XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA II

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, José Querino Tavares Neto, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-209-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

Trazemos a lume a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça II”, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UnB, ocorrido entre 6 a 9 de julho de 2016, em Brasília/DF, sobre o tema “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”.

É com especial alegria que afirmamos que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea do Acesso à Justiça.

De fato, a teoria do Acesso à Justiça, bem como a sua aplicação, especialmente aquela orientada a efetividade dos direitos fundamentais e a materialização da Justiça, fortalece o desenvolvimento e a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, o acesso à justiça e o abuso do direito de ação, entraves e perspectivas ao acesso à justiça ambiental, a potencialidade do art. 334 do CPC como estratégia democrática, a reformulação do espaço privado e as políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, restrições e dificuldades ao acesso à Justiça, o papel da defensoria pública no tema, os negócios jurídicos, o CPC/15 e o Acesso à Justiça, "jus postulandi na Justiça do Trabalho", entre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre o Acesso à Justiça, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a democracia e para o enfrentamento de desigualdades, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

Adriana Goulart de Sena Orsini

José Querino Tavares Neto

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

A IMPORTÂNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES DO ESTADO

THE IMPORTANCE OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE IMPLEMENTATION OF ACCESS TO JUSTICE FROM THE INSTITUTIONAL DIALOGUE BETWEEN THE STATE POWERS

Marcos Vinicius dos Santos Junior [1]
Pedro Rafael Malveira Deocleciano [2]

Resumo

O presente artigo analisa a temática do acesso à justiça no direito brasileiro, tendo como instrumento de efetivação dos direitos a ação comunicativa entre os Poderes, denominada de diálogos institucionais. O trabalho está dividido em três perspectivas: I) a análise do acesso à justiça como um direito fundamental, ressaltando a sua importância para a concretização de outros direitos fundamentais; II) a explanação das ondas renovatórias de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e sua repercussão no contexto brasileiro; III) no epicentro dessa discussão o papel do CNJ como potencializador das promessas constitucionais a partir do fomento do diálogo institucional.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Diálogo institucional, Conselho nacional de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the issue of access to justice in Brazilian law , with the effective instrument of rights communicative action between the Powers , called institutional dialogues . The work is divided into three perspectives : i) the analysis of access to justice as a right, emphasizing its importance for the realization of other fundamental rights ; II) explanation of renewals waves of access to justice Mauro Cappelletti and its repercussion in the Brazilian context ; III) at the epicenter of this discussion the role of CNJ as potentiator of constitutional promises from the institutional dialogue promotion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Institutional dialogue, National council of justice

---

[1] Especialista em Direito Processual Civil

[2] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito (garantia) fundamental de uma potencialidade indiscutível quando se pugna pela realização da emancipação e o consequente resgate das camadas sociais mais marginalizadas do rol de direitos assentados pelo constitucionalismo democrático brasileiro, pois, em um Estado devedor de suas próprias promessas constitucionais, a garantia passa a ser a tábua de salvação ante das recorrentes violações aos direitos fundamentais.

Em que pese toda sorte de estudos voltados a dimensionar o seu conceito e alcance, considerável parcela da produção jurídica brasileira deposita, talvez ingenuamente, todas as suas expectativas de realização deste direito/garantia no processo, festejando, a cada alteração legislativa, uma solução efêmera para a efetiva entrega da prestação jurisdicional, pois se credita uma fé descomunal ao poder transformador da decisão judicial[1].

A realidade social complexa põe por terra a clássica expressão de que o juiz é, por excelência, um pacificador de lides ou que o Estado é o detentor do monopólio de dizer o direito. O que se quer dizer é que, desde muito, estas figuras icônicas (juiz e processo), apesar de importância inarredável, já não gravitam mais no centro das discussões sobre os fundamentos do acesso à justiça, que se abre para as mais diversas possibilidades de soluções dos conflitos alheios à função típica do julgador, pois os problemas (déficit estrutural e democrático) da Jurisdição brasileira impossibilitam a perseguição de um ideal de convivência social.

A promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, intitulada de "A reforma do Judiciário", deu um importante passo para a abertura da discussão sobre o acesso à justiça, inclusive com ênfase em elementos extrajudiciais e a incorporação destes na prática judicial, a democratização do direito pela informação, bem como no redimensionamento do papel do Judiciário enquanto órgão indutor de políticas públicas judiciais, voltadas ao aperfeiçoamento e ao estímulo de uma cultura comunicativa de resolução e, principalmente, conhecimento dos direitos e prevenção dos conflitos sociais [2]. Cappelletti e Garth (1988) mencionam que a informação é primordial e prioritária para o exercício dos direitos.

