

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÚLIA TEIXEIRA PORTOLESE

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA
PELO PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

2019

JÚLIA TEIXEIRA PORTOLESE

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA
PELO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Marcia Cristina de Souza Alvim

São Paulo

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Portolese, Júlia Teixeira.

Implementação de Políticas Públicas para o Acesso à Justiça pelo Poder Judiciário/ Júlia Teixeira Portolese. - 2019.

140 fls.

Orientadora: Márcia Cristina de Souza Alvim. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Direito constitucional. 2. Políticas Públicas. 3. Acesso à Justiça. 4. Implementação de Políticas Públicas (Direito). I. Alvim, Márcia Cristina. II. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. III. Título. CD.

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA PELO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional

COMISSÃO JULGADORA

Prof.^a Dr.^a Marcia Cristina de Souza Alvim / Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(Presidente)

Prof.^a Dr.^a Nathaly Campitelli Roque/Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.^a Dr.^a Renata da Rocha/Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo

Aprovada em: _____

Local de defesa: _____, campus Monte Alegre da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

AGRADECIMENTOS

À Professora Márcia Alvim, pela orientação, competência, profissionalismo e dedicação tão importantes, pela oportunidade de estágio docente e pelas cartas de recomendação. Também, pelas vezes que nos reunimos, bastavam alguns minutos de conversa e umas poucas palavras para ajuda e esclarecimentos.

Aos membros da Banca de Qualificação, Professora Nathaly Campitelli Roque e Professor André Luiz Freire e, à Professora Renata da Rocha, Margareth Anne Leister e Guilherme Amorim Campos da Silva, membros da Banca de Avaliação, que gentilmente aceitaram participar e colaborar com esta dissertação.

Aos amigos Juliana Viotti e Raphael Cornélio, pela disciplina realizada em conjunto e, principalmente, pela preocupação e apoio constantes.

A todos os demais amigos e amigas do Curso de Mestrado de Direito, obrigado pelo convívio, amizade e apoio demonstrados.

Aos profissionais Rui e Rafael da Secretaria de Direito pela colaboração, auxílio e informações sobre o curso e, à Rute Tomida pelo auxílio e colaboração na formatação e prazo de entrega da dissertação.

Ao Professor Aloysio Vilarino dos Santos, pelas cartas de recomendação e oportunidade de estágio. bem como, aos professores Miguel Hovarth, Vidal Serrano Nunes Júnior, Antônio Carlos Mendes, Gabriel Chalita, David Araújo e Carlos Roberto Husek pelos ensinamentos e dedicação ao longo do processo de formação individual e coletivo.

À minha mãe e ao meu pai deixo um agradecimento especial, por todas as lições de amor, companheirismo, amizade, caridade, dedicação, abnegação, compreensão que vocês me dão a cada novo dia. À minha irmã e aos meus sobrinhos.

RESUMO

O presente trabalho pretende conhecer e explorar as possibilidades de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, com o intuito de cumprir a garantia de acesso à justiça. Esta política beneficia a inclusão social de membros marginalizados da sociedade ao ampliar as formas de resolver conflitos, bem como, demonstra que este Poder, por meio de suas instituições: Juizados Especiais, Ministério Público, Defensorias Públicas e, outros mecanismos alternativos de resolução das disputas (Conciliação, Mediação e Arbitragem) são capazes de concretizar os direitos humanos e fundamentais coletivos e/ou individuais dos cidadãos, assegurados na Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Acesso à Justiça. Democracia.

ABSTRACT

The present work intends to know and explore possibilities implementations' of public policies by judicial power in order to comply with the guarantee of access to justice. This policy benefits social inclusion of marginalized members' society by broadening the ways of resolving conflicts as well as demonstrates that this Power, through its institutions: Special Courts, Public Prosecutor's Office, Public Defender Offices and other alternative dispute resolution mechanisms (Conciliation, Mediation and Arbitration) are capable of realizing the collective or individual human and fundamental rights of citizens guaranteed in the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Public Policy. Access to Justice. Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC -	Ação Cautelar
ADI -	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF -	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR -	Agravo Regimental
ARE -	Recurso Extraordinário com Agravo
CAMARB -	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CCBC -	Câmara de Comércio Brasil- Canadá
CEJUSCs -	Centros Judiciários de Solução de Conflitos
CF -	Constituição Federal
CFB -	Constituição Federal Brasileira
CNJ -	Conselho Nacional de Justiça
COBRASMA -	Companhia Brasileira de Materiais Ferroviários
CONIMA -	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CRFB -	Constituição da República Federativa Brasileira
CPC -	Código de Processo Civil
DJ -	Diário da Justiça
DJe -	Diário da Justiça estadual
EC -	Emenda Constitucional
IBDP -	Instituto Brasileiro de Direito Processual
ICC -	Câmara de Comércio Internacional
ICP -	Infraestrutura de Chaves Públicas
LDO -	Lei de Diretrizes Orçamentárias
Min.-	Ministro
OEA -	Organização dos Estados Americanos
ONU -	Organização das Nações Unidas
PEC -	Proposta de Emenda à Constituição
RE -	Recurso Extraordinário
Rel. -	Relator
RISTF -	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RTJ -	Revista Trimestral de Jurisprudência
SL -	Suspensão de Liminar
STF -	Supremo Tribunal Federal
UNE -	União Nacional dos Estudantes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Trajetória Evolutiva dos Direitos Fundamentais	14
1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais: Trajetória Evolutiva dos Direitos Fundamentais do Estado Liberal ao Estado Constitucional Socioambiental	15
2 DIREITOS HUMANOS	18
2.1 Ditadura Militar Brasileira e o Ato Institucional n. 05.....	19
3 O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004	23
3.1 Modificações Introduzidas no Sistema Judicial Brasileiro pela Emenda Constitucional 45/04.....	40
3.2 A Proporcionalidade entre a Quantidade de Magistrados na Unidade Jurisdicional, Demanda Judicial e População (1998 e 2002)	41
3.3 Funcionamento Ininterrupto da Atividade Jurisdicional	45
3.4 A Distribuição Imediata dos Processos em todos os Graus de Jurisdição	45
3.5 Instituição do Conselho Nacional de Justiça	46
4 CICLO DA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO	50
4.1 Possível Definição de Políticas Públicas	50
4.2 Identificação do Problema	51
4.3 Formulação do Conjunto de Temas Relevantes	52
4.4 Formulação de Alternativas	53
4.5 Tomada de Decisão.....	55
4.6 Implementação das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário	57
4.7 Avaliação da Política Pública	59
4.8 Orçamento Público	61
4.8.1 Controle do Orçamento Público	64
4.9 Extinção da Política Pública	65
5 PROCESSOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	67
5.1 A Judicialização dos Conflitos	68
5.2 Juizados Especiais como Órgão de Acesso à Justiça.....	90
5.3 Atuação do Ministério Público	105

5.4 Defensorias Públicas.....	110
5.5 Mecanismos Alternativos de Solução dos Conflitos de Interesses Instituídos pela Resolução 125/2010 do CNJ.....	112
5.5.1 Conciliação e Mediação	116
5.5.2 Arbitragem	121
CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O estudo da evolução histórica dos Direitos Fundamentais e Humanos possibilita a sua classificação em diferentes dimensões de direitos, as quais se relacionam à concepção ideológica de Estado vigente no momento em que referidos direitos foram reconhecidos. Na conjuntura das revoluções liberais, foram reconhecidos os direitos civis e políticos, quais sejam, os direitos de liberdade que têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado.

Em seguida, no contexto pós-Primeira Guerra Mundial, foram reconhecidos os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais consagram o ser humano para além da perspectiva individual, considerando-o um ser social. Desta maneira, surgem valores relacionados ao trabalho, à saúde, educação, os quais em razão de suas peculiaridades exigem uma prestação estatal para que sejam concretizados.

Em um momento histórico mais recente, final do século XX, sistematizou-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, composta pelos direitos que se destinam ao gênero humano e que, por sua natureza, não podem ser individualizados, de forma que sua garantia a determinado indivíduo representa a garantia a todos os demais. Tais direitos consistem no direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

A quarta dimensão de direitos fundamentais versa sobre direitos à democracia, informação e ao pluralismo, reflete a posição política do homem em um mundo globalizado. Por fim, ressalte-se que, consoante Paulo Bonavides, o direito à paz compõe a quinta dimensão de direitos fundamentais.

No Brasil, o reconhecimento sistemático dessas diversas dimensões deu-se após os anos da ditadura militar, a partir da Constituição Federal de 1988, período jurídico da transição democrática. No entanto, apesar do avanço democrático ocorrido, a democracia brasileira não resta efetivamente consolidada, haja vista a não concretização dos direitos, sobretudo os sociais, para grande parcela da população. No âmbito da não efetivação dos direitos humanos e fundamentais, destaca-se a potencialização da relevância do acesso à justiça para a concretização de direitos individuais e /ou coletivos.

Ao longo de sua evolução histórica, o direito de acesso à justiça passou por significativas transformações, deixando de ser um direito meramente formal durante o Estado

liberal, referente à possibilidade de proposição e contestação de demanda perante o Poder Judiciário, comprometido com a igualdade formal e, não efetiva até que alcança a estatura de direito ao acesso efetivo a uma ordem jurídica.

No Brasil, o constituinte de 1988 elegeu enquanto direito fundamental e humano o acesso à justiça, bem como ampliou mecanismos para a sua concretização de forma mais efetiva e igualitária possível. Frisa-se que na Carta Magna, o direito fundamental e humano à assistência jurídica, integral e gratuita aos hipossuficientes e a implementação de outros institutos essenciais à efetivação da função jurisdicional do Estado, incumbida da materialização do referido direito, conduz este trabalho a investigar e responder se é possível a implementação de políticas públicas para o acesso à justiça pelo Poder Judiciário.

Destaca-se que, com a finalidade de especificar e atingir o presente objeto de estudo, o caminho percorrido foi delimitar uma possível definição para direitos fundamentais, conhecer sua trajetória evolutiva e mencionar as respectivas dimensões a partir do Estado Liberal ao Estado Constitucional Socioambiental no primeiro capítulo.

Em seguida, no segundo capítulo, são estudados os direitos humanos, o período da ditadura militar no Brasil e o Ato Institucional n. 05, esse último, como uma ilustração do retrocesso e da violação aos avanços dos direitos fundamentais e humanos inerentes aos indivíduos e à coletividade.

O capítulo terceiro trata sobre o princípio do acesso à justiça previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 e sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual introduziu relevantes alterações no sistema judicial brasileiro, cujas repercussões servem como suporte à resposta da investigação de como implementar políticas públicas de acesso à justiça pelo Poder Judiciário. Para isso, foi pesquisada a proporcionalidade entre o número de juízes, demandas judiciais e a respectiva população nos anos de 1998 e 2003; as hipóteses de funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição nas distintas unidades da federação; e a instituição do Conselho Nacional de Justiça enquanto órgão de controle externo do Poder Judiciário em relação à atividade jurisdicional nos distintos Estados brasileiros.

O capítulo quarto aborda o ciclo da implementação de políticas públicas, traz uma possível definição do termo política pública e descreve suas etapas, cuja ordem observa: a identificação do problema; a formulação do conjunto de temas relevantes; a formulação de alternativas; a tomada de decisão; a implementação; a avaliação; o orçamento público para sua execução e o respectivo controle; e, por fim, a extinção.

O capítulo quinto traz os processos de implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, a partir do momento em que ocorre a judicialização de conflitos e, ato contínuo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de irregularidade e omissão das políticas públicas que envolvem direitos fundamentais e humanos. Ainda, aborda os órgãos: Juizados Especiais, Ministério Público, Defensorias Públicas e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos: Conciliação, Mediação e Arbitragem instituídas pelo Poder Judiciário, como meios pelos quais podem se valer os indivíduos e a coletividade para ter acesso à justiça e, assim, verificarem seus direitos e garantias concretizados.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma definição possível de direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹ traz a dupla fundamentalidade em sentido formal e material, de modo que, direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que direitos fundamentais “*aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material*”.² Pode-se afirmar que aquilo que qualifica um direito como fundamental, é a circunstância de que esta fundamentalidade é, simultaneamente, formal e material.

A fundamentalidade formal encontra-se atrelada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da constituição pelos elementos:

- a) como parte integradora da constituição escrita, os direitos fundamentais se situam no topo do ordenamento jurídico, alcançando a supremacia hierárquica das normas constitucionais;
- b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (artigo 60 da CRFB);³
- c) as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e os atores privados (artigo 5º, parágrafo 1º da CFRB).

No seu conjunto, tais elementos indicam um regime jurídico qualificado, reforçado e diferenciado em relação a outras normas da constituição que não são diretamente aplicáveis e não são, em regra, tuteladas da incidência de limites materiais ao poder de reforma constitucional.

A fundamentalidade material implica a análise do conteúdo dos direitos, ou seja, da circunstância de conterem ou não decisões fundamentais sobre a estrutura estatal e da sociedade no que tange à posição nestes ocupadas pela pessoa humana.

Deste modo, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas naturais ou jurídicas, consideradas sob perspectiva individual ou transindividual que, sob o enfoque do direito constitucional positivo, foram

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 311.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas.

Esta definição reflete a dupla fundamentalidade formal e material do catálogo de direitos fundamentais, no sentido de um rol inclusivo conforme artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88. No que pertine à abertura material do catálogo, a doutrina e jurisprudência admitem que a expansividade do rol constitucional reconhece a existência de direitos e garantias de caráter individual equiparáveis aos direitos elencados no artigo 5º da CF e abrange os direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais.

A interpretação supra encontra guarida em argumentos como o artigo 5º, parágrafo 2º da CF que trata de forma genérica os direitos e garantias expressos na Constituição, sem limitação quanto à sua posição no texto. Também, o dever da Carta Magna de 1988 de concretizar os direitos sociais insculpidos no título que versa sobre direitos fundamentais. Além disso, o artigo 7º e seus incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores e possibilita a abertura a outros direitos similares.

Frisa-se que, na doutrina brasileira prevalece o entendimento que o rol dos direitos sociais do artigo 6º e a enumeração dos direitos sociais dos trabalhadores no artigo 7º são exemplificativos, de modo que, tais preceitos podem ser qualificados como cláusulas especiais de abertura.

Nessa perspectiva, a adesão à Constituição Republicana do Brasil aponta que o artigo 5º, parágrafo 2º consubstancia uma norma geral inclusiva que, se utiliza de um processo dinâmico e aberto de reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional e, atua como força motriz, para uma sociedade aberta e plural.

1.1 Trajetória Evolutiva dos Direitos Fundamentais

Na Inglaterra do século XII, encontra-se o documento dos direitos humanos e fundamentais, denominado *Magna Charta Libertatum*, Pacto esse celebrado em 1215 entre o Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses. Tal documento serviu como referência para alguns direitos e liberdades civis, dentre os quais temos o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia de propriedade.

As liberdades constantes na *Magna Charta* teve importância para posterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, pois neste documento identifica-se a origem desses direitos em relação à garantia da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, tendo como argumento a liberdade consubstanciar pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades.

Relevante ao surgimento e evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante que conduziu à reivindicação e reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em distintos países europeus como o Édito de Nantes em 1598 na França, o *Toleration Act* em 1649 na colônia de *Maryland* e seu similar na colônia de *Rhode Island* em 1663 (América do Norte).

A próxima etapa foi no século XVIII, inaugurado pelas primeiras Constituições escritas como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Right* de 1689. Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias, o habeas corpus, o direito de petição e alguma liberdade de expressão surgem enquanto enunciados gerais de direito costumeiro para limitar o Poder Monárquico e a afirmação do Parlamento diante da Coroa Inglesa.

A supremacia normativa no sentido da vinculação do Estado às cláusulas constitucionais ao lado da garantia do controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos do poder estatal por meio da Suprema Corte, resultou na consagração da noção de direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional, oponíveis pelo cidadão ao Estado. Ainda, destaca-se a relevância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece na Declaração de 1789, na Constituição Jacobina de 1793 em que são reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e assistência aos desamparados. O significado e a importância do legado norte-americano e francês no século XVIII, no contexto do momento inicial da trajetória do

Estado Constitucional são apontados por Martin Kriele ao frisar a relevância de ambas as declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, os americanos tinham os direitos fundamentais e a França legou ao mundo os direitos humanos.⁴

1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais: Trajetória Evolutiva dos Direitos Fundamentais do Estado Liberal ao Estado Constitucional Socioambiental

Os direitos fundamentais, no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto do pensamento liberal burguês do século XVIII, caracterizados por um viés individualista concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, quais sejam, direitos de defesa que delineiam uma área de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.⁵ Trata-se de direitos de caráter normativo, direcionados a uma abstenção por parte dos poderes públicos.

Nesse contexto, assumem relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei e, posteriormente, são acrescidos as liberdades de expressão coletiva (imprensa, manifestação, associação, reunião entre outras) e os de participação política, demonstrando a correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.⁶ Ainda, algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus e direito de petição) se enquadram nessa categoria que Paulo Bonavides denomina direitos civis e políticos, na condição de conquistas incorporadas ao Estado Democrático de Direito.⁷

Celso Lafer⁸ nos traz que a industrialização e as crises sociais e econômicas que a acompanharam no século XIX, acarretando movimentos reivindicatórios e o reconhecimento de direitos, faz emergir uma dimensão positiva dos direitos ao proporcionar o direito de participar do bem-estar social, caracterizada por assegurar ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado como saúde, educação, trabalho, assistência social e

⁴ KRIELE, Martin. **Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte**. In: ACHTERBERG, N. (org.). **Öffentliches Recht und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin**. Berlin: Dunker & Humblot, [s. d.], páginas 190-191.

⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 121.

⁶ KRIELE, Martin. **Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte**. In: ACHTERBERG, N. (org.). **Öffentliches Recht und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin**. Berlin: Dunker & Humblot, p. 205.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, p. 82 e ss., abr.-jun. 2008, p. 157.

⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 122.

outras, revelando a transição de liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

No século XX, nas Constituições da Segunda Pós- Guerra Mundial que os novos direitos fundamentais são consagrados em quantidade expressiva e se tornam objetos de diversos pactos internacionais. No entanto, ao longo da consolidação do Estado Social, o reconhecimento de direitos a prestações sociais ocorreu de modo heterogêneo e nem todos os Estados Constitucionais enquadrados na denominação Estado Social reconheceram tais direitos como, por exemplo, a Alemanha.

Na esfera dos direitos da denominada segunda dimensão, essa engloba direitos de caráter positivo e as liberdades sociais (sindicalização, direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores com as férias, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho, entre outros).

Os direitos fundamentais de terceira geração ou direitos de fraternidade e solidariedade se desprendem do homem-indivíduo enquanto seu único titular e passam as ser destinados também à tutela de grupos humanos, caracterizando os direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).⁹ Cuida-se do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano geradas pelo impacto tecnológico, estado de beligerância, processo de descolonização da Segunda Pós-Guerra e suas consequências, acarretando reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Assim, essa dimensão de direitos reside na sua titularidade transindividual ou metaindividual, por vezes, indefinida e indeterminável que se revela no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, apesar de preservada sua dimensão individual, demanda novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao Estado e à população (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) compreende os direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão de sua aplicação transindividual ou universal (transnacional) e, pelo fato de exigirem esforços e responsabilidades em escala mundial para sua efetivação.

Na terceira dimensão dos direitos humanos, posições jurídicas vinculadas ao uso das novas tecnologias, a partir do século XX, como é o caso dos direitos reprodutivos (acesso às novas tecnologias reprodutivas e de planejamento familiar), proteção da identidade genética do ser humano, acesso à informática e proteção dos dados pessoais no âmbito da

⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 131.

sociedade tecnológica.¹⁰ Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, garantias fundamentais (garantias individuais)

(...) são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, perante o Estado, os seus direitos fundamentais. Estas destinam-se a assegurar a fruição de certos bens (direitos); são acessórias; nestas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; e elas se estabelecem.¹¹

Fábio Konder Comparato define:

as garantias institucionais como formas de organização do Estado ou institutos da vida social, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição (...). As garantias institucionais podem e devem, hoje, ser analisadas como princípios fundamentais do ordenamento constitucional. Nessa condição, apresentam elas as três características essenciais de todo princípio jurídico: supremacia normativa, ilimitado âmbito de aplicação e ilimitado grau de aplicação.¹²

¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional**.- Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 93 e ss.

¹¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 5ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 96.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **As garantias institucionais dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html, Acesso em 05/02/2019.

2 DIREITOS HUMANOS

A doutrina jurídica faz distinção entre os institutos direitos fundamentais e direitos humanos, haja vista que é comum o uso das expressões como sinônimos. Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza a distinção a seguir.

(...) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹³

Flávia Piovesan¹⁴ observa que a definição de direitos humanos adotada não considera apenas os direitos previstos em tratados internacionais, em que há o manejo de duas expressões, de forma que, é relevante mencionar a distinção apresentada, pelo fato de alguns dos instrumentos normativos como a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, utilizarem os termos direitos fundamentais e direitos humanos.

A teoria tradicional dos direitos humanos é marcada pela ideia do universalismo abstrato e individualista que deriva da racionalidade humana, cuja pretensão é a universalidade da concepção ocidental desses direitos, baseada no consenso da comunidade internacional em torno da necessidade de sua tutela. Norberto Bobbio¹⁵ afirma que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi possível falar sobre a universalidade de fato dos direitos humanos, com base em que a humanidade partilha alguns valores comuns.

Fábio Konder Comparato¹⁶ aduz que um primeiro traço da teoria tradicional dos direitos humanos é a fundamentação da necessidade de tutela desses direitos na natureza da pessoa humana, a qual possui uma dignidade intrínseca a ser preservada em qualquer lugar e época, derivada da autonomia e do caráter único e insubstituível que cada ser humano possui, em razão de sua racionalidade.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.36.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 91.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Política**. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 12. ed. v. 2. Brasília: Editora da UNB, 2002, páginas 355 a 361.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 15.

Flávia Piovesan diz que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “consolidada a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.”¹⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade complementa que considera a universalidade dos direitos humanos decorrer da concepção de que tais direitos são inerentes a todo ser humano, devendo, em razão disso, serem tutelados em qualquer circunstância e, que “a universalidade dos direitos humanos se constroi e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano.”¹⁸

2.1 Ditadura Militar Brasileira e o Ato Institucional n. 05

O presidente João Goulart, no Brasil, no Rio de Janeiro, local de manifestações massivas, discursou à nação no dia 13 de março de 1964, como presidente de 80 milhões de brasileiros, dizendo que o caminho das reformas “(...) é o caminho pela paz social.”¹⁹

Em praça pública, expressou seu nacionalismo, denunciou o anticomunismo. Anunciou a encampação das refinarias de petróleo, a desapropriação de terras nos eixos das rodovias, dos açudes e nos eixos ferroviários; expressou seu apoio à reforma agrária; falou na necessidade das reformas tributária, universitária, eleitoral e da Constituição. Acerca da reforma eleitoral, propôs o direito de voto ao analfabeto, incluindo todos na categoria de eleitores e elegíveis.

O presidente anunciou publicamente um programa de governo compartilhado, e que naquele momento expressava os anseios dos setores progressistas da sociedade. O programa exprimia as propostas coletadas ao longo das manifestações dos setores organizados da sociedade e sua intenção de levá-las adiante.

A partir de uma proposta de exercício democrático, o presidente se aproximava da população, mantinha o funcionamento das casas legislativas e preservava a legalidade de reuniões dos católicos, dos seus opositores e dos comunistas, cujo partido foi colocado na ilegalidade em 1948, com a cassação do seu registro durante o governo Dutra.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 209.

¹⁸ TRINDADE, Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1ª ed., v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 416.

¹⁹ Informações sobre o discurso do presidente João Goulart extraídas do link: (<http://www.gedm.ifcs.ufrj.br/upload/documentos/33.pdf>).

O desconforto sustentava o país, com jovem movimentação política em reuniões e nas ruas e a insatisfação com o empobrecimento permanente e crescente da classe trabalhadora, bem como, uma forte dependência do capital externo. Posteriormente, o governo de João Goulart foi golpeado entre 31 de março e 1º de abril de 1964, no Brasil.

