 70 do Século XX, com as pesquisas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, desencadearam-se os estudos atinentes ao acesso à justiça.

Nesse mesmo período, nos Estados Unidos, com a famosa Conferência Pound, realizada em abril de 1976 na Faculdade de Direito de Harvard, houve a comemoração dos 70 anos do célebre discurso, proferido no mesmo local, por Nathan Roscoe Pound, em que propôs a reforma da justiça de modo a torná-la mais efetiva. A partir dessa conferência surgiram as ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*) e o Sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*). Já o projeto de pesquisa de Cappelletti foi levado a efeito na Europa, precisamente na Itália, em Florença.

É nessa obra em que, logo no primeiro capítulo, quando trata da evolução do conceito jurídico de acesso à justiça, CAPPELLETTI e GARTH inserem a conhecida frase: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (1988:12). Por isso que consta na obra que “as técnicas processuais servem a funções sociais”, que “as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada” (1988:12), sendo, portanto, necessário ampliar a pesquisa para ir além dos tribunais, utilizando, de modo interdisciplinar, a sociologia, a política, a psicologia e a economia, inclusive aprendendo de outras culturas (1988:13).

A pesquisa de CAPPELLETTI e GARTH identificou as famosas três ondas de acesso à justiça, que configurariam as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça. Na primeira onda está a *assistência judiciária para os pobres*, quando é narrada a fase histórica de atendimento dos necessitados, no mundo. Teria surgido em 1965, nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* e, em 1974, com a *Legal Services Corporation*, que constituiu um esforço para manter os programas do primeiro sistema, que já teria sido dissolvido. Também em diversos países da Europa, Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi implementado o chamado *sistema judicare*, que consistia em o Estado pagar os advogados particulares, assim possibilitando aos litigantes necessitados a mesma representação judicial (1988:34-35).

Nessa linha expositiva, os autores apresentam a segunda onda, ou o segundo movimento que melhoraria o acesso à justiça, caracterizado na representação dos interesses difusos, superando a ideia tradicional de litígios individuais. Por isso, dizem: “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva” (1988:51). E afirmam, taxativamente: “apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos” (1988:51). Nesse estágio percebe-se a existência do advogado público (Estados Unidos), do *ombudsman* do consumidor (Suécia e outros), do procurador-geral privado ou “demandantes ideológicos”, do advogado particular do interesse público, incluindo-se aí as ações de interesse público e as *class actions* (1988:52-65).

Por fim, a terceira onda de soluções enfrenta a questão do local de resolução de litígios, que não deve ficar na exclusividade das cortes, centrando “sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (1988: 67-8). Assim, as questões jurídicas podem e devem desbordar do enfrentamento exclusivamente nas cortes, podendo ser solucionadas noutras instituições/entidades/organizações, e mesmo ser prevenidas em outros espaços privados ou semipúblicos. Para se dar um exemplo, nos litígios de vizinhança e nos de família, em que as relações interpessoais são mantidas e vão manter-se por longo período de tempo, o conflito deve/pode ser melhor solucionado em ambiente diverso daquele da corte, que apresenta uma solução superficial, deixando intocada a relação mais profunda das partes, que prosseguirá existindo. Nesses casos, é recomendável uma solução mais duradoura, talvez permanente, para o que somente o diálogo e a percepção das diferenças pessoais, peculiares, próprias, podem contribuir.

No prosseguimento das pesquisas sobre acesso à justiça, Kim Economides, professor na Inglaterra, do Departamento de Direito da Universidade de Exeter, em 1997 relatou, em conferência no Rio de Janeiro, que havia trabalhado, quando jovem pesquisador, com Cappelletti e Garth por volta do

ano de 1977 (PANDOLFI, 1999/61-76). Pois este professor britânico propõe a existência de uma “quarta onda” para a solução da questão do acesso à justiça. Essa quarta onda, segundo esse autor, consistiria no acesso dos operadores do direito à justiça. Parte, então, da assertiva de que a proximidade dos “operadores” do direito com a Justiça “cegaria” “a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas e justiça (interna ou social), e conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação existente entre justiça civil e justiça cívica” (1999:72).