---

[1] Sobre esta questão, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 169) adverte que "[…] as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia".

[2] Não é preciosismo lembrar o preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que antecipou, em mais de 200 anos, o processo de intensificação da comunicação dos direitos como pressuposto do controle e da paz

Esta reforma constitucional oportunizou, em verdade, a formação de um cenário de diálogo entre os Poderes de Estado no sentido de solucionar vários impasses institucionais que não encontram resolução no exercício das funções, propriamente, típicas, pelo contrário, agudizam os choques entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico, valendo-se da produção científica, no direito brasileiro e comparado, nos campos da Hermenêutica, filosofia política e da Teoria Constitucional, concebendo a relação dialógica entre o Judiciário, por meio do CNJ, e outros Poderes como uma onda renovatória de acesso à justiça à brasileira.

O artigo tem objetivo demonstrar que o Poder Judiciário, valendo-se desta ação comunicativa com os demais Poderes, pode encontrar respostas mais democráticas e eficientes para o exercício de função social, consagrando o direito fundamental de acesso à justiça. Nesse sentido, o trabalho está dividido entre três perspectivas: a) análise histórica e evolutiva do acesso; b) conceito, natureza jurídica e ondas renovatórias de acesso à justiça; c) a formação dos acordos institucionais como meio hábil para evitar os choques institucionais e garantir dignidade de acesso à justiça.

1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ACESSO À JUSTIÇA

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente restauração do Estado Democrático de Direito foram primordiais para a ascensão do princípio do acesso à justiça, que passou a figurar dentre os direitos fundamentais de forma ampla e sem nenhuma restrição. A atual ordem constitucional estabelece um rol extenso e expansivo (art. 5º, §2º, CF/88) de direitos fundamentais, possibilitando sua reivindicação pelos instrumentos processuais e extrajudiciais.

A Carta Política de 1988 não traz nenhuma exceção e regula amplamente o direito de ação, em seu art. 5º, XXXV, dispondo que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Reforçando o caráter elementar do direito de acesso à justiça, Mauro Vasni Paroski (2008, p. 138) assevera que:

---

social: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos […]”.

> O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou restabelecimento de direitos, na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça.

O acesso à justiça é, portanto, direito fundamental e essencial ao pleno exercício da cidadania[3]. É mais do que simples acesso ao Poder Judiciário, é um instrumento de efetivação da justiça social. Percebe-se, nesse sentido, que se trata de um princípio caro à ordem jurídica, pois direciona-se à construção de um sistema jurídico moderno e igualitário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A doutrina brasileira admite a conceituação desse princípio em duas acepções, como meio de se alcançar os ideais básicos da Constituição: formal e material. Nessa esteira, o princípio do acesso à justiça, na consecução da tutela de direitos, não pode ser entendido como a simples presença de órgãos jurisdicionais previstos na Constituição ou na legislação infraconstitucional, uma vez que essa acepção formal não é suficiente para o seu completo alcance.

O conceito de acesso à justiça alcança não apenas a máquina judiciária, mas também outros meios de realização voltados à emancipação e ao empoderamento social[4]. É pertinente citar como meios alternativos de realização de direitos, em especial o direito fundamental do acesso à justiça, a atuação extrajudicial das Defensorias Públicas por meio da conciliação e mediação, do Ministério Público, valendo-se do inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, audiências públicas, os Núcleos de Práticas Jurídicas das universidades, bem como as Assessorias Jurídicas Populares *lato sensu*[5].

---

[3] Nesse sentido, Bonavides, Miranda e Agra (2009, p. 7 *apud* MELO, 2015) estabelecem que: O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático.

[4] PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 112. Como salienta Horácio Wanderley Rodrigues (1994, p. 28), a vagueza da expressão *acesso à justiça* permite fundamentalmente dois sentidos. "O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão *justiça*, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano".

[5] Nesse sentido, ver: LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2014. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de Sousa. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Porto Alegre: SAFe, 2011.