No dia 1º de abril, o exército ocupou a capital federal. Os tanques de guerra atravessaram Brasília. A ação dos grandes industriais, empresários, empresários do comércio, dos banqueiros e dos latifundiários- aliados aos setores conservadores da Igreja Católica- outorgaram aos generais, almirantes e brigadeiros a missão de salvar o país, o que os levou a definir o golpe como a “Revolução Redentora” ou “Revolução Democrática.”

À medida que passam os anos, a movimentação dos militares evidencia a usurpação da presidência ao desarticular o apoio ao presidente Jango, expulso. Deposto, João Goulart foi exilado no Uruguai. Após a queda de Jango, as condições para instalação de um Estado de Exceção no Brasil estavam postas.

O Ato Institucional-05 materializou o endurecimento da ditadura civil-militar (13 de dezembro de 1968) ao impor atestados ideológicos; possibilitar que as Universidades fossem invadidas pela polícia e pelo Exército; autorizar o fechamento do Congresso Nacional por tempo indeterminado; autorizar a intervenção nos Estados e Municípios sem qualquer procedimento prévio; autorizar a cassação de mandatos parlamentares e a suspensão de direitos políticos pelo prazo de dez anos; suspender a garantia do *habeas corpus*; e autorizar o sequestro de bens.

Alípio Freire²⁰ descreve que ocorreram vários acontecimentos no ano da decretação do AI-5 (ano de 1968), explicitando o descontentamento dos brasileiros e o recrudescimento da violência por parte dos militares armados. Em julho eclodiu em São Paulo a greve de Osasco, na COBRASMA (Companhia Brasileira de Materiais Ferroviários), e na mesma época, a greve de canavieiros da cidade do Cabo, em Pernambuco. Neste mesmo mês, mais de 300 mil estudantes fizeram manifestações de protestos nas principais cidades do país. Em agosto, a Universidade Federal de Minas Gerais foi fechada e a Universidade de Brasília invadida pela Polícia Militar.

Em 12 de outubro, 740 estudantes que participaram do 30º Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE), realizado clandestinamente na cidade de Ibiúna, em São Paulo foram presos. A repressão oficial, cada vez mais intensa, era reforçada por organizações paramilitares de extrema-direita como o Comando de Caça aos Comunistas e o Movimento

²⁰ FREIRE, Alípio. **Relatório de prisão, encaminhado à Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania de São Paulo**. São Paulo: Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania, 2002.

Anticomunista, responsáveis por doze atentados ao longo do ano, a explosão de bombas contra a Associação Brasileira de Imprensa e o Jornal O Estado de São Paulo, na capital paulistana.

Várias organizações de luta armada urbana realizaram ações durante o ano de 1968. Fecharam o Congresso Nacional, imediatamente e à noite do dia 13 de dezembro, baixaram o AI-5. A exceção estabeleceu-se como regra e o Estado de Exceção estava então consolidado.

Vera Calicchio relata a seguir:

O AI-5 autorizou, independentemente de qualquer apreciação judicial, decretar o recesso do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, a intervir nos estados e municípios sem as limitações previstas na Constituição, a cassar mandatos eletivos e a suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão, a decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente e a suspender a garantia de habeas corpus. Ainda no dia 13 de dezembro, o AC-38 decretou o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado.²¹

No dia 16 de janeiro de 1969, o governo divulgou uma lista contendo quatro tipos de punições: cassação de mandato, cassação de mandato com suspensão de direitos políticos, suspensão de direitos políticos e aposentadoria compulsória.

Zuenir Ventura²² diz que o Ato Institucional 05 foi um “*golpe dentro do golpe*”, pois, para cumprir com o intento de ampliar o poder do governo militar e de cercear os direitos civis da população, referido Ato estabeleceu um regime de exceção no país que violava a Constituição Federal de 1967, criado sob o regime militar.

Segundo Elio Gaspari, com o advento da Emenda Constitucional número 01/1969 que alterou o texto constitucional de 1967 é que as disposições do AI-05 se tornaram compatíveis com a Carta Magna. Ainda, trouxe as principais inovações introduzidas pelo AI-05, com o intuito de amparar as atrocidades que marcaram o período dos “anos de chumbo”, conforme relato a seguir.

No dia seguinte, 13 de dezembro, (...) os militares baixaram o Ato Institucional n. 05, o AI-05, autorizando o governo, entre outras medidas ditatoriais, a decretar em caráter excepcional, isto é, sem apreciação judicial, o recesso do Congresso Nacional, a intervenção nos Estados e Municípios, a cassação de mandatos parlamentares, a suspensão por dez anos dos direitos políticos de qualquer cidadão, o confisco dos bens considerados ilícitos e a suspensão da garantia do habeas corpus, o que, na prática, permitia a tortura e o abuso contra os presos.²³

²¹ CALICCHIO, Vera. **Atos Institucionais**. São Paulo: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 2008. Disponível no site: (<http://cpdoc.fgv.br>). Acesso em 21/02/2019.

²² VENTURA, Zuenir. **1968, o ano que não terminou**. 3ª ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008, p. 289.

²³ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 b, p. 278.

O mesmo autor aduz que nesse período de recrudescimento da ditadura, com o Congresso Nacional fechado, a imprensa e as manifestações culturais controladas pelos órgãos de censura e as instituições policiais fortalecidas pela “carta branca” concedida pelo AI-05 e pela Lei de Segurança Nacional de 1969, para a realização de prisões arbitrárias, desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias, o governo militar, a partir do mandato de Garrastazu Médici, iniciado em 1969, passou a realizar uma repressão aos opositores do regime, visando destituir a esquerda.

Outro dado relevante é que, naquele contexto, além do crescimento exacerbado do número de exilados que saíram do Brasil com receio de sofrer as atrocidades praticadas nos “porões da ditadura”, com a conivência do Governo Federal, também se intensificaram as iniciativas de luta armada contra o regime militar. Relata que foram emblemáticos, nesse sentido, o sequestro do embaixador dos Estados Unidos no Brasil, Charles Elbrick, em setembro de 1969 pela Ação libertadora Nacional e pelo Movimento Revolucionário 8 de outubro, em troca da libertação de presos políticos e acrescenta a tal contexto, a ocorrência da Guerrilha do Araguaia.²⁴

Ocorre que, a chance de êxito daqueles guerrilheiros devaneceu diante da tortura, do menoscabo ao devido processo legal no tratamento que os militares conferiram àqueles que denominavam de “terroristas” e do apoio logístico que os Estados Unidos conferiram às instituições policiais brasileiras.

²⁴ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 b, p. 289-290.

3 O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A privação de direitos humanos essenciais tem como consequência a ausência de autodeterminação social de parte da sociedade, posto que a ausência de autodeterminação social acarreta em uma formal e precária participação popular no processo democrático, haja vista que o Estado Democrático de Direito perde sua eficácia material e demonstra um regime destituído de condução das políticas públicas, incapaz de promover a inclusão social.

Ressalta-se que, autodeterminação social neste contexto é entendida como um requisito para a realização completa de todos os direitos humanos fundamentais. A definição é apresentada como um direito humano que evoca o sentido de democracia. A democracia interna refere-se a reclamações à concessão de expressão a vozes até então não escutadas na sociedade, associadas a uma certa classe social que se encontra marginalizada.

Cumprе salientar que o acesso à justiça, segundo Nathaly Campitelli Roque:

guarda relação com as acepções de garantia fundamental de direitos que remete à ideia de somente ser possível garantir a efetivação de um direito se for assegurado o acesso ao Poder Judiciário que deve se desincumbir concretamente de sua função constitucional. Essa acepção volta-se ao resultado da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos e tem foco na efetividade dos instrumentos jurídico-processuais voltados a reduzir as dificuldades no acesso À justiça estatal (custo, demora, formalidade, litigantes habituais, tutela adequada de direitos) e a propor novos instrumentos jurídico-processuais mais aptos a tal finalidade; acesso à justiça como acesso ao direito em que se procura deslocar o eixo de pesquisa da proteção estatal para a participação do jurisdicionado na solução de seus conflitos.

Nesse sentido, compreende o estudo medidas preventivas de conflitos, baseadas no conhecimento dos direitos pela população em seu grau mais abrangente (direito de acesso a informações relevante a suas decisões particulares e de ser informado sobre seus direitos); o direito de participar das decisões do Estado em relação à implementação de tais direitos, por via direta ou por representantes (o que pode ter caráter preventivo ou repressivo, conforme o direito posto em causa) e o reconhecimento do direito de buscar solução para os conflitos existentes por meios não estatais (por exemplo, por mediação, arbitragem).²⁵

O estudo do acesso à justiça analisa a efetividade social do Direito, se suas prescrições são de fato implementadas e observadas pelos destinatários das normas jurídicas,

²⁵ ROQUE, Nathaly Roque. **O que quer dizer “Acesso à justiça”?**, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em 06/02/2019.

se esses identificam seu entendimento de justa decisão como a decisão jurídica, se é possível efetivar o que foi previsto nas declarações de direitos e por quais meios.

A redução da pobreza por meio da representação dessa classe sem capacidade de autodeterminação social constitui uma superação à crise do sistema democrático moderno. Ainda, a inserção social dos excluídos, tornando-os autônomos e autossustentáveis em seus projetos e realizações de vida via ações afirmativas do Estado, com a criação de espaços e instituições que capacitam os indivíduos para a efetiva participação política e criam oportunidades, para que o povo efetivamente influencie o sistema democrático e o reverta a seu favor.

O presente estudo tem como objeto fundamentar a necessidade premente nas sociedades democráticas da existência das instituições públicas democráticas como a Defensoria Pública, o Ministério Público, Juizado Especial e a Magistratura, pretende-se afirmar o papel dessas na concretização dos ideais de justiça social, inerentes a qualquer sistema democrático. Parte-se do conceito multidisciplinar a respeito do termo pobreza, o qual culmina na caracterização da privação de direitos e, por conseguinte, como uma das causas de exclusão social, tomando-se enquanto base preceitos de direitos humanos e sua falta de efetividade nas sociedades em crescimento. Posteriormente, com fundamento no direito humano de acesso à justiça será delineada a indispensabilidade das instituições públicas no cumprimento da representatividade processual em relação aos menos favorecidos e grupos sociais vulneráveis.

A justiça social apresenta como uma possível definição estar relacionada às desigualdades sociais e às ações voltadas para a resolução desse problema. Com isso, a justiça social consiste no compromisso do Estado e instituições não governamentais em buscar mecanismos para compensar as desigualdades sociais geradas pelo mercado e pelas diferenças sociais. John Rawls²⁶ definiu e delineou os principais elementos para se alcançar este princípio e, em seus estudos teóricos sobre tal tema, estabeleceu três pontos para atingir a equidade: garantia das liberdades fundamentais para todos; igualdade de oportunidades; manutenção de desigualdades apenas para favorecer os mais desfavorecidos.

Dessa forma, a justiça social tem como um dos seus principais objetivos promover o crescimento do país para além das questões econômicas. Entende-se que a justiça social é um mecanismo que busca fornecer o que cada cidadão tem por direito, assegurar as

²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

liberdades políticas, os direitos básicos, oferecer transparência na esfera pública, privada e oportunidades sociais.

O estudo dos Direitos Humanos é de relevante importância internacional e reflete fenômeno decorrente do fato de que as normas de Direitos Humanos possuem conteúdo axiológico que corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitui a premissa que reaproxima a ética e o direito, mediante a fundamentação moral dos Direitos Humanos, segundo a qual a pessoa humana assume posição central e irreduzível no ordenamento jurídico nacional e internacional.

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como uma diretriz em âmbito internacional e ganha relevância na medida em que é utilizado como parâmetro para aprimorar os ordenamentos jurídicos internos, sobretudo, aqueles que atualmente experimentam preceitos normativos acanhados em termos de conteúdos axiológicos plurais ou com tendências ditatoriais contemporâneas, como por exemplo, alguns países do leste europeu.

Esse valor subjacente que protege o indivíduo, independente da nacionalidade, constitui o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais e torna-se objeto de estudo a busca de maior densidade jurídica desses conceitos a fim de transformá-los em normas jurídicas de maior efetividade. Por este motivo, Convenções e Tratados foram pactuados no âmbito de um sistema de tutela dos Direitos Humanos universais ou regionais, com o escopo de garantir a máxima proteção destes elevados valores.

O ato de firmar valores humanos em normas jurídicas constitui a base da implementação daqueles na medida em que passam a corresponder a determinadas obrigações positivas ou negativas que devem ser cobradas do Estado para tutelá-los e efetivá-los. Assim, valores universais reconhecidos em normas jurídicas ensejam obrigações aptas a serem exigidas tanto do Estado quanto dos seres humanos. Nesta esteira, José Gomes Canotilho afirma:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles

constituam o *standart* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.²⁷

No entanto, ressalta-se que a política nacional e internacional devem ter limites estabelecidos pelos Direitos Humanos, a fim de não se tornarem políticas ilegítimas à sociedade a que se destina e passível de controle. Nesse contexto, faz-se necessário destacar a relevância da efetiva participação civil na condução das políticas públicas e dos orçamentos públicos, o direito de votar, o direito de ser eleito, o direito à informação, o direito à educação, o direito de associação, o direito de reunião e a liberdade de expressão, conjunto este que compõe uma gama de direitos fundamentais relacionados ao exercício da cidadania, relacionados ao implemento da democracia.

Ocorre que, sobredito exercício das liberdades individuais não se verifica em igualdade de condições entre os indivíduos que formam uma sociedade, haja vista que há indivíduos que não se encontram em igualdade de oportunidades no meio social, mas que ao contrário, estão inaptos ao exercício material de suas liberdades individuais e sua participação formal na sociedade civil apenas perpetua uma situação de exclusão social.

A sociedade democrática se estrutura na participação civil para tomada das decisões políticas e a qualidade desta participação civil está relacionada às opções políticas adotadas no seio social, responsáveis pelas inclusões ou exclusões sócio-históricas. Corroborando com tal entendimento, Will Kymlicka:

As pessoas discordam quanto ao que é necessário para assegurar a justa igualdade de oportunidade. Algumas pessoas acreditam que a não discriminação na educação e no emprego sejam suficientes. Outras argumentam que são necessários programas de ação efetivos para os grupos econômicos e culturalmente desfavorecidos, para que seus membros tenham uma oportunidade verdadeiramente igual de conseguir as classificações necessárias para o sucesso econômico. Contudo, a ideia motivadora central em cada caso é esta: é justo que os indivíduos tenham parcelas desiguais dos bens sociais se estas desigualdades forem ganhas e merecidas ao indivíduo, isto é, se são o produto das ações e escolhas do indivíduo. É injusto, porém, que os indivíduos sejam desfavorecidos ou privilegiados por diferenças arbitrárias e imerecidas nas suas circunstâncias sociais.²⁸

Nesse contexto, fomentar a igualdade de oportunidades significa concebemos cidadãos livres e aptos a exercerem suas liberdades individuais, o que acarretaria em tolerantes escolhas plurais e dignas. Consoante a Teoria de Justiça de John Rawls “as desigualdades sócias e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que ao mesmo

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 470.

²⁸ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 71.

tempo: a) espere-se que sejam razoavelmente vantajosas para todos; b) vinculem-se a empregos e a cargos acessíveis a todos”.²⁹ O princípio da diferença que governa a distribuição de recursos econômicos³⁰ seria responsável pelo equilíbrio entre aqueles que não estão em igualdade de oportunidades, o que promoveria a inclusão social necessária ao exercício das liberdades individuais de todos.

A pobreza como uma das causas de exclusão social, fator determinante da falta de oportunidade, redutora da liberdade de escolha de um projeto de vida digno, limite ao exercício das liberdades individuais e um obstáculo à participação na sociedade civil, tangencia a privação de recursos econômicos necessários para garantir o bem-estar pessoal de cada pessoa a depender do país, região em que vive. Diante de tal situação, Amartya Sen³¹ traz o conceito de *capability*, acrescido à ideia da capacidade de autodeterminação social que caracteriza o estado de pobreza.

A ausência de capacidade de autodeterminação na sociedade, associada à privação de recursos econômicos, demonstra o estado de pobreza de cada indivíduo; mas, sobredita incapacidade não consubstancia espécie de deficiência física ou psíquica, e sim, uma situação de privação de determinados direitos humanos que, ausentes, afetam o exercício das liberdades individuais.

Ressalta-se que, a privação dos direitos humanos essenciais coloca o sujeito em desigualdade de oportunidade na sociedade, assim como reduz ou até inviabiliza sua capacidade e liberdade de escolha, cenário este verificado em sociedades com alto índice de pobreza. Portanto, compete ao Estado a responsabilidade de intervir para equilibrar a desigualdade existente no corpo social quanto ao gozo e fruição dos respectivos direitos.

Boaventura Santos³² afirma que constitui dever do Estado Democrático assegurar aos cidadãos socialmente vulneráveis, o reconhecimento de seus direitos, bem como possibilitar que os obstáculos de acesso à justiça sejam superados e, por conseguinte, garantidos a quem sofra qualquer lesão, haja vista ter-se como principal objetivo a redução da pobreza por meio do fomento à promoção da igualdade material na sociedade em escala interna e nacional para fins da consolidação da democracia. A diminuição da pobreza possibilita uma alternativa à superação de crise do sistema democrático moderno, por meio da

²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73.

³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, página 37.

³¹ SEN, Amartya. **Inequality re-examined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 107.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2002.

inserção social dos sujeitos excluídos, a partir de ações afirmativas do Estado, as quais capacitem os indivíduos a uma efetiva participação na democracia. Ainda, a participação dos excluídos os torna capazes de proverem subsistência digna, contribui ao desenvolvimento da economia e legitima efetivamente o regime democrático que passa a funcionar de forma saudável e não segregador.

O regime democrático requer a efetiva participação política popular, manifestada em suas diversas formas, dentre as quais mencionamos as convencionais relacionadas aos direitos políticos, incluindo o ato de votar e ser votado (capacidade eleitoral ativa e passiva) e meios de participação política não convencionais, referentes ao direito de manifestação, direito de reunião, direito de associação, liberdades de expressão e informação, quais sejam, liberdades individuais que se exercidas de maneira efetiva, restam hábeis a influenciar no contexto político, o qual determina as escolhas públicas.

Ressalta-se que, a criação e consolidação de instituições democráticas como o Ministério Público, a Magistratura, as Defensorias Públicas e os Juizados Especiais no âmbito do Poder Judiciário, contribui ao aprimoramento dos governos democráticos, uma vez que, se apresenta como mecanismos de controle e participação social na aferição da legitimidade das escolhas políticas financiadas pelo orçamento público. Também, as instituições públicas democráticas além de propiciarem maior controle sobre a legalidade da Administração Pública, concorrem para aumentar a responsabilidade dos entes políticos.³³ Nesse sentido, a Declaração de Viena adotou a posição que instituições democráticas nacionais exercem relevante papel na promoção e tutela dos direitos humanos ao incorporar os princípios da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1993.³⁴

Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos celebrados incorporaram os princípios definidos como Instituições Nacionais para proteção e promoção dos direitos humanos que ocorreu em Paris, no ano de 1991. Tais postulados elencam diretrizes para instituições democráticas atingirem a promoção e tutela dos sobreditos direitos, todos com fundamento em cinco preceitos, quais sejam, o primeiro determina que a instituição deve monitorar denúncias e casos de violação dos direitos humanos; o segundo estabelece que a instituição deve advertir os poderes instituídos quando for o caso; o terceiro diz que a instituição deve manter relações nacionais e internacionais com outras instituições

³³ Sobre o panorama mundial acerca da importância da existência de instituições democráticas para promoção e tutela dos direitos humanos, reconhecimento global e apontamentos da ineficiência dos Direitos Humanos consultar REIF, Linda C. **Building democratic institutions: The role of National Human Rights Institutions in good governance and human rights protection**. Harvard Human Rights Journal, [S.l.], v. 13, 2000, p. 1-69.

³⁴ Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 48/134 de 1993**, em Viena.

congêneres; o quarto traz que a instituição deve desempenhar as funções de orientar e educar preventivamente as áreas de direitos humanos; e o quinto fala que a instituição possui competências “quase-judiciais”.

O papel do Estado Social ao adotar políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades de oportunidades e a diferença social existente entre os indivíduos, na perspectiva de tratar os desiguais desigualmente e conferir oportunidade a quem não a possui em igualdade de condições com os demais, consiste em obrigação a ser exigida do Estado. Tal obrigação de viabilizar o implemento do direito humano essencial de acesso à justiça não pode ser suprimida, haja vista tratar-se do núcleo essencial dos direitos que garantem uma vida digna.

Ademais, não existe liberdade sem a dignidade da pessoa humana; e, o indivíduo privado do mínimo existencial não está apto a exercer materialmente seus direitos de liberdade. Concomitantemente, capacitar os sujeitos para o exercício de seus direitos de liberdade, inclui provê-lo de um mínimo necessário à existência digna, a fim de que possa participar do convívio social com igualdade de oportunidades em relação aos demais indivíduos.

O direito de acesso à justiça enquanto prestação positiva do Estado é essencial, na medida em que vivemos em um Estado Democrático de Direito, cujo sistema de separação de poderes compete ao Poder Judiciário exercer a função jurisdicional do Estado, devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário os conflitos de interesses insurgentes que demandam a busca de uma solução jurídica definitiva para o caso concreto. Essa função jurisdicional encontra-se sujeita aos limites da lei formal e material, além de fazer com que os princípios do devido processo legal formal (procedimentos e ritos) e substancial (leis proporcionais e razoáveis) componham, bem como sirvam de suporte às situações de fato. O princípio do devido processo legal tem como escopo, no âmbito normativo, impedir qualquer restrição aos direitos à vida, liberdade ou propriedade sem que haja previsão em lei prévia local.

A perspectiva jurídica nos traz que os indivíduos possuem a seu dispor o livre exercício do direito de ação, capaz de provocar o Poder Judiciário, com vistas a obter uma decisão definitiva sobre o bem jurídico em disputa. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê expressamente a garantia do devido processo legal como corolário do Estado Democrático de Direito, restando em comum aos diversos países, a busca pelo processo justo. Ainda, entre os direitos processuais fundamentais, ao lado do devido processo legal, contraditório e ampla defesa estão elencados em um rol exaustivo, o direito de acesso à

justiça enquanto verdadeira garantia individual. Também, nos ordenamentos jurídicos do Brasil (CF, artigo 1º), da República Portuguesa (Constituição, artigos 2º e 9º, “b”), Espanha (Constituição, artigo 1.1) encontramos a materialização da aspiração de busca pelo processo justo como aquele que, a partir da igualdade de posição das partes, diante de um juízo imparcial e equidistante das mesmas, permite que o processo sirva como instrumento e, não um fim em si mesmo, na concretização dos direitos pleiteados.

Em qualquer processo, as partes devem se encontrar em igualdade de condições, assim como na sociedade, para que o exercício de suas garantias referentes ao contraditório e à ampla defesa seja efetivamente colocado em prática. A preocupação com a igualdade material das partes no processo, reflete a mesma necessidade de igualdade material na sociedade e, também procura evitar injustiças consubstanciadas na igualdade formal. Assim, aquele que não possui condições de arcar com os gastos de sua defesa ou consulta de um profissional qualificado, deve ter a possibilidade de acesso gratuito e integral um defensor, com o mesmo conhecimento técnico daquele escolhido e pago pela parte economicamente mais favorecida. Um processo justo requer necessariamente a liberdade de acesso ao mesmo, sendo assim, o Estado ente responsável pela garantia do exercício dos direitos de liberdade a todos os indivíduos e, sobretudo, aos grupos sociais vulneráveis, para que por intermédio da difusão de informações jurídicas, pela disponibilização de defesa técnica judicial e extrajudicial, assistência jurídica integral, gratuita organizada ocorra o sobredito acesso.

No mesmo sentido, o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos garante e assegura nos Tratados e Convenções, o Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 temos que “*mais do que justiça igual para os pobres, a expansão do acesso ao direito e à justiça tem mais a ver com a política do welfare state do que com o desenvolvimento da profissão liberal de advogado,*”³⁵ prescreve o artigo sexto o direito a um processo equitativo e enfatiza o direito à defesa técnica por defensor escolhido pelo interessado ou, na falta de recursos, por defensor oficioso.