O problema proposto por Kim Economides é deveras relevante, pois diz tratar-se de um problema epistemológico. Assim, uma vez superadas as fases do acesso à justiça propriamente dito, no que concerne à *demand*a, esse autor problematiza a questão da *oferta*. Enfim, pergunta (1999,73): “como o cidadão pode se assegurar de que tanto juizes quanto advogados estejam equipados para fazer ‘justiça’?” Percorre desde o ponto do acesso ao ensino do direito e ingresso nas profissões jurídicas até o acesso desses profissionais à justiça, no sentido de garantir padrões mínimos de profissionalização. Coloca em evidência, nessa análise, a responsabilidade das faculdades de direito na formação ética e no caráter do profissional do direito. Perquire sobre se o que move os advogados é exclusivamente o lucro diante do fato de deixarem passar essa imagem e propõe que a disciplina direitos humanos seja, efetivamente, classificada num “status” especial dentro da grade curricular (1999:76).

Portanto, a quarta onda proposta por Kim Economides se relaciona à qualificação do profissional do direito, se relaciona aos seus conhecimentos e à sua conduta ética nas questões do acesso à justiça. Exige responsabilidade das faculdades de direito e das instituições que controlam o exercício profissional, assim como o seu aprimoramento e a sua consciência cívica.

5. Considerações finais

O artigo em que apresentada parte da pesquisa que se desenvolve trouxe um aspecto pouco discutido, talvez ainda não discutido na doutrina, que faz uma

conexão entre o controle do poder do Estado nas omissões dos seus titulares e o acesso à justiça.

Nesse ponto, sempre se parte da ideia de que **quanto maior for o controle do exercício do poder do Estado, melhor qualidade terá a democracia**. No sentido inverso, **quanto menor qualidade tenha a democracia, menor será o controle sobre os que exercem o poder**. Por isso, é indispensável pesquisar e trazer à tona a questão sobre o controle do poder do Estado nas suas omissões. Daí até surgir a temática do acesso à justiça é somente um pequeno passo adiante.

Com efeito, existe um número elevado de pesquisas e estudos sobre o controle do poder do Estado no que respeita às atividades dos que exercem o poder. As Constituições têm como origem justamente a limitação do poder do Estado por diversos controles. A Constituição estabelece, normalmente, as formas para se chegar ao exercício do poder, mas sobretudo, os limites do exercício do poder estatal.

Contudo, não há muitos estudos e pesquisas relativamente ao controle do poder estatal no que concerne às suas omissões. Sempre se disse, aliás, em doutrinas superadas, que as normas constitucionais que versavam sobre direitos sociais eram meramente normas programáticas, que continham cláusulas gerais que tendiam paulatinamente a ser implementadas, à medida que o Estado tivesse condições orçamentárias suficientes. Atualmente, entretanto, o direito constitucional ficou incorporado de uma outra expressão que tem seu peso e sua importância: a efetividade. Antes havia noções apenas sobre vigência, validade e eficácia das normas.

A expressão que assumiu importância na atualidade – a efetividade – é resultante do debate acadêmico e doutrinário especialmente oriundo do final do Século XX. Não basta, como disse Norberto Bobbio, em diversas passagens da sua obra *A Era dos Direitos*, proclamar direitos, sendo necessário cuidar da sua proteção, da sua efetivação.

E, quando os titulares do poder do Estado se omitem, uma das formas possíveis de controlar essas omissões é por via, especialmente, dos

advogados, ou de outros profissionais do direito de estruturas institucionais próprias, os quais adotam medidas judiciais tendentes a coibir essa inação, ou à efetivação dos direitos, no âmbito do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1986.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura volume 1*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.
- GURRUTXAGA, Igor Ahedo; Güell. *Democracia participativa y desarrollo humano*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madrid: Dykinson, 2007.
- PANDOLFI, Dulce, ... [et al] *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Observatório permanente da justiça portuguesa, 2002.
(http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf)
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.