Conforme mencionado anteriormente, não é possível considerar o acesso à justiça exclusivamente como acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça é um direito fundamental (e humano) de grande importância para o ordenamento jurídico, pois é por meio dele que se consegue exigir o cumprimento dos demais direitos. Assim, o direito fundamental do acesso à justiça trata-se de uma ferramenta indispensável à consecução do Estado Democrático de Direito, sendo, conforme o entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 08), um instituto de difícil conceituação, em razão de sua complexidade:

> A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

Apesar da dificuldade de conceituação mencionada pelos autores acima, Boaventura de Sousa Santos reforça a sua importância como um direito que garante a manutenção dos outros (2013, p. 167):

> A consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) asseveram que: "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". Pode-se afirmar, pois, que o acesso à justiça é um mecanismo de realização de direitos que visa assegurar, por intermédio do Estado e/ou dos meios alternativos de solução de disputas, a dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a busca da tutela e efetivação prática de seus direitos subjetivos. É um instrumento que oportuniza, portanto, a concretização dos direitos previstos nas normas, representando a prática do ideal de justiça.

Tão importante quanto o conceito é a discussão sobre a delimitação da natureza jurídica do instituto. Não obstante este trabalho orientar-se na perspectiva do acesso à justiça como um direito

fundamental, faz-se premente trazer o entendimento do acesso à justiça também como uma garantia fundamental[6].

Jorge Miranda (2000) reforça ideia de que a garantia funciona como uma clara manifestação de proteção aos direitos e sem a qual não seria possível a sobrevivência e o exercício de direitos de forma plena. É certo que, apesar da divisão, é inegável afirmar que a garantia também se apresenta como um direito. Gérson Marques de Lima assevera que: "as garantias constituem, destarte, fórmulas de proteção jurídico-políticas, cuja finalidade é a de assegurar ou instrumentalizar direitos. Funcionam como salvaguardas das liberdades fundamentais" (2002, p. 34). Portanto, é possível afirmar que direito e garantia se entrelaçam para compor a natureza jurídica do acesso à justiça.

2 A TEORIA DAS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA EM MAURO CAPPELLETTI

Mauro Cappelletti em coautoria com Bryant Garth (1988), na obra "Acesso à justiça", dividiu as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça em três momentos distintos, denominados "ondas".

Esses movimentos renovatórios de acesso à justiça foram desenvolvidos de forma cronológica e relacionam-se entre si. Nesse contexto, segundo a classificação de Cappelletti e Garth, pode-se afirmar que a primeira "onda" originou a criação de condições capazes de garantir assistência judiciária para os pobres; a segunda "onda" voltou-se para a tutela dos direitos difusos; e a terceira "onda" traz uma concepção mais ampla de acesso à justiça ou, nos dizeres de Cappelletti (1988), um novo enfoque de acesso à justiça.

O primeiro momento está vinculado à ideia de garantia das condições mais básicas de acessibilidade, proporcionando serviços jurídicos aos necessitados. "Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais"

[6] Nesse contexto de análise sobre a dicotomia entre direito e garantia, cumpre mencionar o que assevera Jorge Miranda (2000, p. 95): Direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização e insere-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32). Nessa linha, pode-se citar a gratuidade das custas e emolumentos processuais e a criação de uma advocacia pública direcionada aos hipossuficientes.

No Brasil, tem-se como exemplo a edição da lei nº. 1.060/1950 (concessão de assistência judiciária aos necessitados) e a previsão do art. 134 c/c o art. 5º, inciso XXXIV da CF/88, que trata da Defensoria Pública, consagrada como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" e direcionada à orientação jurídica e defesa em todos os graus de jurisdição. Nessa esteira, entende-se que, por ser uma garantia institucional, a Defensoria não pode ser suprimida do ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 garantiu a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, inserindo tal previsão no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso XXXIV do artigo 5.º.

A segunda onda trata da proteção dos direitos difusos, vinculada à discussão sobre a defesa dos direitos e interesses da coletividade. A previsão legal no art. 81, parágrafo único, inciso I da lei nº 8.078/1990 estabelece que: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Ou seja, são direitos de fruição coletiva, tais como: meio ambiente, relação de consumo, direito da criança e do adolescente, direito do idoso, ordem econômica, moralidade etc.

Alinhado ao pensamento do mencionado autor, Cappelletti e Garth (1988) citam exemplos claros dessa segunda onda renovatória do acesso à justiça:

> Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um 'representante adequado' para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam 'citados' individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. (1988, p. 50).