Também, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos de 1976, em seu artigo quatorze ressalta o direito ao devido processo legal e enfatiza a obrigatoriedade à assistência de um advogado escolhido pelo acusado ou de um defensor oficioso. Na mesma linha de pensamento, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, no artigo oitavo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2002.

prescreve as garantias judiciais, restando patente o princípio do devido processo legal e o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor, proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, consoante a respectiva legislação interna, na hipótese de o acusado não defender a si próprio ou nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) -1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.. (...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...); c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem. **(Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 4.4.1950)**³⁶

Artigo 14.º 1. Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. (...) 3. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) b) A dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado da sua escolha; (...) d) A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar. **(NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, 1976).**³⁷

Percebe-se que a norma jurídica internacional do Continente Americano em relação às insurgentes pela Europa revela-se mais enfática sobre a existência de defensores remunerados pelo Estado para o ofício de prestar assistência jurídica gratuita àqueles desprovidos de recursos. Na seara técnica, o profissional que prestará a assistência jurídica gratuita tem que ser um profissional com formação jurídica e possuir capacidade postulatória perante o Poder Judiciário, de modo a propiciar com instrumentos jurídicos eficazes a persecução de seus fins institucionais.

Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

³⁶ NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, 1976**. Fonte: (http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf). Acesso em 19/08/2018.

³⁷ Fonte: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>, Acesso em: 19/08/2018.

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Sustenta-se ainda que a qualidade deste profissional deve estar assegurada por concurso público para que haja rigoroso controle da aptidão do advogado ao desempenho deste *múnus* público. A menção a advogados oficiosos como disposto nas normas internacionais europeias permite que profissionais da iniciativa privada sejam nomeados para desempenhar essas funções, cuja natureza é de caráter voluntário e com baixa remuneração ou para cumprir exigências públicas de repartição dos ônus sociais específicos. No entanto, à medida que o direito de acesso à justiça é reconhecido como um direito civil e político, equiparado à categoria de direito humano, uma vez que dignifica a existência da pessoa humana na sociedade para conquista dos bens jurídicos almejados, a solução estrutural para sua implementação pelos Estados, deve-se exigir dos mesmos prestações positivas no sentido da implementação de órgãos públicos, com defesa técnica qualificada para o desempenho exclusivo, efetivo e específico de tal ofício.

O direito humano de acesso à justiça constitui direito indispensável que compõe o mínimo existencial do indivíduo, consiste em um direito instrumental por meio do qual parcela da população excluída de outros direitos humanos materiais pode reivindicá-los perante o Poder Judiciário, bem como demandar prestações positivas do Estado para seu respectivo implemento.

Cidadãos desprovidos de recursos materiais para custearem seus direitos existirão nas sociedades em maior ou menor número, o que não afasta a necessidade de se criar formas de atendê-los quando necessitarem do acesso à justiça. A título de exemplo, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tratou expressamente sobre o tema do direito humano de acesso à justiça, incentivando oficialmente aos seus Estados membros a implantação das Defensorias Públicas, com autonomia e independência funcional, em razão da relevante ascensão social dos países americanos que a instituíram. Senão vejamos:

RESOLVE: 1. Afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados. 2. Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do

acesso à justiça e à consolidação da democracia. 3. Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade. 4. Recomendar aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional. 5. Incentivar os Estados membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos. **(Resolução 2714 da 42ª Assembleia Geral realizada de 03 a 05 de junho de 2012 na Bolívia).**³⁸

Entende-se que cada vez mais o cumprimento do direito de acesso à justiça via Defensoria Pública, tem sido responsável pela redução dos padrões de pobreza experimentados pela população, uma vez que a promoção de assistência jurídica integral e gratuita, judicial ou não, tem proporcionado o aumento do acesso da população aos direitos humanos essenciais relacionados ao mínimo existencial. Também, o acesso à justiça por intermédio do serviço público especializado prestado pela Defensoria Pública tem possibilitado o acesso a outros serviços públicos como saúde, educação, habitação, entre outros responsáveis pela consecução do mínimo existencial em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

A constante batalha travada em favor da população desprovida de recursos e serviços tem conduzido a mudanças nas posturas políticas traçadas na sociedade, haja vista que uma Instituição afeta às escolhas públicas adotadas pode lançar mão de instrumentos jurídicos eficazes, embasados em normas jurídicas destinadas ao controle estatal sob as formas coletiva, individual, preventiva ou repressiva.

Durante o processo ou em questões referentes a uma determinada sociedade, compete ao Estado intervir nas relações para desigular os desiguais, capacitando-os à participação democrática, a qual também se reflete no processo. Portanto, o fato do indivíduo ser pobre não quer dizer que não tem o direito de defesa. No entanto, frisa-se que eventuais desigualdades de tratamento são legítimas e justificáveis em favor do princípio da paridade de armas, conforme artigo 5º, LXXIV da CRFB dispõe “*eventuais desigualdades de tratamento podem, no entanto, resultar plenamente legítimas, desde que haja motivo justo: réu pobre, por exemplo, tem direito à assistência jurídica gratuita*”.

³⁸ **Resolução 2714** da 42ª Assembleia Geral, realizada de 03 a 05 de junho de 2012 na Bolívia. Fonte: <http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00001266.pdf>. Acesso em: 19/08/2018.

Flávio Luiz Gomes e Flávia Piovesan³⁹ apontam as ondas renovatórias de acesso à justiça conforme a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth de 1988,⁴⁰ a qual traz que a primeira vaga renovatória seria o acesso à justiça consiste em prover a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes desprovidos de recursos materiais. Este se refere à isenção de custas processuais e honorários advocatícios, afastando o obstáculo de romper a inércia jurisdicional e conduz à representação judicial dos pobres.

A segunda vaga renovatória de acesso à justiça pretende promover mecanismos processuais de defesa metaindividual ou coletiva, ou seja, busca-se afastar a característica eminentemente individualista do processo, a qual tutela o interesse de uma única pessoa, atribuindo maior ênfase à coletividade. Isso faz com que haja maior efetividade no processo quando tutelados vários interesses em uma mesma demanda ou um mesmo interesse referente a todos os sujeitos no que pertine aos direitos difusos. Diante deste panorama são criados instrumentos aptos a tutelarem o meio ambiente, consumidor por meio da ação civil pública e demais ações coletivas.

A terceira vaga renovatória encontra fundamento na reforma processual, posto que, a efetividade da solução dos conflitos de interesses é o objetivo do Estado Democrático de Direito. O processo judicial não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio de se alcançar o bem jurídico almejado, de modo que a sobrecarga existente no Poder Judiciário culmina na necessidade da busca por mecanismos alternativos de solução de conflitos de interesses para qualificá-los no âmbito do acesso à justiça. Tal vertente engloba os Tribunais Arbitrais, as conciliações e mediações pré-processuais ou processuais que acarretam em renúncias ou transações, as quais representam solução definitiva dos conflitos de interesses.

A respeito das três vagas renovatórias de acesso à justiça, salienta-se que são fenômenos sucessivos, complementares e coexistentes. Também, tomando-se por base a primeira vaga renovatória de acesso à justiça, as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos afirmam a necessidade de se promover a representação judicial e extrajudicial da parcela da sociedade privada de recursos financeiros, à margem do conhecimento e dos meios de defesa técnica legítimos, o que a torna resignada com as lesões aos seus direitos e a situa em posição mais vulnerável em relação aos demais sujeitos.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 209.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

Mauro Capelletti e Erhard Blakenburg⁴¹ constatarem quatro modelos jurídicos de assistência aos indivíduos de baixa renda, quais sejam, sistema caritativo (pró-bono), sistema *judicare*, *public salaried attorney* e sistema misto. O sistema privado e caritativo consiste em advogados que atuam movidos pela voluntariedade e boa vontade, sem perceberem qualquer remuneração pelo ofício. Este sistema é substituído pelo denominado sistema caritativo, cujo sistema político e assistencial faz surgir a noção da advocacia pública e advocacia convencionada (*judicare*). Ainda, é remunerado pelo Estado quanto aos honorários tabelados para profissionais liberais designados pelas partes ou pelos magistrados, com base nas listas de candidatos voluntários inscritos na Ordem dos Advogados.

No âmbito da advocacia pública, o sistema *public salaried attorney* tem seus advogados remunerados pelo Estado e engloba a criação de *Neighborhood Law Offices*, encarregados de zelar pelos interesses das classes mais vulneráveis. Esse último proporciona ainda informação e consultoria jurídica. O sistema misto pretende a combinação de dois ou mais sistemas conjunta e complementarmente. No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988, consagrou a adoção do sistema *public salaried attorney* ao optar pela advocacia pública, com dedicação exclusiva à função pública de assistência jurídica integral gratuita, incumbido expressamente à Defensoria Pública a prestação desta, cuja atribuição comporta a informação, consultoria jurídica e representação judicial dos sujeitos.

Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV. (BRASIL, 1988)

§ 1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (BRASIL, 1988)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.” (CFB/88)⁴²

(ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012) técnica entre os países também optou e organizou a Defensoria Pública Timorense em vias de consolidação e fortalecimento. Ressalte-se, por oportuno, que a cooperação entre os dois

⁴¹ BLANKENBOURG, Erhard. **Possibilité de transplanter d'un pays à un autre les expériences touchant l'accès à la justice. Ses limites**, In: Mauro Cappelletti (org.), **Accès à la Justice et Etat-Providence**. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen, 1984.

⁴² **Constituição Federal Brasileira de 1988.** Fonte: (http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf133a135.htm). Acesso em 11 de setembro de 2018.

países tem proporcionado intercâmbio de experiência e contribuído para a consolidação da democracia em Timor Leste, também através da criação de uma Defensoria Pública alhures, nos moldes defendidos por este estudo. Um artigo português publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais, de autoria de João Trincosa, Catarina Trincão e João Paulo Dias através de uma investigação e reflexão sobre o já citado “Relatório do Observatório Permanente de Justiça” chegou à conclusão da necessidade de se empreenderem reformas para que Portugal consiga alcançar o efetivo acesso à Justiça. A investigação é aqui utilizada para embasar a fragilidade das prestações positivas até agora empreendidas pelos países europeus, inclusive Portugal, na concretização do direito humano de acesso à Justiça. Evidencia-se, portanto, uma necessidade de reformas no sistema em vigor de produção de acesso à justiça na Europa. Reforma essa que sugere a criação de uma Instituição de apoio ao Judiciário, com respeito à independência dos advogados enquanto profissionais liberais. Interessante observar que a descrição conclusiva da investigação de vários estudos europeus nos remete justamente à necessidade de existência justamente “... o novo sistema de acesso ao direito e à justiça deverá ter, por um lado, um novo figurino institucional e jurídico que integre todas as respostas existentes e a criar, no âmbito da informação, da consulta e do patrocínio jurídico e ainda de entidades nãojudiciais que previnam ou que resolvam litígios. Por outro lado, o novo sistema deve ser construído de modo a que, no respeito pela independência da profissão dos advogados, se conceda às funções do regime de apoio judiciário alguma continuidade temporal, de modo a que possam desempenhar essas funções com a devida formação, qualidade, adequadamente remuneradas e sujeitas a um controlo externo, por uma entidade à qual sejam atribuídas essas competências.”⁴³

Observa-se que as experiências dos países da América Latina e África conduziram à implementação de órgão de defesa técnica pública conforme exposto anteriormente, uma vez que o acesso à justiça apenas se concretiza com a criação de Instituições destinadas a esse fim. A coexistência pacífica entre os órgãos público e privado está apta a consolidar como fundamental para o Estado Democrático de Direito a efetividade ao direito humano de acesso à justiça, bem como viabiliza a informação e ação à população vulnerável no que tange a seus direitos individuais ou coletivos violados. Os mecanismos judiciais de proteção dos direitos devem dispor de formas de acesso àqueles que não tenham condições de custear seus direitos, de modo que não seja afastada a participação política ou lhe sejam impingidas privações a esta parcela da população em relação à tutela dos mesmos.

A falta de recursos econômicos materializa uma das formas de se caracterizar a pobreza, condição esta que leva em consideração conjuntamente aspectos sociais e culturais. Os indicadores sociais demonstram-se fundamentais para o enquadramento dos indivíduos que se encontram na margem da vulnerabilidade ou de pobreza, seja em razão dos parâmetros culturais de bem-estar social ou em função do nível de privação de direitos humanos. A

⁴³ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **E a justiça aqui tão perto?: As transformações no acesso ao direito e à justiça.** Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 65, maio 2003, p. 77-106.

restrição aos direitos sociais de alimentação, saúde, educação e moradia leva à parcela da população desprovida dos mesmos à condição de incapacidade de autodeterminação social e, por conseguinte, encontrarem-se em desvantagem no sistema democrático, pelo fato de participarem politicamente na sociedade civil apenas formalmente. Uma alternativa à redução dos níveis de pobreza e exclusão social, passa pela oportunidade destas camadas sociais vulneráveis poderem se beneficiar de um estruturado trabalho de redistribuição de renda, fruir e gozar da prestação dos serviços públicos em condições de igualdade aos demais sujeitos da coletividade, a fim de que tenham condições de adquiri-los no mercado.

Diversas Constituições nacionais normatizaram o acesso à justiça como verdadeira garantia individual. Não obstante, relevante é a influência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que versam sobre a importância do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, capazes de irradiar tais valores morais à estatura de servir como paradigma aos sistemas jurídicos nacionais que não disponham de efetiva normatização aos atores menos favorecidos, desprovidos do acesso a um processo justo.

O direito de acesso à justiça, denominado princípio da acessibilidade ampla ao Judiciário, surgiu com a Constituição de 1946, cuja redação dispunha “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*” Atualmente a Carta de 1988, ampliou a defesa dos direitos violados com o escopo de abranger a ameaça ao direito e, não somente a lesão ao direito individual, conforme previsto na Carta de 1967, a qual sofre alteração pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (artigo 153, § 4º). Além disso, houve a supressão do termo individual e, assim, foram contemplados os interesses coletivos e difusos, visando adequar o texto constitucional às ações de caráter coletivo como o mandado de segurança coletivo.

Celso Bastos⁴⁴ reputa relevante distinguir os interesses coletivos dos difusos e traz que nos “*interesses coletivos, há um vínculo jurídico básico, uma geral affectio societatis que une todos os indivíduos como as relações de parentesco no grupo familiar, o título de acionista na sociedade anônima.*” Por outro lado, nos interesses difusos “*não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato.*” A título de exemplo, menciona-se os consumidores de automóveis, os quais englobam uma massa indefinida de indivíduos espalhados pelo território nacional. Tais interesses surgem a partir das sociedades

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2001, p. 180.

contemporâneas, caracterizadas por uma organização econômica em que a produção, distribuição e consumo assumem proporções de massa.

A garantia de ingresso em juízo remete à discussão do direito de acesso ao Judiciário, seja como autor ou réu, sendo tão somente possível a denegação das respectivas pretensões e defesa nos casos estritamente previstos na lei, em razão da universalização do processo e da justiça. Ainda, as garantias constitucionais do direito de petição, contraditório, ampla defesa e devido processo legal têm a finalidade precípua de acesso à justiça. Por isso, a necessidade do processo ser organizado e conduzido de acordo com tais normas, “*voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa,*”⁴⁵ cujo “*escopo magno é a pacificação com justiça.*”⁴⁶

A Emenda Constitucional 45/04 procurou ampliar e consolidar os processos de reforma já iniciados, tendo como objetivo aumentar a capilaridade do sistema judicial brasileiro e, por conseguinte, torná-lo mais acessível e ágil ao viabilizar a solução institucional de certos conflitos que, em razão do excesso de tempo e da distância da justiça, eram resolvidas na arena privada.

As principais alterações introduzidas pela Emenda supracitada, no que pertine ao funcionamento da justiça tem como destaques a razoável duração do processo; a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional, a efetiva demanda judicial e a respectiva população; o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Kazuo Watanabe⁴⁷ afirma que essas modificações introduzidas na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro têm como finalidade viabilizar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, bem como, propiciar o acesso à ordem jurídica que é caracterizada pelo direito à informação; pelo direito ao acesso a uma justiça minimamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica; pelo direito a se valer de instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e pelo direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e reformulação da mentalidade**. In: Revista Escola Paulista de Magistratura I, n. 1, set/dez, 1996, páginas 149 a 151.

Para entender as inovações ocorridas a partir da perspectiva de democratização do sistema judicial brasileiro, resta necessário retomar a definição do termo “acesso à justiça”, o qual tem como ponto de apoio a delimitação de democracia. Segundo Joseph Schumpeter⁴⁸, essa é um método de escolha dos governantes e, complementa Guillermo O’Donnell⁴⁹, significa uma forma de organizar a sociedade, com o objetivo de garantir e expandir os direitos. Elizabeth Jelin e Eric Hershberg⁵⁰ asseveram que a democracia envolve mudanças na sociedade, a adoção pelos indivíduos que compõem determinado Estado de um sistema de crenças, valores e atitudes em relação à cidadania.

Assim, a cidadania como correlata da democracia, pressupõe que os cidadãos possuem direitos, responsabilidades e deveres. Gabriel De La Paz⁵¹ aduz que a cidadania pode ser entendida como um *status* legal e uma identidade e, dessa forma, possui uma dimensão objetiva relacionada a direitos e deveres dos indivíduos diante do Estado.

Thomas H. Marshall⁵² formula que a cidadania possui três dimensões fundamentais que envolvem três modalidades de direitos, quais sejam, os civis, políticos e sociais. Cada uma dessas dimensões podem ser representadas em um feixe de regras e instituições. De um lado a cidadania implica que o Estado ofereça instituições capazes de assegurar o provimento desses direitos, por outro, essa implica que os indivíduos sob seu governo sejam capazes de conhecer os direitos da cidadania e as responsabilidades que eles implicam; identificar no aparelho estatal quais são as instituições responsáveis pelo provimento de cada categoria de direitos; e exercer os seus deveres e direitos de forma legítima conforme as regras postuladas pela democracia.

O acesso à justiça como possibilidade de os cidadãos terem os seus conflitos resolvidos institucionalmente no âmbito do Judiciário, de forma célere e sem distinções, conecta-se à ideia de regras e instituições da cidadania civil. Dessa forma, para que os cidadãos possam exercer os seus direitos civis faz-se indispensável a existência de um Judiciário permeável às questões levadas à sua apreciação.

⁴⁸ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: EDUSP, 1983.

⁴⁹ O’DONNELL, Guillermo. **Notas sobre la Democracia en América Latina. Informe La Democracia en América Latina – Anexo 2: El Debate Conceptual sobre la Democracia en América Latina**. 2004. Disponível em: <http://democracia.undp.org>, Acesso em 16/02/2019.

⁵⁰ JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric. **Human Rights and the construction of democracy**. In: JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (Org). **Constructing Democracy: Human Rights, Citizenship and Society in Latin America**. Westview Press, 1996, p. 106.

⁵¹ DE LA PAZ, Gabriel. **Citizenship Odentity and Social Inequality**. In: Instituto Federal Electoral, San Diego: Center for Civic Education, Califórnia, 2004.

⁵² MARSHALL, T. H. **Citizenship and Social Class**. In: Marshall, T. H. **Citizenship and Social Development**. Nova York: Garden City, 1967.

A questão do acesso à justiça está ligada à democracia e esse debate surge no Brasil após a transição do autoritarismo (1964 a 1979) à democracia que ganha expressão em 1980 e é consolidada com a promulgação da CF de 1988, a qual estabelece as principais regras da cidadania civil e as diretrizes para o funcionamento das instituições responsáveis pelo seu provimento.

A discussão do acesso à justiça deve priorizar a necessidade de ampliar a proximidade do Judiciário com os setores de baixa renda, com as massas desprovidas de direitos que, segundo Luiz Werneck Vianna⁵³, implica a reordenação do sistema judicial, o qual deve abdicar de parte de sua ordem racional-legal em benefício da instituição de uma pedagogia ético-moral que viabilize o exercício da cidadania por setores da população excluídos do espaço público.

A ampliação do acesso à justiça pode se dar a partir da atualização do Poder Judiciário no que se refere à alteração de sua atuação institucional e, com base nessa perspectiva, será analisada a Emenda Constitucional 45/04 a seguir.

3.1 Modificações Introduzidas no Sistema Judicial Brasileiro pela Emenda Constitucional 45/04

A partir da perspectiva de ampliação do acesso à justiça, as alterações constitucionais introduzidas pela EC 45/04 foram a razoável duração do processo, uma vez que, percebe-se na realidade cotidiana dos tribunais o tempo da justiça nem sempre ser observado, o que transforma o sistema em moroso e objeto de reclamações.

Existe uma discrepância relevante entre a norma e sua aplicação na realidade. Joana Vargas⁵⁴ diz que, por exemplo, o tempo prescrito pelo Código de Processo Penal tem por finalidade permitir a aplicação de um direito que protege as garantias constitucionais e, na medida em que esse tempo não é observado, o Poder Judiciário deve ser processado por transgressão das normas constitucionais.

⁵³ VIANNA, Luís Werneck. **Democracia e acesso à justiça**. In: **Seminários Friedrich Naumann**. Iuperj, n. 5, 1997, p. 17-23.

⁵⁴ VARGAS, Joana D. **Estupro: que justiça?**, Tese de doutorado. Rio de Janeiro: IupeRJ, 2004.

Luciana Cunha⁵⁵ afirma que o problema da morosidade não afeta apenas a população como a imagem do Judiciário, de modo que, os juízes tendem a enfatizar fatores sobre os quais não possuem responsabilidade (excesso de recursos e outras medidas disponíveis para os operadores, a carência de recursos materiais e o excesso de trabalho).

Assim, qualquer reforma que tenha como finalidade tornar a prestação judicial efetiva por meio da instituição de um prazo razoável para o processamento das demandas, deve modificar esses problemas referentes à existência das situações supracitadas. Dessa forma, somente a mudança dos constrangimentos sistêmicos anteriormente mencionados pode, de fato, propiciar a ampliação do acesso da população à justiça, por intermédio da celeridade dos pronunciamentos judiciais.

3.2 A Proporcionalidade entre a Quantidade de Magistrados na Unidade Jurisdicional, Demanda Judicial e População (1998 e 2002)

Os obstáculos do sistema judicial apontam ao argumento de que grande parcela da morosidade da justiça deve-se à quantidade insuficiente de magistrados, ou seja, a carência de recursos humanos seria responsável pelo excesso de prazo despendido no processamento e julgamento das causas. Assim, a proposta de razoável duração do processo só se torna possível se o número de juízes se conforme em uma função linear da demanda judicial e da respectiva população.

Paulo Sérgio Pinheiro⁵⁶ traz que no Brasil havia 5.164 magistrados em 1990, ou seja, um juiz, em média para cada 29.774 habitantes, de modo que, a proporcionalidade de magistrados, de fato era e continua sendo um problema a ser resolvido no contexto do Poder Judiciário. Maria Tereza Sadek informa que o acesso à justiça, caso os 9.453 cargos de juiz previstos em lei estivessem previstos em lei estivessem preenchidos em 1998, o Brasil teria um magistrado para cada 16.954 habitantes, um índice razoável para países em desenvolvimento. Mas, em razão da existência de cargos previstos e não preenchidos, a relação se reduz a um juiz para cada 23.090 habitantes.⁵⁷ Tal relação encontra-se disposta na tabela a seguir:

⁵⁵ CUNHA, Luciana G. S. **Juizado Especial: ampliação do acesso à justiça?**. In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo. Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 43-73.

⁵⁶ PINHEIRO, Paulo Sérgio (Coord. NEV-USP). **Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final**. São Paulo: Fapesp/CNPq e Fundação Ford, 1999.

⁵⁷ SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. **O judiciário e a prestação de justiça**. In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 13-41.

Tabela 1 - Cargos de juízes previstos em lei e providos, segundo a população, em 1998*. (Informações relativas à justiça comum de primeiro grau)

UF	Nº de habitantes	Cargos previstos em lei	Cargos providos	Nº de habitantes para cada juiz previsto em lei	Nº de habitantes para cada juiz provido	Percentual de cargos de juiz não ocupado
AC	514.050	95	28	5.411	18.359	71%
AL	2.688.117	256	137	10.500	19.621	46%
AM	2.520.684	209	128	12.061	19.693	39%
AP	420.834	64	47	6.576	8.954	27%
BA	12.351.268	562	361	21.977	34.214	36%
CE	7.013.376	332	330	21.125	21.253	1%
DF	1.923.406	323	153	5.955	12.571	53%
ES	2.895.547	350	212	8.273	13.658	39%
GO	4.744.174	373	196	12.719	24.205	47%
MA	5.356.853	216	194	24.800	27.613	10%
MG	17.100.314	820	696	20.854	24.569	15%
MS	1.995.578	130	97	15.351	20.573	25%
MT	2.331.663	203	119	11.486	19.594	41%
PA	5.768.476	240	137	2	42.106	43%
PB	3.353.624	179	171	18.735	19.612	4%
PE	7.523.755	398	337	18.904	22.326	15%
PI	2.714.999	177	132	15.339	20.568	25%
PR	9.258.813	466	437	19.869	21.187	6%
RJ	13.681.410	733	515	18.665	26.566	30%
RN	2.624.397	197	113	2	23.225	43%
RO	1.276.173	98	78	13.022	16.361	20%
RR	260.705	19	15	13.721	17.380	21%
RS	9.866.928	748	605	13.191	16.309	19%
SC	5.028.339	267	258	18.833	19.490	3%
SE	1.684.953	94	94	17.925	17.925	0%
SP	35.284.072	1.888	1.345	18.689	26.234	29%
TO	1.107.803	106	72	10.451	15.386	32%
BR	161.790.311	9.543	7.007	16.954	23.090	27%

* Essa foi a informação utilizada, nem mesmo o Conselho Nacional de Justiça possui informações atualizadas sobre o número de juízes estaduais existentes em cada Estado da federação. A pesquisa de Maria Tereza Sadek, de 1998 foi utilizada como fonte de informação.⁵⁸

⁵⁸ FONTE: SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. **O judiciário e a prestação de justiça**. In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 35.

Conforme os dados, o déficit de magistrados em cada unidade da federação é distinto. Há Estados que não apresentam diferenças entre o número de magistrados previstos e o provido e, há Estados em que essa diferença ultrapassa os 70%. Deste modo, o aumento do número de juízes em alguns lugares, pode, de fato, ocasionar uma melhoria do acesso da população à justiça, já em outros, tal medida não produz os efeitos esperados, uma vez que, o aumento da quantidade de operadores da justiça, dos instrumentos que promovem a movimentação dessa permanecem morosos e inadequados, incapazes de ampliar efetivamente o acesso da população ao Poder Judiciário.

Outro dado relevante a ser verificado em relação ao atual acesso à justiça se refere aos indicadores de produtividade do sistema, ou seja, o número de processos distribuídos proporcionalmente à quantidade de magistrados e processos julgados pelos juízes. Ao comparar esses dois números, identifica-se a produção de cada magistrado e quantos juízes eram necessários no Brasil em 1998, para que as causas que ingressaram a cada ano na justiça comum fossem julgadas nesse mesmo período.⁵⁹

Tabela 2 - Relação entre número de cargos de juízes previstos e providos e número de processos distribuídos e julgados. Brasil (Informações relativas a 1998)

RAZÃO	VALOR
Razão entre o nº de juízes previsto e nº de processos distribuídos	782
Razão entre o nº de juízes previsto e nº de processos julgados	517
Razão entre o nº de juízes provido e nº de processos distribuídos	1.066
Razão entre o nº de juízes provido e nº de processos julgados	705
Razão entre o déficit do nº de juízes e nº de processos não julgados	997 ⁶⁰

Os dados mostram que em 1998, cada juiz no Brasil julgava, em média, 705 processos, quando teria que julgar 1.066 para que nenhuma causa distribuída nesse ano, passasse ao posterior, sem uma decisão.

Ao considerar as informações existentes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, no órgão do Ministério da Justiça, referente ao ano de 2003, no Brasil havia 13.660 processos, ou seja, 43% a mais do que em 1998. Ainda, ao consultar as informações

⁵⁹ SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. **O judiciário e a prestação de justiça**. In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p.35.

⁶⁰ FONTE: SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. **O judiciário e a prestação de justiça**. In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 35.

do Conselho Nacional de Justiça, nesse mesmo ano, foram distribuídos 226.440 processos, os quais acrescidos aos pendentes de anos anteriores, totalizaram 112.726, resultando em 339.166 processos. A razão do número de processos que deviam ter sido julgados em 2003, em detrimento da quantidade de magistrados existentes nesse ano, cada juiz teria que ter julgado 25 processos, para que o ano seguinte não iniciasse com processos pendentes. Ao seguir a lógica descrita, cada juiz julgava, em média, no ano de 2003, 13 processos.

Ocorre que, o problema da ausência de proporcionalidade entre a quantidade de magistrados na unidade jurisdicional e da efetiva demanda judicial é distinta, conforme a unidade da federação. Em 1998, cada juiz que ingressasse no cargo, deveria julgar 997 causas, para que o problema dos processos não julgados naquele ano fosse resolvido.

A questão da proporcionalidade entre o número de magistrados, da população e da efetiva demanda judicial é distinta conforme a unidade da federação. Um estudo sistemático desse problema indicará qual a quantidade necessária para compatibilizar o número de juízes com o tamanho da população nos diferentes Estados e, fixar em cada um deles, qual o índice de produtividade de cada profissional, a fim de sanar tal questão.

Destaca-se que a redução substancial existente entre os números de 1998 e 2003, deve-se ao fato que a quantidade de magistrados cresceu em proporção superior à quantidade de processos distribuídos. O problema da proporcionalidade entre o número de juízes, a população e efetiva demanda não está relacionada à ampliação do número de magistrados existentes, mas, ao perfil desses julgadores.

Daniel Roberto Hertel⁶¹ frisa que a eficácia de medidas da produtividade de cada juiz e respectiva punição, caso determinados parâmetros não fossem seguidos por eles, a eficiência destas dependeria de adequada administração dos dados pelos órgãos públicos competentes, sobretudo, por parte do Conselho Nacional de Justiça, o qual, nos termos do artigo 103-B, parágrafo 4º, inciso VI da CF tem, entre outras atribuições, a de apresentar relatório anual sobre a situação do Poder Judiciário no país, propondo as providências que reputar cabíveis.

⁶¹ HERTEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais da Emenda Constitucional n. 45**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>, Acesso em 16/02/2019.

3.3 Funcionamento Ininterrupto da Atividade Jurisdicional

O advento da EC 45/04 estabelece que o artigo 93 da CF/88 dispõe sobre “(...) *a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedada férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.*”

Essa reforma refere-se ao fato de todos os dias, diversas demandas ingressarem nas diferentes instâncias do Poder Judiciário. Ocorre que, esse número poderia ser maior, caso a atividade jurisdicional não tivesse período de recessos e férias, quando o tribunal está fechado e, por conseguinte, ficam suspensos os prazos processuais, a publicação de sentenças, acórdãos e outras decisões no Diário da Justiça, intimações de partes e advogados na primeira e segunda instâncias, exceto em relação às matérias urgentes e inadiáveis.

A mudança supracitada demonstra-se indispensável ao melhorar a prestação jurisdicional e reduzir sua morosidade. No entanto, ressalta-se que, a previsão constitucional dessa alteração institucional, não implica sua implementação imediata, havendo a necessidade de regulamentar em que termos a prestação jurisdicional se dará nos períodos de férias e recessos forenses.

Destaca-se que essa medida apenas tem aplicação aos tribunais de segundo grau, de modo que, no que pertine aos Tribunais Superiores, não está vedado a interrupção de suas atividades no período de férias.

3.4 A Distribuição Imediata dos Processos em todos os Graus de Jurisdição

A distribuição do processo distingue os momentos em que o indivíduo dirige-se à justiça do momento em que essa estrutura institucional, efetivamente, recebe o impulso oficial à movimentação de determinada causa. Essa diacronia indica que o protocolo de uma ação, em qualquer instância judicial, não significa o conhecimento do conflito que, apenas ocorrerá, quando outras ações desobstruírem o caminho, para ingresso de uma nova demanda.

O tempo entre os dois momentos mencionados anteriormente, tende a ser excessivo e motivo de inúmeras demandas. A reforma proposta pela EC 45/04 tem como finalidade tornar esses dois atos simultâneos.

Para termos ideia da complexidade do problema, segundo Daniel Roberto Daniel Hertel⁶², no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça demora, aproximadamente, 4 (quatro) anos para distribuir o recurso ao tribunal de segunda instância. A partir da previsão no texto constitucional, com a EC 45/04, os recursos que estiverem retidos devem ser imediatamente distribuídos.

No entanto, a medida, por si só, é ineficaz, pois, apesar do processo ser imediatamente distribuído, pode demorar mais para ser julgado.

3.5 Instituição do Conselho Nacional de Justiça

Marcelo Uchôa⁶³ afirma que outra reforma relevante introduzida pela EC 45/04 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão responsável pelo exercício do controle externo do Poder Judiciário.

Consoante a redação dada pela EC 45 ao parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, compete ao Conselho Nacional de Justiça a realização das atividades de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; zelar pela observância do artigo 37, “caput” da CF/88;⁶⁴ receber as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais.

Ainda, tem como atribuições representar ao Ministério Público os casos de crime contra a Administração Pública e abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, processos disciplinares dos membros do Poder Judiciário julgados a menos de um ano; elaborar relatórios semestrais sobre a estatística dos processos e sentenças prolatadas nos diferentes órgãos do Judiciário brasileiro; e elaborar relatórios anuais, propondo as providências que entender necessárias à melhoria da situação e das atividades desse Poder.

Essas atividades são complexas e interferem diretamente na função dos juízes, garantindo que a aplicação de sanção disciplinar, quando necessária, seja imparcial. O

⁶² HERTEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais da Emenda Constitucional n. 45**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>, Acesso em 16/02/2019.

⁶³ UCHÔA, Marcelo R. **O poder judiciário à luz da reforma da EC 45/04**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional apresentada à Universidade Federal de Fortaleza, 2006.

⁶⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Conselho Nacional de Justiça tem seu Presidente indicado pelo Supremo Tribunal Federal, é composto por 15 (quinze) Conselheiros aprovados pelo Senado e nomeados pelo Presidente da República.

A criação desse órgão foi uma inovação, por consubstanciar um mecanismo de controle das atividades dos setores dominantes do Judiciário, o qual estabelece metas a serem cumpridas e pune os membros desse Poder, quando houver o descumprimento das metas impostas. Assim, surge a possibilidade de o Judiciário utilizar um órgão que exige dos magistrados e demais servidores públicos um desempenho compatível com as necessidades da população, o que, de fato, representa importante avanço no que se refere à transparência da prestação jurisdicional.

Frisa-se que, o CNJ foi instituído no âmbito da estrutura judicial brasileira em 14 de junho de 2005. Além dos processos de competência da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, cujo objeto é o pedido de providências pelo excesso de prazo dos tribunais estaduais no processamento e julgamento das demandas ajuizadas (CNJ/2008), o órgão realizou atividades destinadas a melhorar o acompanhamento e a prestação de contas dos distintos tribunais judiciais.⁶⁵

A avaliação de atividades desempenhadas pelo Conselho Nacional de Justiça desde a sua instituição até a atualidade denota a preocupação do órgão em processar as demandas iniciadas em razão do excesso de prazo nos tribunais, implantar sistemas que acompanhem minuciosamente o que ocorre em cada tribunal.

Esses sistemas, por sua vez, restam indispensáveis para que o CNJ tome medidas pontuais destinadas a diminuir a morosidade da tramitação dos processos, tornar os procedimentos judiciais mais simples, ao enfatizar métodos alternativos de justiça como a conciliação e ampliar a transparência na prestação jurisdicional.

Algumas transformações institucionais previstas pela Emenda Constitucional 45/2004 podem ampliar o acesso da população à justiça, dentre as quais foram analisadas: a razoável duração do processo; a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial; a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; e a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Essas mudanças institucionais foram selecionadas entre o conjunto de alterações previstas pela EC 45/2004, em decorrência do fato de problemas como o excesso

⁶⁵ CNJ. **Relatório de Prestação de Contas das Atividades Realizadas no Ano de 2007**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.

de tempo no processamento das causas, a insuficiência da quantidade de juízes compatível com o número de habitantes de cada circunscrição, a ausência de correspondência entre o momento do fato e o seu ingresso no sistema judicial, bem como entre este e o fim do processamento efetivo da demanda. Outro fato é o Poder Judiciário ser pouco permeável à prestação de contas e à punição de transgressão, o que constantemente lhe são apontados problemas pela literatura especializada, como as principais dificuldades encontradas pela população referentes ao acesso à justiça e, por conseguinte, o descrédito nessa instituição.

A análise das transformações previstas pela Emenda Constitucional 45/04 demonstrou que algumas questões apontadas, poderiam ser resolvidas a partir do cumprimento da legislação infraconstitucional, em detrimento da sua inserção no âmbito do texto constitucional. Isso porque, essas disposições estão previstas em diversas outras legislações, sem, contudo, serem efetivadas na realidade cotidiana dos tribunais. As alterações contidas no referido diploma legal que se encaixam nesta percepção são a razoável duração do processo; a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial; a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional.

Portanto, de acordo com tal constatação, a criação do Conselho Nacional de Justiça pode ser entendida como uma exceção a esse fenômeno, na medida em que, esse órgão consubstancia uma alteração institucional de grande relevância em relação ao crescimento da transparência dos atos judiciais, ao crescimento da efetividade do sistema de prestação de contas dos tribunais estaduais, a maior possibilidade de punição dos juízes que atuam em desacordo com a sua missão institucional (*accountability*) e, por fim, ao crescimento da eficiência do sistema de freios e contrapesos, necessário ao bom funcionamento do Judiciário.

Ao contrário das demais alterações analisadas, a criação do Conselho Nacional de Justiça, em funcionamento desde 2005, indica a importância de se alterar o cenário institucional de maneira a garantir a existência de um órgão capaz de fiscalizar e exigir dos tribunais estaduais as mudanças ora analisadas, previstas na EC 45/04, porém, preexistentes na legislação infraconstitucional. Isso porque, tais dispositivos não têm funcionado na prática, uma das razões para tanto, poderia ser a ausência de fiscalização contínua sobre os responsáveis pela implementação de tais regras e, ainda, a ausência de punição de quem violou esses dispositivos que antes, infraconstitucionais, e agora integram o texto da CF/88.

A partir do efetivo funcionamento do CNJ é possível avaliar a efetividade de tais disposições para além de sua elevação ao texto constitucional. Até o momento, trabalhos realizados por esse órgão apontam para uma expressiva preocupação com a efetividade do

tempo de duração dos processos, o que apresenta um avanço dessa legislação, confirmando a importância da criação de instituições especializadas ao exercício da função de *accountability* no âmbito do Poder Judiciário. Assim, com o aumento do escopo de atuação do CNJ, espera-se que as consequências de problemas como: excessiva duração do processo, complexidade dos procedimentos judiciais e falta de transparência da prestação jurisprudencial possam ser minorados, permitindo a ampliação do acesso à justiça no Brasil.

4 CICLO DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

O processo de formulação das políticas públicas ou ciclo de políticas públicas consiste em uma estrutura de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em etapas sequenciais e interdependentes, dentre as quais temos como essenciais sete fases, quais sejam, identificação do problema, composição da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção nos termos seguintes.

O ciclo de políticas públicas é de relevante utilidade, posto que, auxilia na organização das ideias, faz com que a complexidade de determinada política pública seja simplificada e ajuda políticos, administradores e pesquisadores a elaborar um referencial de comparação entre casos heterogêneos.

4.1 Possível Definição de Políticas Públicas

Edite Cunha e Eleonora Cunha afirmam que as políticas públicas centram-se em:

(...) linhas de ação coletiva que concretiza direitos sociais declarados e garantidos em lei. É mediante as políticas públicas que são distribuídos ou redistribuídos bens e serviços sociais, em resposta às demandas da sociedade. Por isso, o direito que as fundamenta é um direito coletivo e não individual.⁶⁶

Essa definição tem dois elementos centrais, a dimensão coletiva e não estatal das políticas públicas, bem como seu caráter distributivo ou redistributivo. O primeiro ponto remete à necessidade de ampliar a concepção de Estado e o foco da análise, ou seja, o Estado não é o único e exclusivo agente social presente nas políticas públicas. Para além da primazia estatal, encontra-se a produção de direitos sociais e coletivos que se faz, a partir de atores sociais que pertencem a organizações públicas ou privadas.

Edite Cunha e Eleonora Cunha esclarecem:

(...) embora as políticas públicas sejam reguladas e frequentemente providas pelo Estado, elas englobam preferências, escolhas e decisões privadas podendo (e devendo) ser controladas pelos cidadãos. A política pública

⁶⁶ CUNHA, E.; CUNHA, E. **Políticas públicas sociais**. In: CARVALHO, A. et al. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG-PROEX, 2002, p. 11-25.

expressa assim, a conversão de decisões privadas em decisões e ações públicas que afetam a todos.⁶⁷

Este processo de conversão das decisões privadas em ações públicas se dá por meio de grupos de interesses e, o foco das discussões de políticas públicas, recai nos conceitos de arena e agenda públicas. Os grupos de interesses são definidos por William Outhwaite e Tom Bottomore como:

(...) uma organização particular busca reunir os valores e referências que seus membros têm em comum e, articulando-os, tenta influenciar tanto a opinião pública quanto os planos governamentais.⁶⁸

Assim, constitui-se uma arena pública que pode ser definida como o espaço onde são estabelecidos conflitos em torno de diferentes alternativas possíveis, conforme quem as formula e a agenda pública é liberada de uma determinação exclusivamente estatal, podendo ser tomada como um mecanismo que agrega interesses divergentes e institucionaliza conflitos.

4.2 Identificação do Problema

A identificação do problema público, consoante Gunnar Sjoblom⁶⁹ envolve definir quais são seus elementos e sintetizar em uma proposição sua essência. Ainda, no momento da delimitação do problema também são criadas diretrizes para a delimitação do conjunto de causas, soluções, obstáculos e avaliações. No entanto, cumpre salientar que as definições oficiais do problema são de caráter temporário. As fases sucessivas de formulação das alternativas e de implementação os problemas públicos são redefinidos e adaptados pelos elaboradores e destinatários das respectivas políticas públicas.

A avaliação da possibilidade de solução de um problema pode consistir apenas em mitigá-lo quando não for passível sua resolução ou ainda ter reduzidas as consequências negativas em relação ao mesmo.

⁶⁷ CUNHA, E.; CUNHA, E. **Políticas públicas sociais**. In: CARVALHO, A. et al. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG-PROEX, 2002, p. 26.

⁶⁸ OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. (Ed.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 395.

⁶⁹ SJOBLON, Gunnar. **Problemi e Soluzioni in Politica**. Rivista Italiana di Scienza Politica, v. 14, n. 1, 1984, p. 41-85.

4.3 Formulação do Conjunto de Temas Relevantes

Leonardo Secchi⁷⁰ pondera que a formulação da agenda traz um conjunto de problemas ou temas relevantes que pode vir a tomar forma de programa de governo, planejamento orçamentário, estatuto partidário ou lista de assuntos que determinado Comitê repute relevante.

Roger Cobb e Charles Elder⁷¹ complementam que existem dois tipos de agenda, quais sejam, a agenda política ou conjunto de temas que a comunidade política entende como merecedor da intervenção pública e a agenda formal ou institucional que é aquela que elenca os problemas, os quais o Poder Público optou por enfrentar. Os mesmos autores destacam três condições para que um problema componha a pauta da agenda política. Senão vejamos: atenção aos diferentes atores inseridos na situação que demanda intervenção; resolubilidade ou possíveis ações a serem consideradas necessárias e factíveis; e competência, ou seja, o problema vincula responsabilidades públicas.

A percepção e definição dos problemas que podem ou devem entrar e permanecer na agenda pública por certo período de tempo, envolve as reais possibilidades de um grupo de interesse em transformar determinada situação-problema em questão de alcance geral, de modo que, parcelas cada vez maiores da sociedade compartilhem percepções e entendimentos de maneira comum, possibilitando sua incorporação como questão que demanda um tratamento, a partir de políticas públicas.

Luiz Werneck Vianna⁷² aduz que são três fatores básicos que possibilitam um assunto ingressar ou sair da agenda pública de uma sociedade democrática pouco permeável à ação de um líder carismático. Assim, a ocorrência de crises que fazem emergir consensos sociais mais amplos, possibilitam, em geral, intervenções mais rápidas e, por vezes, radicais. A presença de indicadores dá visibilidade a questões antes não percebidas ou percebidas de maneira parcial; bem como, e ainda, a acumulação de informações, experiência dos analistas, de modo, por vezes, lento e difuso envolve o trabalho acadêmico, o de funcionários técnicos de órgãos relacionados diretamente ao Estado e/ou não governamentais.

⁷⁰ SECCHI, L. **Agenda building in Brazilian municipalities: when and how citizens participate**. In: FRANZKE, J. (Org.). **Making civil societies work**. 1. ed. Postdam: Editora da Universidade de Postdam, 2006, p. 109-124.

⁷¹ COBB, R. W.; ELDER, C. D. **Participation in American politics: the dynamics of agenda-building**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1983.

⁷² VIANNA, Luiz W. **O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação**. In: OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo M. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 85.

Trata-se de um processo que envolve as dimensões técnica e política, não isentas de disputas e conflitos. De maneira mais rápida ou lenta, seja por meio do Estado ou difusa, mas articulada rede de organizações, entidades e associações criam-se as bases para que os temas antes despercebidos e desvalorizados, passem a ser constatados e considerados.

4.4 Formulação de Alternativas

A formulação de alternativas passa pela elaboração de objetivos e estratégias, bem como pelo estudo das potenciais consequências de cada alternativa de resolução do problema. Esta se desenvolve por intermédio de escrutínios formais ou informais das consequências do problema e da análise do binômio potenciais custos/benefícios de cada alternativa disponível. O ato de estabelecer objetivos é aquele em que os atores envolvidos no processo traçam o que se espera enquanto resultados da política pública e revela-se importante para direcionar a construção de alternativas e as etapas seguintes de tomada da decisão, implementação e avaliação da eficácia das políticas públicas. A fase de construção das alternativas consubstancia o momento em que são elaborados os métodos, programas, as estratégias e ações que podem atingir os objetivos previamente estipulados. No entanto, ressalta-se que um único objetivo pode ser alcançado de várias maneiras distintas ou por diferentes caminhos.

A fim de que surja cada uma das alternativas, o sujeito responsável pela elaboração da política pública dispõe de quatro mecanismos à indução de comportamentos,⁷³ quais sejam, a premiação ou influenciar o comportamento a partir de estímulos positivos, a coerção ou influenciar o comportamento a partir de estímulos negativos, a conscientização ou influenciar o comportamento por meio da construção e apelo ao senso de dever moral e as soluções técnicas que consistem em não influenciar o comportamento diretamente e sim aplicar soluções práticas que venham a influenciar o comportamento de forma indireta.

A avaliação prévia em relação às possíveis resoluções dos problemas públicos resta necessária um trabalho de investigação acerca das consequências e custos das alternativas envolvidas no processo. Frisa-se que tal trabalho pode se utilizar de três técnicas explicadas por William Dunn como:

⁷³ Sobre as bases dos mecanismos de poder (poder econômico, político e ideológico) ver BOBBIO, N. **Política**. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 12. ed. v. 2. Brasília: Editora da UNB, 2002, páginas 933 a 935.

- projeções ou prognósticos que são fundamentados na prospecção das tendências presentes ou historicamente identificadas, a partir dos dados apresentados em formato de séries temporais. Esta é empírico-indutiva, baseia-se em fatos atuais ou passados experimentados em determinado setor de política pública ou entre setores similares. Tal estudo depende de fontes seguras de informações quantitativas e qualitativas;
- predições ou aceitação de teorias embasadas em proposições, analogias, as quais buscam prever as consequências das distintas políticas. Tal trabalho é predominantemente teórico-dedutivo, posto que, parte de axiomas ou pressupostos previamente consolidados a fim de antever resultados, comportamentos, efeitos econômicos e etc. Menciona-se que entre os métodos disponíveis para realizar as predições encontramos a teoria dos jogos, o método Delphi, as estimativas de eficiências econômica (*input versus output*), a programação linear, a análise de correlações e regressões estatísticas, a estimação de parâmetros e as árvores de decisão e;
- conjecturas ou juízos de valor criados a partir de aspectos intuitivos, emocionais dos sujeitos elaboradores de políticas. Essa técnica, pelo fato de ser intuitiva, baseia-se no conhecimento dos burocratas, profissionais que atuam na área de execução de dada área de política pública. Reuniões, debates e fóruns são os meios geralmente utilizados para realizar as conjecturas. A título de exemplos, as ferramentas mais estruturadas para elaborar conjecturas são a análise multicritério e o *brainstorming* (tempestade de ideias).⁷⁴

As técnicas supramencionadas são utilizadas para atingir adequada aproximação dos acontecimentos futuros. Ocorre que, em razão dos obstáculos da instabilidade e complexidade das condições sociais que dificultam a previsão de possíveis cenários, as conjecturas não estruturadas se tornam a técnica amplamente utilizada quando não estão disponíveis recursos e tempo suficientes para realizar predições ou conjecturas sistemáticas.