Tal perspectiva visa ampliar o âmbito de proteção dos jurisdicionados, entregando a prestação jurisdicional a uma coletividade indeterminada pelo exercício da legitimidade extraordinária.

A terceira onda está voltada, mais precisamente, à qualidade da prestação jurisdicional, dinamizando o processo e possibilitando uma oxigenação dos procedimentos de modo que, efetivamente, possam satisfazer os direitos do cidadão. Seria o contraponto à burocratização da

máquina e dos ritos judiciários. Nesse sentido, os equivalentes jurisdicionais cumprem papel importante na busca pela desburocratização do acesso. No entender de Mancuso (2012, p. 145):

> O fomento a esses outros meios se alinha, de um lado, à tendência atual da desjudicialização dos conflitos e, de outro lado, se afina com o sentido contemporâneo de jurisdição, acepção que se foi descolando da tradicional imagem majestática da justiça oficial, para ficar mais aderente ao plano prático, a saber, o da composição dos conflitos com justiça, não necessariamente mediante intervenção da magistratura togada.

Essa terceira onda de renovação do acesso à justiça é ampla e traz a ideia de que os magistrados devem abandonar o tradicional papel de mero expectador para serem criativos e inovadores na condução do processo. Nesse sentido, o magistrado deve atuar tendo como objetivo primordial contornar os obstáculos burocráticos e formalísticos que impedem uma prestação jurisdicional efetiva.

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DOS ACORDOS INSTITUCIONAIS

A separação de poderes no Estado brasileiro é tributária de intensas discussões a respeito da problemática de acomodação das funções, haja vista os constantes e iminentes choques institucionais entre os Poderes. A situação é ainda mais aguda quando do estudo do ativismo judicial e da *auto-contenção*, onde, por intermédio das decisões judiciais, o Judiciário participa na *concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes* (BARROSO, 2016)[7].

E não é novidade que, ao ponderar as mais diversas provocações sociais, o STF tem proferido decisões manifestamente ativistas, influenciando os rumos de questões polêmicas. As discussões sobre a separação de poderes partem de um pressuposto que, se não é fantasioso, é, pelo menos, conturbado.

Existe um consenso do que seja interferência de um Poder sobre o outro, mas não se analisam parâmetros de limites de cada um, talvez achando que a literalidade da Constituição seria

[7] A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2016).

suficiente para defini-la, quando, em verdade, as atribuições elencadas pela Carta Magna não passam de uma referência a balizar as discussões sobre o constitucionalismo brasileiro. Zaffaroni (1995, p. 24) afirma que "o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado Moderno. A justiça moderna não pode ser 'apolítico' nesse sentido, e hoje mais do que nunca deve-se reconhecer que o poder judiciário é governo".

É um erro grave tomar como base experiências norte-americanas ou alemãs para constatar o futuro insucesso do ativismo judicial brasileiro. Mais grave ainda, é algo que sepulta a própria construção do pensamento doutrinário e ideológico. A acomodação das funções dos Poderes não foi implantada com a promulgação da Constituição de 1988 e, muito menos ainda, encontra espelho em processos históricos democráticos que em nada se assemelham ao do Brasil. Não é melhor, nem pior.

É como algo isolado e que parte de postulados assentados que o ativismo judicial no Brasil é estudado: sem perceber as vicissitudes do processo de disputas que ocorrem na democracia brasileira e a forma como se comportam os Poderes. Olha-se apenas para a decisão judicial, que é o produto final. Ou seria realmente possível comparar os impulsos da Suprema Corte norte-americana da década de 1950 e 1960 com os intentos e os questionamentos levados ao crivo do Supremo Tribunal Federal do século XXI? É bem provável que os contextos não sejam sequer semelhantes.

Portanto é necessário entender a confrontação entre os Poderes e como buscar meios de harmonizá-los. A sugestão oferecida neste trabalho ressalta a importância do diálogo institucional, tendo como condutor o Poder Judiciário, haja vista o seu incontrastável protagonismo, pós-Constituição de 1988 e EC nº. 45/04. O monopólio do acesso à Justiça e a rejeição aos meios de resolução dos conflitos, perdem espaço para os acordos e as metas, repercutindo na atuação dos juízes e da sociedade.

Tal mudança de paradigma é necessária, haja vista a desproporcionalidade entre o número de ações ajuizadas diariamente e do número de sentenças proferidas. Por mais que a judicialização seja importante para o seu amadurecimento, o Judiciário não conseguirá, sozinho, arcar com todos os deveres que cabem, paritariamente, aos demais Poderes. Seria depositar falsas esperanças.

Sob uma perspectiva mais avançada de pensar os deveres da jurisdição, o ato de julgar não deve mais representar o vértice onde se concentra toda a força locomotiva do Judiciário. Após a

amplitude das atividades judiciárias no contexto da Constituição Federal de 1988, como também os desacertos judicantes materializados em respostas antiquadas, o Poder Judiciário acena para outra forma mais eficaz e política de legitimar-se, mas também de controlar e harmonizar os outros Poderes.

Não há negar o avanço das técnicas formais e do conteúdo humanístico empregado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Por mais que se critique e questione a postura do Supremo, é inegável rechaçar os avanços da jurisdição constitucional, ainda que sejam a passos lentos. A dimensão formal de acesso à justiça necessita evoluir, juntamente, com a concepção material, ou seja, com a abertura democrática do sistema de justiça brasileiro. Na dicção de Boaventura de Sousa Santos (2011), a nova política judiciária atende aos critérios democráticos de maior participação pela sociedade, simplificação dos procedimentos, ampliação dos poderes do juiz e a criação de um Serviço Nacional de Justiça que garanta igualdade de acesso e a interlocução com a sociedade.

O alargamento dos caminhos que levam à Justiça requer, conforme esposado em outras ocasiões, a revisão de seu funcionamento e de sua finalidade (FARIA, 2010). Para tanto, o diálogo entre as instituições e o diálogo entre estas e a sociedade vem sendo o grande mérito da reforma do Judiciário. A firmação de pactos e o estabelecimento das metas representam um salto quantitativo e qualitativo na eficácia das medidas tomadas pelo Judiciário.

Em conjunto com o Executivo e o Legislativo, o Judiciário começa a coordenar uma política sistemática de reformulação do ordenamento jurídico, propiciando novos ares institucionais. Apesar da autonomia atribuída pela Constituição a este Poder, somente agora aparenta exercê-lo com maior vigor. Enclausurado por razões pouco democráticas, o Judiciário toma forma de um Poder à altura dos demais, apagando uma imagem de indiferença aos problemas políticos e sociais do país.

O debate institucional evita os choques, comumente, causados pelo ativismo judicial, eis que o Judiciário atuaria como Poder mediador dos interesses legítimos de cada esfera, redimensionando problemas, tais como: a inércia do Executivo na consecução de políticas públicas pensadas em conjunto com outras instituições e a sua cólera legiferante através das MPs, como

pela desordenada produção legislativa que é pouco sistêmica e, por isso, é a consequência de novos imbróglios que a doutrina e a jurisprudência têm de superar [8].

Fica, certa forma, amenizada a discussão a respeito do poder vinculante das decisões judiciais em face da atividade típica dos outros Poderes, incitada, por muitos juristas, como verdadeira extrapolação das atribuições do Poder judicante. Ao invés de fazer apelo ao legislador [9], de determinar a consecução de políticas públicas ou tentar resolver problemas que, visivelmente, não pertencem a sua esfera de competência, *o embate institucional* seria alterado pelo *debate institucional*.

Chamado a decidir o Judiciário não pode se esquivar dos seus deveres de concretizar a Constituição, mas essa concretização não passa, necessariamente, pela decisão judicial. Ultimamente, o STF tomou uma dimensão política considerável e a sua visibilidade é, inegavelmente, maior do que tempos atrás. Apesar disso, o que se percebe é que ainda há incertezas com relação ao cumprimento e alcance de seu mister constitucional. Munido de um *ativismo seletivo* [10] que, em nossa percepção, garante a esta Corte "não dizer o direito" quando lhe interessa, mitiga o seu dever e a torna pouco confiável diante dos obstáculos que o Estado brasileiro necessita vencer.

Abre-se um parêntese para criticar o excesso de judicialização dos problemas sociais, dando ênfase para a discussão sobre o estado de coisas inconstitucional. De forma contrária, entendemos que a ADPF não é a medida legítima para a discussão das políticas públicas que se relacionam, direta ou indiretamente, com a função jurisdicional. Apesar da ADF 347 ter trazido alguns benefícios, infelizmente, a decisão judicial não teria o poder de modificar a realidade dos presídios brasileiros.