⁷⁴ DUNN, W. N. **Public policy analysis: an introduction**. 2. Ed. Englewood Cliffs: Prentice- Hall, 1993.

4.5 Tomada de Decisão

Charles Lindblom afirma que a tomada de decisão no processo de elaboração das políticas públicas é a etapa que sucede a formulação de alternativas de solução. Esta representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) para se enfrentar determinado problema público são explicitadas. Existem três formas de compreender a escolha de alternativas de solução para tais problemas. Senão vejamos:

- os tomadores de decisão têm um problema e buscam soluções, a tomada de decisão *ad hoc* com fundamento na análise das alternativas, retorna ao problema avaliado anteriormente, os objetivos previamente definidos, para buscar a opção pela alternativa mais adequada no caso concreto, a partir da ponderação dos fatores custo, celeridade, sustentabilidade, equidade ou outros parâmetros para a tomada de decisão;
- os tomadores de decisão progressivamente ajustam os problemas às soluções e estas aos problemas: o surgimento do problema, definição dos objetivos e a busca pelas soluções consistem em eventos simultâneos e, conforme Charles Lindblom, ocorrem em um processo de comparações sucessivas limitadas⁷⁵ e;
- os tomadores de decisão têm soluções disponíveis e buscam os problemas.

O primeiro entendimento, com fundamento em que os problemas surgem inicialmente e, posteriormente, são tomadas decisões denominadas modelos de racionalidade, os quais se subdividem em dois tipos, quais sejam, racionalidade absoluta (proposto por Jan Tinbergen), cuja decisão é considerada uma atividade puramente racional, segundo a qual os custos e benefícios das alternativas são calculados pelos atores políticos, com o escopo de encontrar a melhor solução possível e; modelo de racionalidade limitada, proposta por Herbert Simon que reconhece o fato dos tomadores de decisão sofrerem limitações informativas e cognitivas, não compreendendo a situação complexa com a qual estão lidando. Nesse sentido, afirma:

é impossível para o comportamento de um indivíduo isolado alcançar um mínimo grau de racionalidade. O número de alternativas que ele deve explorar é tão grande e as informações que necessita são tão vastas que é difícil conceber qualquer aproximação à racionalidade objetiva.⁷⁶

⁷⁵ LINDBLOM, C. E. **The science of “mudding through”**. Public Administration Review, v. XIX, n. 2, 1959, páginas 79-81.

⁷⁶ SIMON, H. A. **Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization**. Nova York: Macmillan, 1947. p. 9.

Dessa maneira, nesse modelo a tomada de decisão é interpretada como um esforço para escolher opções satisfatórias, mas não necessariamente ótimas. Os modelos de racionalidade possuem em comum o entendimento que a tomada de decisão observa determinados passos sequenciais, segundo um padrão ideal, ou seja, definição do problema, delimitação dos objetivos, construção das soluções, decisão sobre alternativas previamente analisadas e assim sucessivamente. No entanto, cumpre salientar que o modelo de racionalidade se depara com os seguintes obstáculos, o problema nem sempre resta claro, nem sempre os objetivos são coerentes ou claros com o problema em discussão, nem sempre há soluções ou é possível fazer comparação imparcial sobre alternativas de solução.

Em contraponto aos modelos racionais de tomada de decisão, Charles Lindblom propôs modelo de tomada de decisão conhecido como o incrementalismo, o qual possui três características essenciais: os problemas e soluções são definidos, revisados e redefinidos simultaneamente e em diferentes momentos da tomada de decisão; as decisões presentes são consideradas dependentes das decisões tomadas anteriormente e os limites impostos por instituições formais e informais são obstáculos à tomada de decisão dos formuladores de políticas públicas; as decisões são consideradas dependentes dos interesses dos atores envolvidos no processo de formulação da política pública, muitas vezes sendo a decisão escolhida aquela politicamente consolidada no processo de construção de consensos e ajuste mútuo de interesses. O modelo de Charles Lindblom se afasta do racionalismo, posto que o elemento político prepondera sobre o técnico. A presença de grupos de pressão no campo decisório e a força dos representantes dos usuários, de prestadores de serviços e investidores influenciam na regulação detalhada/ regulação frouxa até que seja alcançado um equilíbrio ou consenso e; por fim, a terceira forma de compreender a dinâmica da tomada de decisão é aquela em que o ator responsável pela tomada de decisão primeiro cria decisões e, posteriormente, busca um problema para solucionar. John Kingdon⁷⁷ reforça essa modalidade de interpretação ao aperfeiçoar o modelo de fluxos múltiplos, argumentando que é essencial para o surgimento de uma política pública a confluência dos fatores problemas, soluções e condições políticas favoráveis.

Consoante o último modelo apresentado, o fluxo dos problemas depende da atenção do público, o fluxo das soluções depende da atuação de empreendedores de políticas públicas e o fluxo da política varia de acordo com eventos especiais como o desenho e aprovação do orçamento, reeleições, substituição de membros do Poder Executivo,

⁷⁷ KINGDOW, W. John. **Agendas, alternatives and Public Policies**. Boston: Little Brown and Company, 1984.

refinanciamento de programas públicos e etc. A convergência desses fluxos cria um momento especial para se lançar soluções em situações políticas favoráveis. O modelo dos fluxos múltiplos é interpretativo e configura uma adaptação do modelo da lata do lixo, formulado por Michael Cohen, James March e Johan Olsen.⁷⁸ A título de ilustração, trazemos alguns exemplos de resoluções apoiadas pelos empreendedores de políticas públicas postas em funcionamento, quais sejam, pacote de reforma administrativa, sistemas de avaliação dos ensinos médio e superior e programa de renda mínima.

4.6 Implementação das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário

A fase de implementação sucede à tomada de decisão e antecede os primeiros esforços de avaliação. Nesse espaço de tempo são produzidos os resultados concretos de determinada política pública, de modo que conforme dispõe O'Toole Junior⁷⁹, a fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são transformados de intenções em ações. Estudos sobre implementação de políticas públicas, segundo as visões de Jeffrey Pressman e Aaron Wildavsky⁸⁰ trazem que não se traduz apenas em problema técnico ou administrativo e, sim, em um emaranhado de fatores políticos que frustram os planejamentos.

No entanto, ressalta-se que existem elementos básicos afetos a quaisquer avaliação sobre o processo de implementação como pessoas, organizações com interesses, competências e comportamentos variados, bem como as relações existentes entre os mesmos.

Os elementos essenciais de análise sobre processo de implementação são as pessoas e organizações com interesses, competências (técnicas, humanas e de gestão) e comportamentos distintos. Ainda, fazem parte da avaliação as relações existentes entre pessoas, instituições vigentes em relação às regras formais e informais, os recursos financeiros, materiais, informativos e políticos (capacidade de influência).

⁷⁸ Autores da Teoria Organizacional que propõem interpretação segundo a qual as decisões são encontros casuais dos problemas, soluções e oportunidades de tomada de decisão (COHEN, Michael, MARCH, James e OLSEN, Johan. "A Garbage Can Model of Organizational Choice". *Administrative Science Quarterly* 17, 1972, páginas 1-25).

⁷⁹ O'TOOLE JR., L. J. **Interorganizational relations in implementation**. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.) **Handbook of public administration**. Londres/Califórnia: Thousand Oaks/Sage Publications, 2003.

⁸⁰ PRESSMAN, J. L.; WILDAVSKY, A. B. **Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland: Or, why It's Amazing that Federal Programs Work at All, this Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes**. Berkeley: University of California Press, 1973.

A análise do processo de implementação pode tomar forma de pesquisa sobre a implementação ou tornar-se uma pesquisa avaliativa. A primeira se dedica ao processo de implementação propriamente dito, seus elementos, contornos, relações e desenvolvimento temporal; ao passo que, a segunda tem sua orientação voltada a entender causas de falhas, acertos, tendo objetivo mais prático.

O momento da implementação também deve ser gerenciado, pois neste, as funções administrativas de liderança e coordenação das ações são colocadas à prova. Atores incumbidos de liderar o processo de implementação devem entender os elementos motivacionais dos atores envolvidos, obstáculos técnicos e legais presentes, deficiências em sua organização, potenciais conflitos e atuar diretamente nas negociações, construção de coordenação entre implementadores e cooperação por parte dos destinatários. A fase de implementação é aquela na qual a administração pública reveste-se da função de transformar intenções políticas em ações concretas. Destaca-se que, nessa etapa entram em cena outros atores políticos não estatais, quais sejam, fornecedores, prestadores de serviços, parceiros, grupos de interesse e os destinatários da respectiva ação pública.

Paul Sabatier⁸¹ menciona existir essencialmente dois modelos de implementação de políticas públicas, o modelo *top-down* (de cima para baixo) que consiste na separação entre o momento da tomada de decisão e o de sua implementação. O modelo *top-down* de implementação parte da visão funcionalista e tecnicista de que políticas públicas devem ser elaboradas e decididas pela esfera política e, a implementação é mero esforço administrativo de encontrar meios para alcançar os fins estabelecidos.

Em contraposição ao modelo *top-down*, existe o modelo *bottom-up* (de baixo para cima) que dispõe de maior liberdade para os burocratas e redes de atores se auto-organizem e modelem a implementação das políticas públicas. Esse modelo reconhece a limitação da decisão tecnológica, mas por outro lado, os implementadores têm maior participação no escrutínio do problema e na prospecção de soluções durante a implementação.

Nesse modelo, o formato que a política pública toma após a tomada de decisão não é definitivo e, a política pública pode ser modificada por aqueles que a implementaram conforme a necessidade de ajustar ou adequar os problemas práticos provenientes de sua implementação. Portanto, existe maior discricionariedade por parte dos gestores e burocratas.

⁸¹ SABATIER, P. A. **Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis**. Journal of Public Policy, v. 6, n. 1, 1986, p. 21-48.

4.7 Avaliação da Política Pública

Avaliação da política pública consiste no “*processo de julgamentos deliberados sobre a validade de propostas para a ação pública, bem como para o sucesso ou a falha de projetos que foram colocados em prática*”⁸². Tal definição nos traz a distinção entre avaliação anterior à implementação e avaliação posterior à implementação. Existe ainda a avaliação formativa ou o monitoramento que ocorre durante o processo de implementação para fins de ajustes imediatos.⁸³

A avaliação é a etapa do ciclo de políticas públicas na qual o processo de implementação e o desempenho da política pública são analisados com a finalidade de ter melhor conhecimento do estado da política e o nível de redução do problema que a gerou, portanto, é um momento importante para a produção do retorno sobre as fases antecedentes. A avaliação de determinada política pública compreende a definição de critérios, indicadores e padrões conforme veremos a seguir.

Os critérios consistem nos mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos são fundamentados em interpretações valorativas da realidade e auxiliam o avaliador de parâmetros a julgar se determinada política pública funcionou bem ou não. Os principais critérios utilizados em uma avaliação são a economicidade ou nível de utilização de recursos; eficiência econômica ou relação entre recursos utilizados e produtividade; eficiência administrativa ou nível de conformação da execução a métodos preestabelecidos; eficácia ou nível de alcance das metas, objetivos preestabelecidos e; equidade ou homogeneidade da distribuição de benefícios, sanções entre os destinatários de uma política pública.

Joan Subirats⁸⁴ afirma que os esforços da avaliação podem receber uma conotação jurídica, técnica, gerencial ou política. A avaliação que enfoca aspectos jurídicos preocupa-se em verificar até que ponto princípios como a legalidade e eficiência administrativa atingem e respeitam a efetivação dos direitos básicos dos destinatários. A avaliação que privilegia aspectos técnicos gerenciais concentra-se no nível de consecução das metas (eficácia) com o menor uso de recursos (economicidade) e a eficiência econômica de

⁸² ANDERSON, C. W. **The place of principles in policy analysis**. American Political Science Review, v. 73, n. 3, set. 1979, p. 711.

⁸³ COSTA, F. L. da; CASTANHAR, J. C. **Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos**. Revista de Administração Pública, v. 37, n. 5, set-out. 2003, p. 1-24.

⁸⁴ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1989, páginas 125 a 138.

um sistema, programa ou política. E, a avaliação de conotação política dedica-se aos aspectos da percepção dos destinatários da política pública, a participação de atores nas diversas fases de construção e implementação de determinada política pública, assim como os impactos gerados no macroambiente.

Os critérios são operacionalizados por intermédio dos indicadores que, por sua vez, são artifícios criados para mensurar utilização de recursos, produtividade e resultado. Os indicadores de entradas do sistema referem-se a gastos financeiros, recursos humanos empregados ou recursos materiais utilizados. Indicadores de saída referem-se à produtividade de serviços e produtos. Os indicadores de resultado relacionam-se aos efeitos da política pública sobre os implementadores e à capacidade de solução ou mitigação do problema para o qual foi elaborada e, são operacionalizados por intermédio de médias ou percentuais de satisfação dos cidadãos, qualidade dos serviços, acessibilidade à política pública, quantidade de reclamações recebidas, cumprimento das diretrizes pelos agentes públicos, receitas produzidas pela prestação dos serviços. Assim, os indicadores de utilização dos recursos medem esforços e os de resultados mensuram as realizações.

Os padrões ou parâmetros servem como referência comparativa aos indicadores e temos como principais tipos de padrões os absolutos (metas qualitativas ou quantitativas estabelecidos anteriormente à implementação da política pública); históricos (valores ou descrições alcançados no passado que facilitam a comparação por períodos de tempo e geram informações sobre declínio ou melhora das políticas públicas) e; normativos (metas qualitativas ou quantitativas estabelecidas).

Os mecanismos de avaliação ou controle constroem referências e possibilitam comparação espacial e temporal do problema e das políticas públicas. A avaliação pode aumentar de forma relevante a percepção que os atores políticos têm sobre determinada política pública, para que possam aperfeiçoá-la. Dessa forma, a avaliação pode conduzir à continuidade da ação; reestruturação marginal de aspectos práticos dos programas ou; extinção da política pública quando o problema estiver solucionado ou na hipótese dos problemas de implementação restarem insuperáveis.

Não obstante as dificuldades, as avaliações produzem informações úteis ao debate político, haja vista a importância do processo avaliativo feito no desempenho econômico casuístico ou sistemático em determinada conjuntura por exemplo.

4.8 Orçamento Público

O orçamento público para eficácia e efetivação dos direitos sociais que não se mostra possível sem se alocar e aplicar recursos públicos materiais, humanos ou financeiros, em regra, são provenientes da receita tributária e de outras formas de arrecadação do Estado.

Oliveira define o orçamento como “*a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.*”⁸⁵

A definição operacional legal de orçamento público no Brasil encontra-se expressa no artigo 2º da Lei 4.320 de 1964 que estatui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esta contém a discriminação da receita e despesa, evidenciando a política econômico-financeira e o programa do governo que devem obedecer aos princípios de unidade, universalidade e anualidade.

A relação entre políticas públicas e orçamento público, segundo José Mauricio Conti,

as necessidades da Administração Pública, aliadas ao desenvolvimento das técnicas orçamentárias, foram aos poucos modificando a concepção clássica de orçamento público, fazendo com que assumisse uma função importante na condução das políticas públicas. Vários fatores influíram nessa tendência, destacando-se o intenso intervencionismo estatal nas atividades econômicas.⁸⁶

A partir das necessidades políticas, exigências constitucionais e conveniências gerenciais, surge o planejamento das ações governamentais, estabelecendo a Constituição Federal de 1988 que todas essas ações sejam previamente definidas e orçadas, com sua edição na forma da lei e, votada nas casas legislativas de cada esfera competente.

Os enquadramentos normativos do orçamento público são a Constituição Federal de 1988, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei 4.320 de 1964. A Constituição estabelece regras sobre orçamento (espécies de leis orçamentárias, tipos de orçamento, processo legislativo, prazo de execução orçamentária e outras).

No que tange ao planejamento orçamentário, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 165, três planejamentos orçamentários que, se prestam à função regulatória da sociedade via Administração Pública (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes

⁸⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 606.

⁸⁶ CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 57.

Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual). Essa última deve respeitar a Lei de Diretrizes Orçamentárias, e ambas têm que observar o Plano Plurianual, conforme os artigos 165, parágrafo 7º; 166, parágrafo 4º; e 167, parágrafos 1º e 4º da Carta Magna.

Aprovado pelo Poder Legislativo, o Plano Plurianual integra-se a cada ano na estrutura orçamentária e orienta a respectiva Lei Orçamentária Anual. O artigo 165, parágrafo 2º da CF/88 traz que a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende as metas e prioridades da Administração Pública Federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento e, a Lei de Diretriz Orçamentária tem por objeto orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual.

Conforme o artigo 165, parágrafo 5º da Carta Política, a Lei Orçamentária Anual compreende o orçamento fiscal dos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta. O artigo 165, parágrafo 8º da CF determinou que a Lei Orçamentária Anual não pode conter dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação de despesa, porém, não veda a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito.

O processo legislativo de elaboração do orçamento público obedece ao artigo 59 da Carta Magna, com algumas particularidades, como o Congresso Nacional que delibera sobre as leis orçamentárias. Essas leis têm início em uma Comissão e são deliberadas por ambas as Casas, de acordo com as competências atribuídas ao Parlamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 165 estabelece três instrumentos legislativos para compor o orçamento: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. O poder de iniciativa do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, na esfera federal, é do Presidente da República nos termos do artigo 84, inciso XXIII da Constituição Federal.

Os projetos de lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual são remetidos pelo Chefe do Poder Executivo ao Congresso Nacional, cabendo ao Poder Legislativo a decisão final sobre o destino das verbas orçamentárias, conforme os artigos 165, parágrafo 9º e 166, parágrafo 6º da Carta Política.

O processo de elaboração do projeto da Lei Orçamentária Anual é desenvolvido no âmbito do sistema de planejamento e orçamento do Poder Executivo e é definido como o conjunto de tarefas que resulta na estimativa da receita, fixação dos

programas de governo, definição de metas e prioridades com base no que foi delimitado na respectiva Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Os programas de lei referentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias, ao Orçamento Anual, aos créditos adicionais no âmbito federal são apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional nos termos do artigo 166, “caput” da CF. De acordo com as normas comuns do processo legislativo, terminada a votação, o projeto de lei é enviado ao Presidente da República que, aquiescendo, o sanciona nos termos do artigo 66 da Carta Magna.

No entanto, havendo veto, ele será apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro de trinta dias, a contar de seu recebimento, apenas podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. Esgotado esse prazo, sem deliberação, o veto é colocado na pauta do dia da sessão imediata até a votação final. Caso o veto seja mantido, será o projeto enviado ao Presidente da República para promulgação.

Após promulgada, a Lei Orçamentária será publicada para o conhecimento de todos, no Diário Oficial, produzindo seus efeitos. A vigência da Lei Orçamentária encontra-se delimitada no tempo e é de primeiro de janeiro a trinta e um de dezembro, nos termos do artigo 34 da Lei 4.320 de 1964.

A execução orçamentária diz respeito à concretização do projeto previsto na Lei Orçamentária Anual sobre a arrecadação da receita estimada e do processamento da despesa fixada, a qual é efetivada pelas fases sucessivas de empenho, liquidação e pagamento.

A questão orçamentária é de grande relevância, pois é por meio do orçamento público que será possível efetivar as políticas públicas, sendo observado o princípio da reserva do orçamento mesmo que o assunto verse sobre direito fundamental ao mínimo existencial. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres aduz:

se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.⁸⁷

⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

As funções do orçamento público são promover ajustes na alocação de recursos, na distribuição de renda e manter a estabilidade econômica. Deste modo, sendo escassos os recursos para a satisfação das necessidades públicas, é indispensável avaliar o que é possível, e tal medida será feita com base no orçamento público, posto que, o instrumento orçamentário consiste na escolha prévia das prioridades e no controle de sua execução.

4.8.1 Controle do Orçamento Público

O orçamento público nasce com a finalidade de controlar os gastos e utilizar adequadamente as receitas. Os dados coletados devem estar disponíveis para consulta e fiscalização da legalidade dos atos do Poder Público. O controle deve ser realizado pelo Parlamento, o qual fará a fiscalização e execução do orçamento público, dos atos e das decisões praticadas pelo Poder Executivo, com vistas a averiguar se são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

O controle pode ser interno, por intermédio da participação popular ou realizado pelos respectivos órgãos de fiscalização previstos na CF/88, para tal finalidade. Destaca-se que o controle interno é aquilo que exerce cada um dos poderes no dever de autotutela da legalidade e eficiência da gestão financeira. De acordo com a CF/88, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário devem manter um sistema de controle interno, em razão da autonomia administrativa financeira que possuem.

A finalidade do controle interno consiste em avaliar o cumprimento das metas dispostas no Plano Plurianual. Também, deve ser comprovada a legalidade e avaliado os resultados em relação à eficácia da gestão orçamentária, financeira, patrimonial dos órgãos/das entidades da Administração Federal e da aplicação de recursos públicos pelos entes de Direito Privado.

O controle interno deverá “(...) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.” Nos termos do artigo 74, IV da CF/88, sendo, assim, preparatório do ulterior controle externo. Tal controle está disposto na Lei 4.320 de 1964 e, atribui ao Poder Executivo, a tarefa de execução do orçamento.

O controle externo é aquele realizado pelos órgãos que não executam o orçamento, como por exemplo, o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas. Esse controle é feito por meio de fiscalização na etapa anterior à aprovação do orçamento e, após a apresentação do Projeto de Lei pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo. A análise do Tribunal de Contas é administrativa e conforme o artigo 71 da CF, o controle externo

realizado pelo Congresso Nacional é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual é incumbido o exame inicial e parecer prévio, não vinculante sobre as contas da Administração, sendo responsável pelo controle e fiscalização dos responsáveis e da legitimidade da execução orçamentária.

Frisa-se que, o controle externo também pode ser exercido pela sociedade civil, pelos cidadãos e representantes como as associações e organizações. A participação de diversos atores no controle externo das atividades do Poder Executivo representa desenvolvimento no processo democrático, possibilita permanente fiscalização pelos poderes e pelo povo, sendo que, tais procedimentos aperfeiçoam a gestão governamental, com vistas ao atendimento dos anseios da sociedade, garantindo a execução do orçamento público e a efetividade das políticas públicas.

4.9 Extinção da Política Pública

A extinção da política pública se dá no momento da morte da respectiva política. Estudos sobre término de políticas públicas ganham visibilidade a partir de 1970, nos países desenvolvidos, momento em que diversas políticas sociais atreladas ao Estado de Bem-Estar Social foram oprimidas.

Mauro Giuliani assevera que as causas de extinção de uma política pública estão assentadas sob três pontos essenciais: o problema que originou a política é percebido como resolvido; os programas, as leis ou ações que impulsionavam a política pública são percebidos como ineficazes e; o problema não resolvido perde progressivamente importância e é retirado das agendas políticas e formais.⁸⁸

A extinção de qualquer política pública é dificultosa em razão da relutância dos beneficiados por estas, inércia institucional, conservadorismo, obstáculos legais e altos custos para implementá-las.⁸⁹ No entanto, cumpre salientar que políticas de tipo redistributivo e distributivo são difíceis de serem extintas, sobretudo se considerarmos a ação coletiva

⁸⁸ GIULIANI, M. **Policy termination**. In: CAPANO, G.; Giuliani, M. **Dizionario di Politiche Pubbliche**. Roma: Carocci, 2005, páginas 290-291 fala sobre a última causa de extinção de uma política pública ou o problema não resolvido perder progressivamente importância e ser retirada das agendas política e formais (segundo MENY, Y.; THOENIG, J. C. **Le politiche pubbliche**. Bolonha: Il Mulino, 1991), sendo esta a mais comum.

⁸⁹ DE LEON, Peter. **A theory of policy termination**. In: MAY, J. V.; WILDAVSKY, A. B. (Orgs.). **The policy cycle**. Beverly Hills: Sage Publications, 1978, páginas 279-300.

proposta por Mancur Olson.⁹⁰ O mesmo autor afirma que pequenos grupos têm capacidade de organização de interesses substancialmente superior à dos grandes grupos. O grupo beneficiário de determinada política pública distributiva é capaz de fazer essa política permanecer existindo, ainda que se mostre contrária ao interesse coletivo. Isto ocorre, pois a coletividade em geral encontra dificuldades práticas de lutar contra interesses concentrados.

E, por fim, de forma similar ao nascimento, a extinção das políticas públicas também depende das janelas de oportunidade, dentre as quais mencionamos, as reformas ministeriais, alterações de mandato executivo e legislativo, aprovação de orçamentos que consubstanciam ocasiões pontuais e específicas em que políticas públicas aparentemente inócuas, podem ser extintas ou substituídas por outras.

⁹⁰ OLSON, M. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. São Paulo: Edusp, 1999, páginas 17-64.

5 PROCESSOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O ciclo de políticas públicas judicializado consiste na aproximação analógica das etapas da política pública com as discussões referentes à judicialização e tal ocorrência na prática. Retoma-se a explanação sobre as etapas da política pública proposta por Leonardo Secchi,⁹¹ quando menciona a primeira ser a identificação do problema até que se atinja o momento da chegada ao Poder Judiciário de pedido por intermédio da petição inicial. O cidadão ingressa na justiça ao requerer determinado direito social, alegando a negativa da prestação estatal.

A segunda etapa do ciclo é a composição da agenda, momento no qual surge críticas à judicialização propriamente dita, haja vista substituir-se a representação política, eleita democraticamente, pela representação funcional. Antoine Garapon⁹² assevera tal fato consubstanciar o desmoronamento da sociedade democrática em detrimento do efeito da globalização econômica, segundo a qual o mercado “*despreza o poder tutelar do Estado, multiplicando a recorrência ao jurídico.*”⁹³ No mesmo sentido, Robert Michels⁹⁴ faz referência à lei de ferro das oligarquias e aponta o perigo das instituições jurídicas, defensoras das liberdades e garantias democráticas se burocratizarem de maneira pejorativa e, por conseguinte, adotarem formas de influência dominadoras. Oscar Vilhena Vieira⁹⁵ cunha o termo “supremocracia”, buscando destacar tal acontecimento restar mais próximo ao segundo sentido, posto que, a representação funcional quando analisada sob a finalidade de discutir as políticas públicas, utiliza o modelo de planejamento denominado de cima para baixo, uma vez que, o magistrado será o responsável por definir a solução do problema.

Por outro lado, existem aqueles que entendem a atuação do Poder Judiciário ampliar as garantias democráticas, pelo fato de possibilitar mais uma via de acesso ao cidadão

⁹¹ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010, páginas 109-124.

⁹² GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

⁹³ MOTTA, Luiz E. **Judicialização da política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?**. In: MOTTA, Luiz E.; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 64.

⁹⁴ MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Tradução de Arthur Chaudon. Brasília: UnB, 1982. (Coleção Pensamentos Políticos, 53).

⁹⁵ VIEIRA, Oscar V. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez. 2008, p. 441-464.

em favor da proteção de seus direitos e servir como um canal de escuta das questões individuais ou coletivas que demandam a atenção do Estado.

Ao retomar as fases da política pública, passa-se para a formulação das alternativas, etapa de maior carência da judicialização, haja vista a falta de conhecimento técnico pelos juízes e, portanto, ocorre um distanciamento do ambiente judicial em relação à análise de políticas públicas.⁹⁶ Deste modo, segundo esse autor, à medida que as questões discutidas envolverem aspectos técnicos das políticas públicas, maior cautela e reverência se atribuirá às decisões dos demais poderes quando atuar o Judiciário.

A fase seguinte é a tomada de decisão, a qual quando demandar a intervenção judicial será transmitida por meio de uma decisão definitiva e, por este motivo, o Estado-juiz substituirá a Administração Pública e sua gestão nas quatro primeiras etapas do processo de políticas públicas, devolvendo ao Poder Executivo determinada ordem a ser cumprida pela decisão proferida.

Consoante Luiz Werneck Vianna,⁹⁷ a título de ilustração as fases de elaboração da política pública tem como suporte material os remédios constitucionais, Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão enquanto alternativas de providências a serem tomadas em substituição ao Poder Executivo ao longo de todo o processo de formulação, em razão da ausência de regulamentação de determinados direitos fundamentais.⁹⁸

5.1 A Judicialização dos Conflitos

A judicialização se insere principalmente na etapa da implementação das políticas públicas pelos seguintes motivos, em primeiro lugar eventuais falhas em sua implementação pode acarretar a interposição de determinada demanda perante o Poder Judiciário; e em segundo lugar que durante essa etapa, as consequências da judicialização

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179-215.

⁹⁷ VIANNA, Luiz W. **O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação**. In: OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo M. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 91-109.

⁹⁸ No mesmo sentido, MACHADO, Felipe R. S.; DAIN, Sulamis. **A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão da saúde no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, jul./ago. 2012, p. 1017-1036.

geram maior impacto de seus efeitos à Administração Pública e à gestão das políticas públicas.

Na hipótese de serem constatadas omissões no processo de implementação de políticas públicas, embasadas em direitos sociais e, essas forem levadas ao Poder Judiciário, por conseguinte, judicializando-se determinada política pública, teremos uma demanda legítima. Luís Roberto Barroso aponta que a judicialização é um fato inerente à tessitura de nossa atual democracia. No entanto, o processo de implementação das políticas públicas deve considerar que o fator “*escassez de recursos públicos exige maior racionalização do gasto*”,⁹⁹ tal como dito por Oliveira e Patrícia Ferreira, Edgar Alencar e José Roberto Pereira.¹⁰⁰ A questão, dispendiosa aos analistas das políticas públicas, também atinge os pesquisadores da judicialização que se deparam com os limites discutidos no campo jurídico, a reserva do possível.

Daniel Sarmento afirma que a reserva do possível se desdobra em fática e jurídica, sendo a primeira a disponibilidade real de recursos econômicos e a segunda a existência de autorização orçamentária. No que pertine àquela, o mesmo autor entende como possível parametrização o estudo da razoabilidade da universalização da prestação exigida, a partir dos recursos efetivamente disponíveis, de modo que, um pedido individual deve ser examinado diante da possibilidade do mesmo benefício ser concedido à coletividade que se enquadre na respectiva situação de fato, sob pena de não privilegiar determinado segmento da sociedade.¹⁰¹

O autor considera que o alto índice de pobreza nos países em desenvolvimento acentua a importância da aplicação da teoria, dado que a carência financeira e econômica torna latente a impossibilidade de efetivação concomitante de todos os direitos sociais. Assevera que a reserva do possível no plano fático deve ser conhecida enquanto a relação da efetivação dos direitos sociais frente à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem olvidar os recursos financeiros disponíveis.

Ele diz que a reserva do possível é matéria de defesa para o Estado, e como tal, cabe a este o ônus da prova de suas alegações, de modo que, não basta, portanto, invocar genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais,

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, fev./maio 2010, p.1-46.

¹⁰⁰ ARRETCHE, Marta T. S. **Tendências no estudo sobre avaliação**. In: RICO, Elizabeth M. (Org.). **Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate**. São Paulo: Cortez, 2009, p. 35.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199.

sendo necessário produzir prova suficiente que fundamente esta alegação. Portanto, a teoria da reserva do possível deve ser aplicada a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida de efetividade dos direitos constitucionais e as possibilidades financeiras do Estado.

Nesse contexto, a crítica da desigualdade social toma forma no âmbito da judicialização das políticas públicas.

Assim, ao partir da premissa que o planejamento orçamentário e financeiro é realizado de forma responsável, com fundamento na eleição de prioridades que sejam capazes de atender à comunidade como um todo e, por conseguinte, tais prioridades restarem associadas aos direitos sociais e fundamentais, a reserva do possível se prestará ao balizamento à atuação do Poder Judiciário, sob pena de caracterizar invasão de competência e respectiva intervenção ao substituir-se a atuação do Poder Executivo.

Percebe-se que a judicialização das políticas públicas se enquadra no conceito de resultado não antecipado trazido por Pedro Silva,¹⁰² a qual insere a instituição judiciária no ciclo da política pública, alterando a sistemática do seu funcionamento. Corroboram com tal entendimento, Luiz Motta e Maurício Mota ao destacarem que “*a questão da judicialização não esgotou seu potencial de análise e, certamente, permanecerá como alvo de reflexão e pesquisa pelos cientistas sociais e juristas nos próximos anos.*”¹⁰³

Inicialmente, quando uma política pública é judicializada constata-se a existência de falha em sua implementação, quer pela sua ausência ou ineficiência em tal distribuição, ou, em razão da ineficácia dos parâmetros definidos *a priori*. Ocorre que, a política pública discutida no Poder Judiciário acarreta uma inversão nas fases do seu respectivo ciclo, sendo ressignificada pela atividade jurisdicional. Outra alteração experimentada diz respeito à elaboração da agenda quando se trata de ações individuais, pois apesar de aproximar a temática da judicialização com a formação de agenda, ainda que sejam realizadas audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, os processos que visam atender o indivíduo especificamente, demonstram a ausência da formação da agenda, uma vez que, os temas ou problemas relevantes não são discutidos, mas tão- somente, ocupam-se da questão do autor.

¹⁰² SILVA, Pedro L. B. (Coord.). **Modelo de avaliação de programas sociais prioritários**. Campinas: Nepp/Unicamp, 1999. (Relatório Final).

¹⁰³ MOTTA, Luiz E.; MOTA, Maurício (Org.). **O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. VIII.

No momento da tomada de decisão, o modelo processual adquire uma especificação, ao passo que na etapa da judicialização, a única estrutura de tomada de decisão que resolve definitivamente o problema, pelo fato dessa se ater ao pedido formulado, ocorre com fundamento na questão apresentada.

Explanadas sobreditas adequações, quando se chega a uma decisão judicial que defere o pedido, retorna-se à fase de implementação, haja vista tal decisão ser apresentada como uma ordem ao Poder Público que deverá cumprir a demanda pleiteada. A ordem judicial gera conflitos entre os poderes e os entes trabalhados anteriormente na discussão da separação dos poderes e do federalismo.

Ao reunir em uma única, as fases da formulação e implementação, resta claro que o Poder Judiciário pode influenciar nos resultados das políticas públicas por meio de diversas estratégias.¹⁰⁴

A etapa da avaliação, bem como a relevante referência à judicialização como um resultado não antecipado pela administração pública, determina sua correta inserção no modelo reformulado, consubstanciando importante instrumento avaliativo. Os processos judiciais referentes às políticas públicas, fornecem subsídio para a gestão pública avaliar a política pública demandada, concedida, implementada forçadamente, o que contribui à sua reformulação, retornando essa fase inicial ao Poder Executivo.

Felipe Machado e Sulamis Dain¹⁰⁵ concluem que, assim, a administração pública deve se valer desse vasto material que são os processos judiciais de judicialização das políticas públicas para reavaliar seu planejamento, no intuito de melhorar a implementação das políticas públicas e, por conseguinte, obstar o retorno a esse ciclo judicializado.

O fenômeno da judicialização comporta diversos enfoques, sendo um deles a sua aproximação da gestão de políticas públicas, realizada por este trabalho. Tomada essa escolha, um ponto de partida das políticas públicas também necessitava ser escolhido e o modelo processual configurou tal opção. Percebeu-se que as discussões trabalhadas isoladamente dentro dos dois campos (judicialização e políticas públicas) podem se comunicar, contribuindo para uma visão mais abrangente do problema. Assim, quando se discute federalismo e escassez de recursos no campo da política pública, surge a proposta de limitação da judicialização pelo parâmetro da reserva do possível. Também, por isso, ao se

¹⁰⁴ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

¹⁰⁵ MACHADO, Felipe R. S.; DAIN, Sulamis. **A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão da saúde no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, jul./ago. 2012, p. 1034.

falar em desigualdade social nas políticas públicas, emerge crítica às demandas individuais que produzem direitos sociais desiguais aos cidadãos, os quais possuem conhecimento sobre a via judicial e aqueles que se resignam com a falha na implementação da política pública, em razão do desconhecimento dessa ferramenta.

O modelo processual tradicional não comporta o fenômeno da judicialização e, por conta disso, quando determinada política pública é judicializada, as falhas do ciclo em relação à sua sequência e a seus atores tradicionais, restam evidentes. Por isso, apresentamos um modelo ressignificado, na tentativa de aproximar (e não resolver) o modelo da realidade. A partir da ressignificação do ciclo de políticas públicas, transformando-o em um ciclo judicializado, espera-se expandir possibilidades de discussão de novos aspectos que alberguem a compreensão teórica da judicialização e, que não deixem de lado as construções atinentes à gestão de políticas públicas. Ainda, a visibilidade do ciclo judicializado se torna útil para futuras pesquisas da judicialização no âmbito da administração pública, posto que aproxima as teorias ao apresentar suas similaridades.

O estudo transversal da judicialização das políticas públicas se mostra necessário para possibilitar aos estudiosos da administração pública e do direito, análises mais próximas do problema. Acerca dos limites, tem-se que, por ser um estudo teórico, ele merece uma análise documental e empírica para verificar se as teorias da política pública se aplicam no contexto da administração pública analisada e se os casos de judicialização pesquisados passam pelas fases e questões apontadas. Além disso, a questão democrática precisa ser aprofundada para resolver a contradição da visão da emancipação do indivíduo que fica dependente do aparato estatal, caso adote a perspectiva da via judicial como instrumento de cidadania.

Uma possível solução com vistas a obter eficiência, eficácia e efetividade nos processos de judicialização das políticas públicas seria integração, a qual favoreceria seu funcionamento em redes públicas. Schneider propõe que diante da complexidade das sociedades atuais, os conceitos de governança e rede se tornam essenciais na compreensão da relação modificada entre Estado e sociedade. Senão vejamos:

Redes de políticas públicas são novas formas de governança política que reflete uma relação modificada entre Estado e Sociedade. Redes de políticas públicas são mecanismos de mobilização de recursos políticos em situações em que a capacidade de tomada de decisão, de formulação e implementação de programas é amplamente distribuída ou dispersa entre atores públicos e privados.

A partir dos contextos de interação, os atores envolvidos se dispõem a manter relações de comunicação e cooperação nas negociações, o que facilita a construção de acordos. As soluções são compartilhadas,

promovendo sinergia, o que possibilita e acelera a superação de problemas, facilitando a tomada de decisões.¹⁰⁶

A possibilidade de construir uma rede, no caso da judicialização, poderia aumentar a capacidade de processamento das informações, favorecendo o alargamento e a economia da comunicação, o que representa importante fator no caso apresentado. Também, a presença de diferentes e múltiplos atores na formulação e implementação dificulta o nível de previsibilidade de como determinadas questões poderão ser resolvidas, o que obriga os sujeitos a informar ou ao menos considerar os interesses daqueles atores que possuem demandas específicas, mas relevantes no processo de decisão.

Diante da complexidade do processo e das novas demandas sociais, legitimar a possibilidade do trabalho em rede, poderia favorecer divisão de responsabilidade, conduzindo a sistemas de negociação mais transparentes, nos quais os cidadãos possuiriam maiores chances de serem beneficiados.

Políticas públicas não apresenta consenso em sua definição no âmbito do Judiciário, não é possível pensar um conceito jurídico de políticas públicas, uma vez que, as categorias que compõem tais palavras são próprias de outras ciências como a política.¹⁰⁷ Isso demonstra que o direito não é um sistema completo e fechado em si mesmo, posto que, capaz de solucionar todos os conflitos oriundos das relações sociais e, por isso, necessita estar receptivo ao diálogo com outras ciências. Ainda assim, podemos esboçar uma noção sobre seu conceito como uma área de conhecimento que surge nos Estados Unidos, no ambiente acadêmico e contou com quatro autores na busca de uma definição, quais sejam, Harold Lasswell (cientista político), Herbert Alesander Simon (economista), Charles Lindblom (cientista político) e David Easton (cientista político).

Celina Souza afirma a política pública ser o campo de conhecimento que visa a “colocar o governo em ação”¹⁰⁸ e, ao mesmo tempo analisar esta ação a fim de, caso necessário, propor mudanças no curso das ações. Maria Paula Dallari Bucci entende que “a política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, como a participação dos agentes públicos e privados”¹⁰⁹

¹⁰⁶ SCHNEIDER, Volker. **Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas**. Revista Civitas, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./jun. 2005, p. 40.

¹⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

¹⁰⁸ SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, v. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 26.

¹⁰⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

e, a realização de finalidades coletivas como o critério de definição das funções dos Poderes estatais em relação aos programas de ação governamental, sendo necessário uma reorganização constitucional dos Poderes.

As Constituições dos Estados impõem determinados objetivos ao corpo político, os quais podem ser gerais ou especiais. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, em seu artigo terceiro traça objetivos que orientam o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. No que tange ao respeito à política nacional de educação, regulamentado por plano plurianual, seus objetivos específicos estão previstos no artigo 214 ao mencionar a erradicação do analfabetismo e a universalização do atendimento escolar. Esses objetivos possuem caráter juridicamente vinculante a todos os Poderes do Estado e a todos os detentores do poder econômico ou social. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato nos traz que a juridicidade das normas, as quais meramente declaram tais fins ou impõem a realização de determinado programa de atividades, não pode mais ser posta em dúvida.¹¹⁰ O juízo de constitucionalidade no tocante aos objetivos tem por objeto as finalidades expressas ou implícitas de uma política pública e os meios empregados para se atingir tais fins.

A definição mais conhecida de acordo com Celina Souza é de Harold Lasswell que implica em responder às perguntas quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.¹¹¹ Maria Paula Bucci diz que *“a política é mais ampla que o plano e define -se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, como a participação dos agentes públicos e privados.”*¹¹²

Tércio Sampaio Ferraz Junior aduz que no Estado Liberal, o Judiciário deveria ser neutro em relação aos demais poderes; ao passo que, no Estado Social Democrático de Direito, o Judiciário deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não podendo mais se falar na neutralização de sua atividade. Ou seja, não se espera mais do Judiciário a sua não interferência, mas, uma atuação proativa, a fim de fazer valer os fins previstos na Constituição. Dessa forma, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.¹¹³ Oswaldo Canela Junior complementa e amplia o conceito de políticas

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/31244?mode=full>, Acesso em 11/09/2018.

¹¹¹ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20 e 23.

¹¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259.

¹¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994, p. 14.

públicas e afirma que por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.¹¹⁴

Assim, a judicialização da política é um fato e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não a desconsidera. Atualmente, nos resta analisar suas causas, fundamentos e críticas em relação ao fenômeno, com vistas a melhorar tal prática ou instrumento de realização da democracia.

Passemos às causas da judicialização da política, a qual versa sobre a temática que assuntos políticos e sociais não têm sido solucionados tão-somente pelas instâncias políticas, quais sejam, Poder Executivo e Legislativo, bem como têm tido a participação relevante do Poder Judiciário nesse âmbito. Podemos dizer que as causas desse fenômeno são inúmeras, algumas de tendência mundial e outras decorrentes do sistema institucional brasileiro. Luís Roberto Barroso menciona três causas que considera essências ao surgimento da judicialização como a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo de controle de constitucionalidade do Brasil.

O mesmo autor afirma a judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal com o processo de redemocratização do país, ao devolver à magistratura suas garantias e ao reavivar na sociedade o espírito da cidadania, fortaleceu o Judiciário e aumentou a demanda por justiça. A sociedade, com mais consciência e maior nível de informação, passou a buscar com mais frequência a proteção aos seus direitos. Também, a constitucionalização abrangente trouxe para o bojo da Constituição matérias que até então eram de decisão exclusiva da política majoritária. O receio de um retorno ao regime ditatorial fez com que o Constituinte procurasse inserir o máximo de garantias na Constituição. A partir do momento em que valores, objetos de prestação estatal, sejam transformados em norma constitucional, passam a se converter numa pretensão jurídica, passível de ação judicial.¹¹⁵ Por fim, como última causa, encontra-se o controle de constitucionalidade brasileiro. Um misto do sistema americano e europeu, o brasileiro congrega o controle incidental e difuso por meio do qual qualquer juiz ou tribunal pode, no caso concreto, deixar de aplicar uma lei por

¹¹⁴ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2012, páginas 3 a 6. Artigo científico extraído da internet. Disponível em: (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>), Acesso em 11/09/2018.

entendê-la inconstitucional e, o concentrado por intermédio do qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Luiz Werneck Vianna constatou que os instrumentos de revisão judicial, desde a promulgação da Constituição Federal, tiveram um forte impacto na sociedade civil e se mostraram efetivos. Verificou-se que após 1989-1990, o processo de revisão das constituições estaduais, o número de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADINs) voltou a crescer, indicando a consolidação dessa via de judicialização.¹¹⁶ Uma Justiça politizada passa a analisar as relações de meio e fim. O juiz, ao ver o mundo como um problema político, tem a obrigação de ao proferir uma decisão, avaliar os resultados que ela irá provocar.¹¹⁷ A judicialização não é uma escolha do Judiciário, mas deriva de um modelo institucional vigente. O Supremo Tribunal Federal é provocado a decidir e o faz, em regra, nos limites dos pedidos formulados.¹¹⁸

A Constituição Federal de 1988 e a relativização do princípio da separação dos poderes nos traz que o Estado Moderno, definido desde seu surgimento como uma estrutura de poder, necessitou da separação dos poderes para realizar a passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo constitucionalista. Repartiu-se a substância do Estado, apesar de indivisível a sua soberania, na medida em que se desdobrou internamente em funções complementares. A soberania se apresentou em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente.¹¹⁹ A teoria clássica da separação dos poderes foi construída com a finalidade de acabar com a estrutura mono-hierárquica do sistema político, na qual o rei estava presente em toda parte. Posição contrária à hierarquia visava separar política e direito. No que tange ao Poder Legislativo, a influência política no governo era aceitável; no Executivo, parcialmente e, no Judiciário fortemente neutralizada.¹²⁰ Charles

¹¹⁶ VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; e SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 46. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>, Acesso em 11/09/2018.

¹¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994, p. 21.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 219 p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 104. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>, Acesso em 12/09/2018.

¹¹⁹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 98.

¹²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994, p. 14.

Montesquieu assevera que “*dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo. Restam dois, portanto.*”¹²¹

A divisão dos poderes tinha em sua teoria uma forma de evitar o despotismo real, criando um sistema no qual um poder limita outro poder. A consagração, a partir das revoluções liberais, do Estado de Direito (Estado Constitucional) foi correlatamente uma consagração ao princípio da separação dos poderes. A separação dos poderes, na concepção clássica, era vista como uma garantia. A divisão garantia que se evitasse a concentração de atribuições, e conseqüentemente, um governo autocrático.

A separação, como fundamento da ordenação constitucional clássica, protegia os súditos contra o arbítrio do soberano e lhes oferecia uma visão clara das competências de cada órgão.¹²² A divisão dos poderes constituiu técnica fundamental de proteção dos direitos individuais, em especial, a liberdade. Conforme anteriormente mencionado, a Charles Montesquieu deve-se a formulação deste princípio, principal fundamento do constitucionalismo clássico e que hoje, no entanto, apesar de já ter sofrido modificações que atenuaram sua rigidez é alvo de críticas por parte do constitucionalismo moderno (mas que não nega a importância histórica).¹²³

Recentemente, o princípio da separação dos poderes deve ser encarado como um sistema de freios e contrapesos. Esses freios, em alguns casos, assinalam em determinado momento formas de equilíbrio, em outro, interferência. Boaventura Santos complementa, esse sistema foi contemplado pela Constituição Federal, no seu artigo 2º, quando dispõe que os poderes são independentes, mas, também, harmônicos entre si. Tal princípio foi relativizado em virtude das contradições e incompatibilidades que encontra o Estado, perante o aumento de suas responsabilidades sociais e da posição em que deve se colocar para proteger os direitos à liberdade, os direitos sociais e coletivos.¹²⁴ Assim, o Poder Judiciário, com a relativização desse princípio e, conseqüentemente, com o aumento de suas atribuições, passa a interferir nos demais Poderes. Ao invalidar atos dos outros dois poderes ou atuar na ausência de manifestação expressa do legislador ou administrador, quando estes deveriam tê-lo feito, defronta-se com o problema da justificação política ou legitimação democrática de seu ato. Neste contexto emergem as principais críticas ao fenômeno da judicialização.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169.