---

[8] O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de Administração Penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF 45). Procedimento de Controle Administrativo a que se nega provimento (CNJ – PCA 200810000002397 – Rel. Cons. Jorge Maurique – 60ª Sessão – j. 08.04.2008 – DJU 07.05.2008).

[9] Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 3. ed.São Paulo: Saraiva, 2007.

[10] Cumpre ressaltar, nesse sentido, a ideia de que existe pouco grau de certeza no que toca à prudência argumentativa nas decisões do Supremo, sendo pertinente relembrar as palavras de Carl Schmitt quando se referia ao termo "tirania de valores".

Em nossa opinião, a Administração Judiciária, por meio do Conselho Nacional de Justiça, teria mais prerrogativas instrumentais para estabelecer um diálogo entre os demais Poderes e a sociedade no intento de solucionar tal impasse. As chamadas "sentenças emocionais", na expressão de Garapon (2001), mais atrapalha do que ajuda na solução dos problemas, inviabilizando a própria coerência na aplicação do direito.

É evidente que se deve primar pelo aperfeiçoamento dos julgamentos e o enfrentamento dos *hard cases*, mas que a discussão não se concentre em uma só das esferas de deveres do Judiciário, sob pena de continuar a ser visto pelos outros Poderes e pela sociedade como instrumento auxiliar de resolução de conflitos. Associada a esta força interna está a criação legislativa, que a cada normatividade (repercussão geral, súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, a imponência do controle concentrado, reclamação constitucional etc.) outorga mais poder à função jurisdicional (especialmente ao STF), desejando que das "bocas dos juízes" saíam as soluções para os problemas da sociedade. Mas, ao mesmo tempo, cria uma ambiência que pode ser fatal a sua credibilidade se não conduzida com parcimônia. Interferência judicial desmedida é o pressuposto da corrosão das instituições democráticas[11].

Conforme dito em outra ocasião, não é saudável à democracia e ao próprio Poder Judiciário que toda e qualquer questão política seja deslocada para o campo da decisão judicial, pois, de um lado, falham os outros Poderes que não querem assumir a responsabilidade da decisão e, por outro lado, falece, em regra, o Judiciário de condições materiais para tomar/realizar a decisão política, fatores que são prejudiciais a sua afirmação e legitimidade[12].

O que se propõe é que as atribuições do Poder Judiciário não devam se restringir à função jurisdicional como o único instrumento para concretizar o direito, mas que também viabilize a satisfação dos direitos através dos *acordos institucionais* (termos de cooperação). Ou seja, oportunizar o direito sem a necessidade de fomentar a cultura da litigiosidade. Nessa linha, o

---

[11] Nesse sentido, ver a crítica ao voluntarismo das decisões do STF em: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[12] No mesmo sentido, adverte Zaffaroni (1995, p. 33) que: Nesses casos, o deslocamento do conflito está motivado por uma transferência da responsabilidade à agência judiciária, à qual, por sua maior vulnerabilidade (e menor poder), é mais fácil atribuir-lhe inoperância, ineficácia, negligência, corrupção etc. Diante da frustração se produz a deterioração da imagem pública do poder judiciário, o que legitima qualquer sacrifício das garantias e dos direitos […] Mas, o artificial deslocamento dos conflitos sem solução serve não apenas para elidir responsabilidade e para afastar princípios que jazem nas elementares garantias republicanas, como também termina destruindo a independência judiciária, porque, depois do descrédito, a intervenção dos poderes partidários no judiciário provoca menor resistência pública ou até é recebida com o beneplácito da opinião pública.

Conselho Nacional de Justiça tem sido um forte condutor de políticas judiciárias voltadas a esta concepção de efetivar direitos a partir de meios de composição de litígios que escapam dos procedimentos individuais, muitas vezes, dispendioso e demorado[13].

O Judiciário deve buscar soluções preventivas, como também encontrar meios ágeis para combater os processos que amontoam os gabinetes dos juízes e que trazem prejuízos aos cofres públicos[14]. A partir do mapeamento dos principais sujeitos passivos (entidades públicas e empresas privadas) seria possível estabelecer uma cooperação para acelerar os litígios. Outra medida que vem dando resultado é a estipulação de metas para alterar a legislação processual[15].

A doutrina brasileira necessita, principalmente os novos juristas, repensar sua análise a respeito da forma de enxergar o que, potencialmente, o Judiciário pode oferecer à democracia brasileira e não dar voltas incansáveis com o direito comparado para concluir que a justiça brasileira não pode ser igual à alemã ou à norte-americana.