¹²² SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 122.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 32.

¹²⁴ SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. Rio de Janeiro: Cortez, 1996.

Luís Roberto Barroso afirma que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário que se move por interesse, mas se inspira em valores. O problema da legitimidade democrática do Judiciário não é necessariamente maior que a do Executivo e a do Legislativo que por vezes é afetada por abuso do poder econômico, manipulação dos meios de comunicação e etc. Para tanto, indica duas justificativas que legitimam o controle de constitucionalidade, uma de natureza normativa e outra filosófica. A justificativa normativa decorre da constatação de que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade.

A justificativa filosófica parte da compreensão do que é o Estado Constitucional de Direito, consistente na confluência das categorias constitucionalismo e democracia. Constitucionalismo significa limitação do poder, expresso no princípio da separação de poderes e na garantia dos direitos fundamentais; a democracia, de maneira superficial, quer dizer representatividade popular. Essas duas categorias geram tensões e, compete à Constituição a mediação delas, estabelecendo regras ao jogo democrático.¹²⁵

O papel do Judiciário é preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais. Caso as leis elaboradas pelos parlamentares reflitam o pensamento da maioria, este pensamento não pode justificar as decisões dos magistrados. Não podemos confundir o pensamento da maioria com a democracia que pressupõe o respeito aos direitos fundamentais, inclusive, os pertencentes à minoria. O desenvolvimento e ampliação da democracia consiste não tanto pela substituição da democracia representativa pela direta, mas, na passagem da democracia na esfera política, esfera em que o indivíduo é considerado cidadão para a democracia da esfera social. Segundo Norberto Bobbio,¹²⁶ o desenvolvimento da democracia não pode ser entendido como um novo tipo de democracia, mas sim, como pela ocupação de novos espaços.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior aduz que o discurso sobre o significado de democracia não pode ser concluído se não se atenta para o fato de que, além de forma de governo, também é entendida como o “*regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera*”. O princípio desses valores adotados

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005, p. 51. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>, Acesso em 12/09/2018.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 157.

em um regime democrático é a igualdade, introduzida pelas constituições social e econômica (ao menos em parte). Dessa maneira, tem-se a denominada democracia substancial.¹²⁷

O mesmo autor diz que para fazer valer a Constituição e realizar os valores democráticos, exige-se do Judiciário a sua desneutralização, liberando-se o juiz do estrito princípio da legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva, obrigando-o a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a realização das finalidades políticas que a Constituição prescreve, tanto quanto o Executivo e o Legislativo.¹²⁸

Luís Roberto Barroso assevera que os efeitos da judicialização demonstram que o aspecto negativo da mesma é que ela exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo e Executivo e, isso não é privilégio somente do Brasil. A adiada reforma política faz-se necessária e urgente ao país, a fim de que seja fomentada a autenticidade partidária e reaproximada a classe política da sociedade civil. Contudo, entende-se que não se pode afirmar que judicialização da política seja mais prejudicial do que benéfica, visto que não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem sem Congresso atuante e investido de credibilidade.¹²⁹

Entretanto, a desneutralização do Poder Judiciário não quer dizer que suas decisões possam ser fundamentadas com argumentos políticos. Nesse sentido, Luiz Lênio Streck afirma que a questão é como as questões judicializadas devem ser decididas. A responsabilidade política dos magistrados deve se materializar na produção das decisões de direito.¹³⁰ A presença possibilita a abertura de um espaço republicano e a construção de uma agenda cívica, permitindo ao brasileiro comum exercer de forma ativa sua cidadania.¹³¹ O mesmo autor explica que o Poder Judiciário, dessa maneira, não tem a pretensão de substituir a vontade majoritária, mas, preencher um vazio deixado pelas instituições democráticas.¹³² Luís Roberto Barroso e Luiz Lênio Streck concluem que a denominada judicialização da

¹²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994, p. 19.

¹²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994, p. 19.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2012, páginas 9-10. Artigo científico extraído da internet. Disponível em: (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>) . Acesso em 12/09/2018.

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**, páginas 3 e 5. Artigo extraído da internet. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>, Acesso em 12/09/2018.

¹³¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 258.

¹³² STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**, páginas 3 e 5. Artigo extraído da internet. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>, Acesso em 12/09/2018.

política e das relações sociais não se resume e nem é resultado do protagonismo do Judiciário, mas, produto de novas práticas de resistência e demandas igualitárias da sociedade civil.

Carlos Santiago Nino que tem posição contrária ao *judicial review*, elabora teoria a fim de tentar solucionar a tensão entre constitucionalismo e democracia e, entende que não compete ao Judiciário interferir nas decisões provenientes da vontade popular soberana, com exceção de três hipóteses. A primeira quando for o caso de fortalecer o processo democrático, posto que, o processo democrático não é fruto de uma atividade espontânea, mas, da produção de regras. Assim, caberia ao Poder Judiciário revisar os casos em que as regras do processo democrático não estivessem sendo fielmente cumpridas.¹³³

A segunda hipótese que autorizaria o Judiciário interferir na vontade da maioria, se refere aos casos em que tal vontade provocasse uma invasão na autonomia do indivíduo. Explica o autor que os magistrados não têm razão para subordinar seus julgamentos morais a um “direito dito democrático”, o qual é baseado em ideias pessoais de virtude ou excelência.¹³⁴ A terceira exceção relaciona-se à proteção da Constituição como prática social. Afirma que ao Poder Judiciário seria permitido anular uma norma democrática, quando tal anulação ocorresse em benefício do cumprimento fiel dos ideais constitucionais de direito e poder.¹³⁵

A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, o qual se encontra diante do paradoxo de uma Constituição abastada de direitos e práticas jurídico-judiciária que, reiteradamente, não concedem a aplicação dos mesmos. O pensamento jurídico-dogmático dominante, positivista e privatista, entende que a Constituição é apenas um marco no ordenamento e que os direitos fundamentais se resumem a direitos subjetivos de liberdade voltados à defesa da ingerência indevida do Estado. Luiz Lênio Streck afirma que o “*Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social.*”¹³⁶

A partir do advento do Estado Social, em razão do forte poder intervencionista estatal, o foco passou a ser o Poder Executivo no Estado Democrático de Direito, a

¹³³ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996, p. 199.

¹³⁴ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996, p. 203.

¹³⁵ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996, p. 206.

¹³⁶ STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**, páginas 3 e 5. Artigo extraído da internet. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 12/09/2018.

possibilidade da inércia do Executivo e do Legislativo ser suprida pelo Judiciário quando ferisse a Constituição. Desta maneira, verifica-se que as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, por comportarem mais de uma solução possível e razoável, ampliam o dever de fundamentação, pelo fato de não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da Separação dos Poderes, quando ao Judiciário reserva-se apenas a função de aplicar a norma abstrata editada pelo Legislativo no caso concreto.

Assim, para garantir a legitimidade e racionalidade, o juiz, no momento de sua interpretação, precisa se socorrer à argumentação, devendo para tanto reconduzir sua interpretação sempre ao sistema jurídico, uma norma legal ou constitucional que lhe sirva de fundamento, pois a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis (decisões judiciais não devem ser casuísticas); levar em consideração as consequências que sua decisão acarretará à realidade. A interpretação constitucional configura, portanto, uma interpretação concretizadora construtiva, porque visa integrar o sistema, auxiliar o intérprete e resolver determinado problema, haja vista envolver a atribuição de significado aos textos constitucionais, ultrapassando sua dicção expressa. Nesse sentido, deve o intérprete buscar sempre a solução que produza o melhor resultado para a sociedade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após análise específica, nos traz o entendimento predominante desse Tribunal estar calcado na possibilidade do Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da Separação dos Poderes. Recente posicionamento, a decisão do Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9 de 2004 dispõe:

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59, § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º. A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004. (NR).'" (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23 v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame,

qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade políticojurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina

a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) 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, 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. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios

constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174- 175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. **(STF, ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).**

Posteriormente a essa decisão, a posição do STF quanto ao controle de constitucionalidade das políticas públicas, inclusive nos casos de omissão, foi cada vez mais ganhando corpo. Atualmente, a jurisprudência desse Tribunal, neste sentido, é uníssona, com fundamento principalmente na indisponibilidade dos direitos fundamentais. Muitas decisões

vão além, incluindo a ingerência do Judiciário mesmo em relação àqueles direitos individuais e/ou coletivos revestidos de conteúdo programático. Entretanto, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e, nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer com tal comportamento a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹³⁷ No mesmo sentido, consoante proclamado pela Suprema Corte, o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS 'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO. DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações

¹³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 1987, Almedina, Coimbra, item n. 05, p. 207.

meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.”

(STF. 2ª T. ARE nº 639337 AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011).

Conforme afirmado na decisão agravada, esse entendimento não se harmoniza com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual assentou que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes. Recentes julgados nesse sentido conferem este posicionamento. Senão vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” **(RE 628.159-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25.6.2013).**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido

reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642.536-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.2.2013).

Ante o exposto nos julgados supracitados, o STF passou a assumir uma posição ativa no que pertine à tutela e efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 ao prolatar decisões de caráter político. Boaventura Santos afirma que a distribuição a todos os Poderes das responsabilidades promocionais do Estado, no caso brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988, fez emergir a necessidade do Poder Judiciário confrontar com a gestão de responsabilidade política.¹³⁸ Isso nos mostra que a legitimidade processual/formal que fundamentava a atuação dos tribunais encontrou-se em crise quando a justiça social, sob a forma de direitos constitucionais, se confrontou no âmbito judiciário com a igualdade formal.

A consolidação constitucional dos direitos sociais tornou mais complexa e de cunho, também político, a questão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que, suas decisões devem analisar os efeitos extrajudiciais de sua atuação, deixando de ser um Poder exclusivamente de alcance retrospectivo para ter também uma dimensão prospectiva.¹³⁹

Desta forma, existe a possibilidade do controle pelo Judiciário da implementação das políticas públicas nos termos das considerações tecidas a seguir. As políticas públicas têm assumido uma perspectiva marginal e assistencialista, desvinculada das questões macroeconômicas, servindo predominantemente, para administrar a pobreza e os prejuízos ambientais. Desse modo, o Judiciário pode realizar o controle de políticas públicas, a fim de fazer cumprir os fins definidos na Constituição para determinar medidas ao Executivo ou inibir suas ações. Portanto, tal controle não alcança apenas as finalidades de uma política pública, assim como, os meios utilizados para se atingir essas finalidades.

¹³⁸ SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. Rio de Janeiro: Cortez, 1996, p. 6.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. Rio de Janeiro: Cortez, 1996, p. 6.

A adoção de uma forma de Estado que deve assegurar a concretização de direitos sociais, altera a função do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal afirma que não compete a ele definir políticas públicas e estabelecer prioridades, haja vista que, já existe tais disposições na Constituição Federal brasileira. Compete ao Judiciário somente verificar se o exercício discricionário do poder de legislar e administrar conduz à concretização dos resultados estipulados na Carta Magna.

Ocorre que, essas intervenções do Poder Judiciário não violam o princípio da separação dos poderes, posto que, este foi ressignificado pelo novo constitucionalismo, na medida em que deixou de ser forma e passou a ser substância. Ressalta-se que, o Judiciário não pode exercer as funções do Poder Executivo ou Legislativo; no entanto, a legitimidade do Estado passa a ter como fundamento a soberania popular representada por estes poderes, bem como, o papel de realizar as finalidades coletivas que passam a ser previstas nas Constituições dos Estados. Por conseguinte, a atividade política agora exercida pelo Legislativo e Executivo deve se compatibilizar com a Constituição, o que então, confere ao Poder Judiciário analisar sua atuação irregular ou omissão, sob a perspectiva do atendimento aos fins estatais. A partir deste momento, surge a necessidade de ações e providências por parte dos órgãos e mecanismos instituídos pelo Poder Judiciário, conforme veremos a seguir.

5.2 Juizados Especiais como Órgão para o Acesso à Justiça

Os Juizados Especiais assumem relevante papel enquanto órgão responsável pelo acesso à justiça, sobretudo pelo momento de caos da ineficiência do sistema brasileiro, uma vez que existem poucos magistrados e funcionários em razão inversamente proporcional à quantidade de demandas, além de outros fatores somados que tornam a prestação jurisdicional lenta e, por consequência lógica, não consegue atender toda a sociedade que pretende solução célere e justa de sua lide.

Destaca-se os aspectos que obstem o desempenho do Poder Judiciário, quais sejam, inadequação na estrutura da solução dos conflitos; tratamento legislativo insuficiente no plano material e processual dos conflitos de interesses coletivos ou difusos que não dispõem de tutela jurisdicional específica; bem como o tratamento inadequado das causas de baixo valor econômico, as quais atualmente contam com a falta de aptidão a uma solução menos custosa e mais célere nessas espécies de demanda.

O objetivo precípua do sistema jurídico é a efetivação da capacidade de atrair para si a resolução dos conflitos, com o escopo de refletir credibilidade à população em prestar uma decisão legítima ao processo, bem como fazer com que as partes envolvidas nele participem diretamente ao expor seus argumentos, exercer o direito do contraditório e da ampla defesa, apresentar provas necessárias e pertinentes à elucidação dos fatos juridicamente relevantes, sob pena de violação à ordem constitucional.

A criação e implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil têm como finalidade tornar mais célere e melhorar a distribuição dos processos na justiça comum. Este sistema facilita ao cidadão comum o acesso à justiça, removendo vários obstáculos, entre eles o alto custo da demanda, a lentidão e possibilidade ou inviabilidade ou inutilidade do ingresso em juízo. Tal surgimento se dá no início da década de 80, denominado como Juizados de Pequenas Causas e traz relato de duas fontes distintas, quais sejam, a experiência de Tribunal estadual com o Conselho de Conciliação e Arbitragem e, iniciativa do Ministério da desburocratização do órgão do governo federal.

Em 1979, o Ministério da Desburocratização, coordenado pelo Ministro Hélio Beltrão e João Geraldo Piquet Carneiro tinha como Programa Nacional de Desburocratização, criado pelo governo federal o projeto de realizar reforma administrativa e descentralização das atividades do governo, a melhoria do desempenho estatal por meio da simplicidade, ênfase nos resultados, economia de tempo e dinheiro na tomada das decisões. Tal Programa Nacional de Desburocratização atingia as funções administrativas desempenhadas pelo Poder Executivo, suas autarquias e fundações, cuja meta consistia em identificar as falhas que o governo apresentava como prestador de serviços. O Ministério da Desburocratização se colocou à disposição da população para receber reclamações sobre os serviços prestados pelo Poder Judiciário quando fossem deficientes, morosos, o processo tivesse elevado custo e não atendessem à legislação que os regulamentavam.

No Brasil, o sistema atual foi criado e teve seu funcionamento regulamentado a princípio, pela Lei 7.244 de 07 de novembro de 1984, a qual foi o marco legislativo inaugural de um movimento que objetivava revisar os antigos conceitos de direito processual e alterar a estrutura dos hábitos antigos que eram incompatíveis com a moderna concepção de jurisdição democrática.

A lei supracitada mesclou dois regimes tradicionais de resolução dos conflitos, um pela conjugação dos mecanismos extrajudiciais de composição (conciliação e arbitragem) e outro pela solução judicial (prestação jurisdicional específica).

A competência dos Juizados de Pequenas Causas foi definida enquanto ações de reduzido valor econômico e as que versavam sobre direitos patrimoniais, de modo que, no ajuizamento da ação, as causas não poderiam exceder o montante de vinte vezes o salário mínimo em vigência no país, tendo por objeto a condenação em dinheiro, entrega de coisa certa móvel ou o cumprimento da obrigação de fazer a cargo do fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo, ou ainda, a desconstituição e declaração de nulidade de contrato referente a coisas móveis e semoventes. No entanto, ficaram excluídas as causas de natureza falimentar, alimentar, fiscal de interesse da Fazenda Pública, as referentes a acidente de trabalho e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que versassem sobre natureza patrimonial dos sujeitos.

Ainda, foi definido que não teriam legitimidade para agir como parte sem a respectiva representação o incapaz, preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. Apenas passou a ser admitido no polo passivo da demanda, as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

A título de segunda instância foram criadas as chamadas Turmas Recursais compostas por três juízes de primeiro grau que tinham competência para conhecer, na esfera dos juizados, os recursos da sentença, excetuada a homologatória de transação ou de laudo arbitral. O prazo para interposição do recurso foi fixado no período de dez dias, efetivando-se o preparo, independentemente da intimação das partes nas quarenta e oito horas seguintes à interposição. O recurso somente seria recebido em seu efeito devolutivo, podendo ser atribuído efeito suspensivo pelo magistrado, nas hipóteses em que fossem necessárias para evitar dano irreparável à parte.

A Lei 7.244 de 1984 foi editada para a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, não implicando o confinamento de todas as suas normas entre as *leges especiales*. Desta forma, tal lei previa normas de pacificação imediata, portadora de amplitude maior, válidas para todo o processo civil. Também, dispunha sobre o ônus da parte comunicar a mudança de endereço, bem como possibilitava a condução imediata de testemunha, ampliava os meios de prova, facultava o acréscimo do efeito suspensivo em caso de recurso pelo próprio juiz de primeiro grau, antecipando-se ao tribunal recursal e definia o prazo de trinta dias para a sucessão da parte falida na relação processual.

A Carta Magna de 1988 inovou ao legislar sobre os Juizados, conferindo-lhe foro constitucional a esse tipo de jurisdição especial que antes era regulada apenas por lei ordinária federal. Essa gerava discussões sobre sua constitucionalidade, amplia o conceito de

pequenas causas que até àquela data detinha critério unicamente valorativo de conteúdo econômico e dispunha somente sobre causas cíveis de menor complexidade, passando a ter a definição de competência um critério qualitativo material fundado na natureza da lide. Anteriormente, era facultada a criação destas instituições e, a partir desta Constituição, tornou-se obrigatória a implantação destes órgãos nos Estados, os quais possuem competência concorrente para legislar sobre sua criação, funcionamento e normas processuais.

O inciso I do artigo 98 da Carta Constitucional dispõe que a União, o Distrito Federal, Territórios e os Estados criarão Juizados Especiais providos por juízes togados ou leigos e togados, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, julgar infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumaríssimo, permitido nas hipóteses previstas em lei, bem como admite a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Kazuo Watanabe¹⁴⁰ defende a facilitação ao acesso à justiça e objetiva canalizar para o judiciário os conflitos de pequena expressão econômica, evitando a litigiosidade contida; repensar e reativar as múltiplas alternativas para a solução das lides por meio do conciliador que passa a desempenhar um papel fundamental no auxílio à justiça conduz as partes a finalizarem o litígio por intermédio de composição amigável; convocar a população para auxiliar o Estado na administração da Justiça; reformular o serviço de assistência judiciária e; estabelecer o equilíbrio entre seus princípios processuais norteadores.

José Murilo de Carvalho relata que um dos esforços em nosso país para tornar a justiça acessível à população carente foi a criação dos Juizados e, diante da inserção da justiça nos bairros da periferia das grandes cidades, poderia ter um efeito revolucionário, porque pela primeira vez, os indivíduos economicamente desprovidos de recursos materiais teriam acesso efetivo à justiça e o direito à proteção. O Juizado é visto pela população como a justiça dos “pobres”, mas a realidade não é esta, uma vez que ele é um conjunto de ideias que constitui resposta adequada e moderna às exigências contidas nos princípios constitucionais do processo (processo acessível, aberto, gratuito em primeiro grau de jurisdição, ágil, simples, concentrado, permeável a um grau elevado de participação das partes e do juiz). No entanto, a justiça se depara com as crescentes demandas de uma parte da sociedade que pode ser designada “submersa”, a qual até aquele momento não possuía qualquer tipo de representação na sociedade. Neste contexto, surgiram os Juizados na tentativa de aproximar a lei da

¹⁴⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, São Paulo, Edição RT, 1987. Disponível em: (<http://jus.com.br/artigos/3350/consideracoes-sobre-atutela-jurisprudencial-diferenciada#ixzz3KNwevGFz>). Acesso em 12/09/2018.

sociedade, ampliando o acesso à justiça que legitima o Poder Judiciário como “guardião” dos direitos individuais e coletivos assegurados pela Constituição.¹⁴¹

Luiz Melíbio Machado¹⁴² define o papel dos Juizados Especiais e do magistrado como o juiz das pessoas, do ser humano, dos sujeitos que irão com ele manter diálogo. Dessa maneira, a Justiça se abre para o povo, aos mais carentes que até o momento não estavam incluídos socialmente no sistema.

O primeiro Juizado de Pequenas Causas passou a funcionar em 1987, no Estado do Rio de Janeiro e, a partir de 1994 tal sistema cresceu e ocupou maior espaço. O processo de constitucionalização se completou com a edição da Lei n. 9.099 de 26 de novembro de 1995, a qual disciplina o processo e procedimento dos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Essa lei ora vigente substitui a expressão “pequenas causas” por “causas de menor complexidade”; estende as causas até o valor com teto de quarenta salários mínimos; preconiza a possibilidade de execução sem processo de conhecimento, de título executivo extrajudicial até o valor permitido; torna obrigatória a presença de advogado nas causas com valor entre vinte e quarenta salários mínimos; define a atuação do juiz na área criminal, no tratamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas essas as contravenções e os crimes com pena de até um ano e; amplia a competência dos Juizados para a execução de suas próprias decisões. A referida Lei regulamenta um novo procedimento, de rito diferenciado, denominado sumaríssimo.

Os Juizados foram criados para atender a população carente que não pode arcar com as despesas de sucumbência, então, para resolver tal questão a lei previu a participação dos representantes da assistência judiciária e do Ministério Público em parte das causas que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A finalidade é garantir a igualdade de condições entre aquele que dispõe de recursos materiais para defender seus interesses e aquele que não dispõe da mesma assistência em condições de igualdade. A assistência judiciária consiste na organização estatal ou paraestatal que tem por fim, ao lado das despesas processuais, a indicação de um advogado para os necessitados. Desse modo, nos Juizados a nomeação do advogado a qualquer das partes dar-se-á mediante requerimento da pessoa física ou jurídica interessada, independentemente de sua condição econômica, financeira. Ainda, a

¹⁴¹ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil**. México, Fundo de Cultura Econômica, 1993, p. 220-221.

¹⁴² MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **Princípios políticos dos juizados especiais**. In: **Ajuris**. Porto Alegre, jul.1996. p. 201-212.

Constituição Federal de 1988 inclui a Defensoria Pública enquanto instituição que desenvolve os serviços da assistência judiciária entre as funções essenciais da justiça.

Ressalta-se que o legislador não se limitou à criação de um novo tipo de procedimento simplificado, mas trouxe ainda um conjunto de inovações, desde os aspectos filosóficos e estratégicos no tratamento dos conflitos a serem discutidos pelas partes até as técnicas de abreviação e simplificação procedimental. Nos juizados existem algumas regras que devem ser seguidas, quais sejam, o pedido deve ser formulado de maneira simples e em linguagem acessível; não será decretada nulidade sem evidência de prejuízo às partes; a citação realizada por oficial de justiça independe de mandado, mesmo nos casos de cumprimento em outra comarca, sendo prevista a dispensa da expedição de carta precatória; as intimações podem ser realizadas por qualquer meio idôneo tais como o diário oficial da justiça e por meio eletrônico.

As provas podem ser produzidas em audiência, dispensado prévio requerimento para tanto; está previsto o comparecimento das testemunhas independentemente de intimação; a sentença deve ser concisa; no julgamento das turmas recursais pode constar apenas a ata com informações do processo, fundamentação resumida e a parte dispositiva, servindo como acórdão a súmula do julgamento, caso em que a sentença será confirmada pelos mesmos fundamentos utilizados no juízo de primeiro grau; início da fase executiva nos casos de sentença condenatória postulada de maneira oral e sem citação; a alienação de bens penhorados pode ser concedida à pessoa idônea; não obrigatoriedade de publicação de editais na alienação de coisas de pequeno valor e outras.