É importante, nessa linha, analisar o contexto e as propensões do Poder Judiciário de maneira a problematizar e definir soluções. Nesse ponto, não se negam as experiências estrangeiras como ferramenta auxiliar para o estudo de impasses que comumente norteiam o debate sobre as instituições brasileiras, mas é necessário buscar soluções próprias para a realização do direito fundamental de acesso à justiça pela ampliação dos instrumentos e das possibilidades, constitucionalmente, asseguradas.

---

[13] Há muito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem discutindo formas de solução de conflitos inovadoras para reduzir a judicialização. Em 2008, vários Tribunais Regionais Federais do país assinaram acordo com o Conselho Nacional de Justiça para acelerar a solução de processos relacionados à Previdência Social. Esses acordos envolvem outros órgãos como a Advocacia Geral da União (AGU), a Procuradoria do INSS e os tribunais federais (CNJ, 2016, *on-line*).

[14] Assim também a jurisdição, apesar de ser o meio mais moderno de solução de conflitos, ainda apresenta alguns aspectos negativos tais como a formalidade intrínseca ao devido processo legal, a considerável demanda de tempo para a conclusão do processo e seu elevado custo financeiro, além do descompasso entre as decisões judiciais e a realidade social dos indivíduos (FEITOZA, 2005, p. 69).

[15] No mesmo sentido, a Previdência Social e a Advocacia-Geral da União estão propondo o Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS. Estima-se que existam, hoje, 5 milhões de processos contra o INSS. São 180 mil novos processos por mês, a um custo acumulado de bilhões apenas para sua manutenção. Não há orçamento federal que agüente. O motivo da judicialização é a insatisfação do cidadão provocada quando o agente do INSS interpreta a lei com medo de fraudes e acaba sendo exigente demais: nega os pedidos de aposentadoria, os auxílios-doença, os salários-família, as pensões e por aí vamos. Com maior controle da interpretação administrativa das leis, que, atualmente, tem um viés pró-Estado, pode-se reduzir em até 1 milhão por ano o número de processos contra o INSS (FALCÃO, 2016, *on-line*).

CONCLUSÃO

A dimensão democrática do acesso à justiça representa um salto significativo na concretização dos direitos fundamentais. A superação do paradigma, estritamente, processualista como ferramenta de acessibilidade, passa a oferecer outras formas de assegurar os direitos mais básicos, tendo por pressuposto a democratização dos canais de justiça.

As ondas renovatórias de Cappelletti e Garth apontam para um processo de evolução gradual das sociedades modernas, oferecendo uma dimensão mais expressiva e ampla do conceito de acesso à justiça. Obviamente, a construção teórica mencionada recebe contornos peculiares quando do confrontamento com o contexto histórico de consagração do direito fundamental de acesso à justiça.

Pode-se afirmar que, ao contrário da clareza histórico-evolutiva da teoria cappellettiana, a evolução brasileira deste direito é fragmentária, sendo difícil, não apenas estabelecer os marcos teóricos, como também os marcos legislativos em razão da ausência de sistematização e das lacunas legais. O processo coletivo, não contemplado no novo código de processo civil, é um assaz exemplo de como o Brasil está fora desta moldura teórica, tendo em conta a sua formação cultural peculiar e os próprios interesses que fogem ao bem comum. Após a EC n. 45/2004 é possível vislumbrar as nuances de um processo contínuo de realização do acesso à justiça, tocando em pontos cruciais para a difusão dos direitos.

Nesse sentido, a relação dialógica entre as instituições serviria para debelar macro-problemas de acesso à justiça, possibilitando intervenções democráticas nesta seara. O CNJ, enquanto órgão central da política judiciária e fomentador das informações concernentes ao conhecimento dos direitos, teria importante papel na firmação de acordos institucionais voltados à prevenção e à desjudicialização dos conflitos nas áreas, por exemplo, da saúde, previdência, segurança pública (presídios) etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Disponível em http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf. Acesso em: 29 mar. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?d=consulta&a=consulta&f=formPrincipalProdutividade.>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFe, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil**: marcos teóricos, formação histórica e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2014.

Magna Carta de 1215. Disponível em http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf. Acesso em 02 abr. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 3. ed.São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de Sousa. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Porto Alegre: SAFe, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.