A Lei 7.244 de 1984 conceituava menor complexidade as situações previstas no artigo 3º da Lei 9.099 de 1995, as quais não exigiam prova técnica de intensa investigação nas causas de valor não superior a quarenta vezes o salário mínimo; as elencadas no artigo 275, inciso II do Código de Processo Civil, independentemente do valor; ação de despejo para uso próprio e; ações possessórias referentes a bens imóveis, cujo valor não seja superior ao supramencionado.

A parte que ajuizar ação, cujo valor seja maior que quarenta salários mínimos, ou, no caso estar desacompanhada de advogado e o montante for superior a vinte salários mínimos, poderá renunciar ao valor excedente para se valer da jurisdição dos Juizados Especiais. No entanto, tal renúncia implicará na abdicação definitiva do próprio direito. Atualmente, em razão da extensão de suas consequências, no âmbito do processo comum, a renúncia requer homologação judicial para ser validada.

A competência territorial dos Juizados Especiais é definida com base nos seguintes critérios, quais sejam, o domicílio do réu ou se o autor decidir pode ser o local onde exerça as atividades profissionais, econômicas, mantém estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; o lugar onde a obrigação deve ser satisfeita; o domicílio do autor ou o local do ato ou fato para ajuizar a respectiva ação judicial, a fim de que tal pleito seja válido nas ações de reparação de dano de qualquer natureza. Também, foram enumerados critérios negativos para retirar da competência dos Juizados as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e referentes a interesses que envolvem a Fazenda Pública, acidentes de trabalho, ao estado e à capacidade das pessoas, restou defeso integrar a relação processual o indivíduo incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas da União e a massa falida do insolvente civil nos termos do artigo oitavo do referido diploma legal.

Apenas serão admitidas para ingressar com ações perante o Juizado Especial as pessoas físicas capazes e as microempresas, restando excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas, os quais poderão somente figurar no polo passivo da lide. No que pertine às microempresas, em 1999, a partir da Lei n. 9.841 foi estendida à competência dos Juizados Especiais, permitindo a estas empresas encaminhar suas reclamações. Um assunto relevante que merece atenção consiste no tratamento diferenciado que o legislador prevê para as denominadas pessoas formais como o espólio e o condomínio, sendo o primeiro uma entidade de caráter efêmero, formado por pessoa física ou jurídica que goza de personalidade jurídica de direito processual, possui a capacidade de ser parte e pode apenas administrar os direitos e as obrigações dos herdeiros; em relação ao condomínio, possui a capacidade de ser parte, tem como função administrar apenas os interesses comuns dos condôminos, possui como representante o síndico ou o administrador, podendo este comparecer perante o Juizado. O artigo 275, inciso II, alínea “b” do *Codex* dispõe que a ação de cobrança das taxas condominiais pode ser ajuizada independentemente do valor da causa.

No âmbito do Juizado Especial Cível, o processo tem seu início com a procura do cidadão que após ingressar com o pedido, tem designada audiência de conciliação, a qual é conduzida por conciliador e, caso as partes cheguem a um entendimento, o processo é encerrado, por intermédio da homologação judicial do respectivo acordo firmado entre os envolvidos. Na hipótese de não ocorrer a celebração de compromisso entre os sujeitos, será disponibilizada nova data para a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que o juiz tentará outra conciliação e, se possível, coletará todas as provas, ouvirá as testemunhas e decidirá a contenda. Ato contínuo, a parte vencida pode interpor recurso, o qual será apreciado e julgado pela Turma Recursal composta por três juízes de primeiro grau.

Destaca-se que o sistema criado não resolve o problema da justiça, mas consoante a exposição de motivos da lei que regulamentou os Juizados, o objetivo a ser alcançado é democratizar o acesso à justiça, resolver os conflitos cotidianos que afetam o cidadão de maneira mais ágil e em razoável espaço de tempo, de forma simples e econômica. A questão da democratização do acesso à justiça, em relação ao órgão em comento, surge a partir da ideia de modernização dos serviços públicos em geral e, esta linha que orientou a sua criação e organizou o respectivo processo de institucionalização, ainda em andamento. O argumento em favor deste órgão de cooperação consiste no fato dos Juizados Especiais serem constituídos como mais um canal de acesso à democratização da justiça. Corrobora com o entendimento ora exposto as seguintes considerações:

O acesso à Justiça é uma preocupação constante no regime democrático. Portanto, mecanismos de facilitação desse acesso devem ser disponibilizados sob pena de negar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Foi justamente dentro da preocupação com a disponibilização de mecanismos de facilitação do acesso à justiça, que surgiu a promissora ideia de criação e implantação dos Juizados de Pequenas Causas e posteriormente dos Juizados Especiais Cíveis. Colocados efetivamente em prática com o advento da Lei 9.099/95, os Juizados Especiais Cíveis demonstram a preocupação do legislador em estender o acesso à justiça a todos, especialmente a classe menos favorecida e reduzir a morosidade processual, revertendo o descrédito na Justiça. Trata-se de uma tutela diferenciada, de rito abreviado, criada com o intuito de superar ou de pelo menos atenuar a distância entre o povo e o Judiciário e os obstáculos opostos ao pleno e igual acesso de todos à justiça, segundo o preconizado pela Constituição Federal de 1988.¹⁴³

Os princípios processuais norteadores do sistema que dirigem o microssistema processual são o da simplicidade, celeridade, economia e ampliação dos poderes do magistrado, podendo este conduzir o processo com ampla liberdade, a fim de determinar a produção de provas, desconsiderar os efeitos da revelia, atribuir especial valor às regras de experiência comum, solucionar cada caso da maneira que reputar mais justa e equânime, deixando de ser apenas um espectador na condução do processo. Este operador do direito passa a ter consciência que é um prestador de serviços e deve passar a se preocupar em solucionar o litígio, haja vista que atualmente, pode utilizar-se de instrumentos que a técnica lhe disponibiliza, bem como se valer o quanto possível da aplicação dos princípios anteriormente mencionados.

¹⁴³ ROSSI, Dieyne Morize. **O juizado Especial Cível como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça**, 2007, p. 187. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>>, Acesso em 12/09/2018.

Os postulados celeridade e efetividade processual, o dever do magistrado decidir o caso da maneira mais justa e breve possível demonstram que o desafio enfrentado pelo órgão julgador consiste na ampliação da cognição dos conflitos de modo a intensificar qualitativamente o exercício da jurisdição, cuja meta é afastar a concepção liberal de verdade formal e a qualidade de justiça a ela correlacionada. Superada esta etapa e solucionado tal obstáculo, compete ao órgão jurisdicional ampliar a área de conhecimento do litígio; realizar a atividade de maneira positiva, desempenhando ativamente sua função, sem prejuízo da imparcialidade, observar o contraditório e fundamentar as decisões tomadas.

Consoante Rudolf Hutter, a fim de que o magistrado produza uma decisão justa, entende necessário conjugar as condições a seguir expostas.

O processo deve ser estabelecido de forma a permitir uma rápida obtenção da decisão e da atividade produtiva do órgão julgador centrada na imparcialidade e na ética. O objetivo comum de ambos os fatores referidos na fórmula acima há de ser, no caso *sub judice*, a materialização da justiça concreta, substancial.¹⁴⁴

José Roberto dos Santos Bedaque por outro lado, relata:

não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde a realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso a atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a verdadeira paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam esse resultado. Por isso torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos.¹⁴⁵

Oswaldo Agripino de Castro Júnior, citado por Pedro Manoel Abreu,¹⁴⁶ afirma que os juizados foram transformados na via principal para o efetivo acesso à justiça dos cidadãos brasileiros, uma vez que houve um aumento significativo na demanda por resolução de conflitos, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, pois é no âmbito das relações de consumo que se situa grande parcela das violações dos direitos do cidadão.

Passemos ao assunto referente aos princípios processuais que regem os juizados, a começar pelo postulado da oralidade, por intermédio do qual o magistrado ao praticar atos instrutórios e decisórios, se valerá de vocábulo simples e acessível, adaptando-o ao grau de jurisdição e formação cultural das partes para viabilizar a compreensão dos termos

¹⁴⁴ HUTTER, Rudolf. **Os princípios processuais no Juizado Especial Cível**. São Paulo: Iglu, 2004, p. 76.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 100-101.

¹⁴⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais – O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 513.

utilizados, sob pena de cercear o direito à ampla defesa e ao contraditório caso não atendida tal diretriz.

Este princípio incumbe ao juiz colher diretamente a prova que, em conjunto com outros valores integrativos como a imediação, concentração dos atos processuais, irrecurribilidade das interlocutórias e, por fim, identidade física do juiz permitem que a oralidade produza a concentração do procedimento, fazendo com que seja reduzido o processo a uma única audiência ou que outra seja marcada em curto espaço de tempo.

A imediação consiste no contato direto do juiz, sem intermediações, com as alegações feitas e provas produzidas; a identidade física do magistrado, por sua vez, vincula o julgador à solução do problema em decorrência da oralidade e imediatividade, pelo fato de ter colhido prévia e diretamente a prova. Ainda, o princípio da oralidade significa a predominância da palavra oral nas declarações prestadas pelas partes diante dos juízes e tribunais. A título de ilustração temos alguns exemplos como a possibilidade de ser formulado o pedido inicial oralmente perante o Juizado; a constituição de mandato verbal ao advogado; decisão de plano de todas as questões processuais que obstem o procedimento da audiência, rementendo-a para sentença; opção de formular a contestação oralmente; oposição de embargos declaratórios, apesar do recurso ter que ser apresentado por escrito e; solicitação verbal do início do processo da execução de sentença.

Resta patente a necessidade de ser concretizado o princípio da efetividade da jurisdição e o julgamento da demanda em prazo razoável, sem que haja dilações indevidas ou a prática de atos protelatórios. O direito fundamental à efetividade do processo, denominado como direito de acesso à justiça ou à ordem jurídica justa compreende o direito de provocar a atuação estatal e obter em prazo adequado uma decisão justa potencialmente eficaz no plano factual.

O princípio da efetividade tem como finalidade reconstituir o patrimônio do litigante lesado em razão do descumprimento de determinada ordem jurídica. Nesses casos a função do Estado é retornar as coisas ao *status quo ante* por intermédio dos meios de sub-rogação, capazes de conceder à parte a mesma utilidade que obteria pelo seu cumprimento espontâneo. Em suma, a efetividade consiste em atingir os fins para os quais o processo foi instituído. Destaca-se que conjuntamente à efetividade, temos a celeridade definida pela lei como outra diretriz verificada nas situações seguintes: a instauração imediata da conciliação quando as partes comparecem ao Juizado; a impossibilidade de realizar-se citação por edital; a prolação imediata da sentença nos casos de ausência da parte requerida; a concentração dos atos processuais em audiência una; a possibilidade de inspeção pessoal no decurso da

audiência; resolução da lide por meio mais rápido e eficaz, dispensando-se a alienação judicial.

Outro princípio a ser abordado é o da economia processual, segundo o qual o julgador deve conduzir o processo conferindo às partes o melhor resultado com o mínimo de esforço processual. A legislação consagra tal diretriz dispor sobre a validade dos atos processuais toda vez que preencherem as finalidades para as quais foram realizados; a cumulação de pedidos conexos; análise conjunta na mesma decisão dos pedidos contrapostos; dispensa de reconvenção nas ações dúplices, não sendo necessário a apresentação do relatório na sentença e intimação da decisão condenatória na mesma audiência em que foi prolatada; dispensa de alienação judicial dos bens penhorados na fase executória por quantia certa e; imediata extinção do feito da execução em caso de não existir bens do devedor disponíveis ao ato construtivo.

O postulado da simplicidade permeia também os atos processuais dos Juizados, com o escopo de facilitar o ingresso daquele que tenha uma pretensão a formular ao Estado-juiz, atribuindo-se especial destaque à instrumentalidade das formas que dispõe os atos e termos processuais independerem de forma determinada, exceto quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que realizados de outro modo lhe preencham a finalidade essencial. Ainda, quando a lei prescrever determinada forma o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Em seguida temos o princípio da informalidade, o qual prevê que na hipótese de ambas as partes estarem diante de um juiz, o pedido pode ser adequado em audiência sem a necessidade de nova citação, prosseguindo o feito até final do julgamento. Também, as testemunhas não arroladas na inicial, mas trazidas sem intimação podem ser ouvidas pelo juiz, desde que se garanta à parte contrária o devido contraditório. A informalidade possibilita que determinados atos processuais sejam praticados com agilidade ao longo do processo.

Diante do exposto, atenta-se à necessidade das leis processuais serem compreendidas, interpretadas e aplicadas de acordo com os princípios constitucionais, os quais devem ser utilizados para efetivar a função concretizadora do respectivo direito, levando-se em conta a necessidade da relativização dos princípios processuais para que possam alcançar sua finalidade precípua de serem eficazes na obtenção de uma justiça rápida e eficiente.

Passemos à outra questão relevante em relação ao tema, qual seja, a conciliação e o sistema virtual nos termos seguintes. A palavra conciliação é derivada do latim *conciliatio, conciliare* (atrair, harmonizar, juntar) e entende-se como o ato pelo qual as partes

colocam um fim à problemática por meio de uma composição amigável, segundo a qual sempre prevalecerá a vontade dos sujeitos envolvidos na situação. A conciliação consiste no processo por intermédio do qual o conciliador (terceira pessoa imparcial) tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição. No entanto, o objetivo é que os litigantes se entendam, renunciem à parte do seu direito, quer seja submetendo-se ao de outrem ou transigindo conforme previstos pela Lei Civil. Este meio de resolução dos conflitos foi criado na antiguidade e, com o decurso do tempo, foram aprimorados seus métodos e técnicas.

Luiz Fernando Tomasi Keppen nos traz que a conciliação

surgiu com a própria civilização organizada, tendo vigorado na antiguidade entre os sumérios, os gregos e posteriormente os romanos. Os Forais Portugueses a previam de modo expresso, após vindo as Ordenações que sempre trataram do tema com relevada atenção. Já o Código de Processo Criminal do Império Administração da Justiça civil (Lei de 29 de novembro de 1832), em seu Título Único, expressa apego a conciliação, ao estabelecer a possibilidade de se recorrer ao Juiz de Paz para a solução do litúgio.

No Regulamento 737, de 1850, a tentativa de conciliação novamente aparece e é exigida antes da propositura da causa em procedimento contencioso. Mesmo após a proclamação da República o Regulamento manteve seu prestígio sendo recepcionado inclusive pela Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, e alguns estados o mantiveram até a entrada em vigor do código de processo Civil e, 1939, Lei Nacional, que não recepcionou o instituto da conciliação.¹⁴⁷

No Brasil, a prática da conciliação foi reformulada a partir das alterações introduzidas pelas Leis nº 8.951 e 8.952 de 1994, entre as quais temos a previsão de tentativa de conciliação ampliada, possibilitando ao magistrado, a qualquer momento, exercitar o seu poder-dever de designá-la, mesmo nas causas não sujeitas à audiência, as quais ensejam o julgamento antecipado da lide ou no momento que precede o início da instrução, a fim de solucionar o conflito existente.

Na justiça comum o juiz de direito busca conciliar as partes no início da audiência e, a partir da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a prática do exercício da conciliação passou a ser expandida enquanto técnica de composição entre as partes para solucionar eventuais contendas. A tentativa de conciliação nos termos dispostos do artigo 22 da lei nº 9.099 de 1995 é conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. A primeira audiência realizada no Juizado será a de conciliação e cada

¹⁴⁷ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. **Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica**. São Paulo: Revista de Processo, 1997, páginas 112-120.

unidade possuirá seu quadro próprio de conciliadores.¹⁴⁸ Caso as partes não transijam nesta ocasião, será marcada na data mais próxima, a audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que o juiz de direito tentará novamente que os envolvidos cheguem a um entendimento. Na hipótese de não obterem êxito os litigantes poderão apresentar defesa, provas documentais e testemunhas.

A conciliação consiste em oportunidade na qual se verifica a participação ativa do terceiro (conciliador) que apesar de manter uma postura imparcial, fornece subsídios e propostas à solução dos litígios mediante concessões recíprocas das partes. Ainda, nos Juizados Especiais o conciliador exerce papel relevante, posto que, o contato direto com as partes, em momento anterior com o juiz, propicia-lhe aferir se o autor que pode ajuizar ação sem advogado, encontra-se em condições de negociar com o réu, pessoa física ou jurídica titular de firma individual. Nesta fase o conciliador tem o dever de verificar se há situação de desigualdade em razão da falta de assessoria técnica do autor, não permitindo que seja descumprido o princípio do equilíbrio das partes no processo e, principalmente, o postulado do respeito ao devido processo legal. Caso perceba que existe desequilíbrio entre os envolvidos, deve imediatamente providenciar a presença de defensor público ou advogado dativo para assistir o autor e, na ausência destes, imediatamente comunicará o fato ao magistrado que tomará as providências cabíveis. No entanto, celebrado o acordo compete ao conciliador reduzi-lo a termo, tomar a assinatura das partes e, em seguida, encaminhar o documento ao juiz para homologação. Neste momento o documento acima citado terá força de título executivo judicial.

Walter Ceneviva enumera alguns critérios para classificar a conciliação no processo civil brasileiro

Tendo em vista a intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, a iniciativa é das partes, que o juiz recebe para homologar. Na obrigatória, o juiz tem a obrigação de propor, havendo nulidade do processo se a providência não for implementada. Considerando o momento da ocorrência, destacam-se a conciliação preventiva, que é a verificada antes da lide, com renúncia à demanda e a conciliação celebrada depois de instaurada a lide, pois é este o efeito da sentença que a homologa. No que concerne à natureza, pode ser judiciária ou jurisdicionalista, quando se verifica no curso do exercício da jurisdição, ou administrativa, quando atuada pelo juiz, é por ele efetivada no exercício de

¹⁴⁸ Artigo 22 da lei 9.099 de 1995. “A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo”.

função administrativa, disciplinadora de interesses privados, a fim de manter sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e a formar sua segurança.”¹⁴⁹

A audiência de conciliação é importante para que o conflito seja solucionado com rapidez, agilize o trâmite processual e desafogue o Poder Judiciário. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça dirigido na época pela Ministra Ellen Gracie Nothfleet, criou o dia nacional da conciliação no ano de 2006, por meio do Movimento Nacional pela Conciliação. Tal medida teve êxito e possui Órgãos do Poder Judiciário brasileiro envolvidos nesta causa como Juízes, Conciliadores, Defensores, membros do Ministério Público, funcionários em geral e voluntários. O resultado sobre o número de acordos é bastante elevado, cooperando, portanto, com a redução do volume de processos ativos. Desta maneira, a finalidade de tornar o processo célere e fazer com que Judiciário diminua a quantidade de demandas é atingida e confirma o entendimento dos gestores públicos que a conciliação é uma das formas positivas de solução dos conflitos.

As dificuldades encontradas pela população para que possa ter um efetivo acesso à justiça são muitas, ou seja, em linhas gerais a fruição plena dos direitos formalmente consagrados, em especial, os constantes no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Todavia, houve a necessidade de criar e implantar os Juizados Especiais, de modo a facilitar o acesso à justiça, com celeridade no que tange aos processos, cujo valor da causa é menor. As necessidades que surgiram ao longo do tempo em relação à melhoria dos meios de acesso à justiça e verificado que atualmente precisamos de reformas dos procedimentos, modificações nas estruturas, criação de novos Tribunais e Juizados Especiais, inserção de maior número de magistrados e defensores públicos, mudanças na legislação, objetivando solucionar brevemente os litígios e, assim, desobstruir o Judiciário. Tais melhorias devem visar o custo-benefício, uma vez que os recursos são limitados.

O controle judicial das políticas públicas passa pela análise da efetivação dessas pela máquina judiciária, a qual fiscaliza sua elaboração, execução e os instrumentos utilizados em sua concretização.

Pelo fato do Estado apresentar como característica uma sociedade articulada, pluralista e em que se desdobram novos direitos, inclusive aqueles de natureza difusa e coletiva, bem como novas modalidades de litígios como as controvérsias que envolvem interesse público, considera-se a atuação de diferentes órgãos ou sujeitos como o juiz que, consoante Sérgio Cruz Arenhart:

¹⁴⁹ CENEVIVA, Walter. **Conciliação no processo civil brasileiro**. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 377-378.

A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera "boca da lei", como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situação equivalente.¹⁵⁰

A função política de determinar a implantação de uma política pública específica deve ser feita de modo responsável e coerente, uma vez que envolve o empenho de recursos e serviços públicos de outros setores, assim como a intervenção jurisdicional se dá nas ações individuais e coletivas com a finalidade de melhorar a qualidade e quantidade no consumo e na prestação de serviços destinados à população.

Para tanto, dois fatores são observados, quais sejam, a divergência existente entre os princípios fundamentais do direito e a preocupação com a respectiva realidade social. Em razão disto, os juízes têm buscado na aplicação do princípio da proporcionalidade uma ferramenta de atuação, considerando três aspectos: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com o escopo de atingir a finalidade proposta nas normas legais, em contraposição ao dever ser, reputa-se conveniente e oportuno escolher a solução mais adequada no caso concreto. A partir da análise de adequação, avalia-se o menor sacrifício em relação ao interesse a ser submetido a julgamento, bem como sua exigibilidade. Nesse sentido, entende-se a consideração da proporcionalidade em sentido estrito, sob a ótica do resultado mais vantajoso no que diz respeito a um interesse, com o menor sofrimento possível para os sujeitos.¹⁵¹

Tais considerações estão relacionadas à interpretação do texto constitucional feita pelo magistrado que, além de seguir critérios subjetivos/valorativos sobre a questão, deve estabelecer critérios objetivos/hermenêuticos acerca da situação. Complementa, o mesmo autor que

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário.** 2009 a, páginas 1 a 20. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, Acesso em 05 de setembro de 2018.

¹⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário.** 2009 a, páginas 1 a 20. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, Acesso em 05 de setembro de 2018

em todo este papel interpretativo do magistrado se nota alta dose de critérios políticos valorativos. Embora se tente esconder esta imposição sob o manto de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade.¹⁵²

Ante o exposto, entende-se que a ideia de separação absoluta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário resta superada, posto que, o juiz não é mais um mero aplicador da lei, haja vista a Lei Maior conferir-lhe funções mais amplas como atuar enquanto sujeito no âmbito do Estado Democrático de Direito em favor da concretização e exercício dos direitos fundamentais.

5.3 Atuação do Ministério Público

Não esgotados os instrumentos de controle judicial das políticas públicas, abordaremos sobre a Ação Civil Pública e o Ministério Público questões pertinentes ao tema nos termos seguintes. No que pertine à efetivação do sobredito controle têm sido implementados instrumentos judiciais como o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e ações coletivas. A respeito das medidas elencadas serão aprofundadas a Ação Civil Pública, a qual parte da doutrina considera uma das espécies de ação coletiva e apresenta maior relevância na análise do presente trabalho.

No que tange ao Ministério Público lhe são atribuídas, a partir da Carta Constitucional de 1988, autonomia e independência funcional, além das garantias anteriormente reservadas tão somente aos magistrados como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Estas são conferidas para que possa a instituição atuar livremente sem sofrer pressões externas e internas em relação às suas funções. Ao lado disso, a necessidade crescente ao aprimoramento do órgão na busca por maior instrumentação que possibilite desempenhar de forma efetiva suas responsabilidades, a fim de garantir o cumprimento da lei e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, difusos e coletivos, o artigo 127 da Constituição Federal brasileira define o Ministério Público como

¹⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário.** 2009 a, páginas 1 a 20. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, Acesso em 05 de setembro de 2018.

“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, determina os objetos de sua defesa (os interesses indisponíveis como o direito à vida, liberdade, educação, saúde, entre outros) e indica importantes mecanismos à sua atuação, por intermédio do ajuizamento da ação civil pública nos casos oportunos, conforme disposto no artigo 129 do mesmo diploma legal.

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...) II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

[...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Assim, a legitimidade do Ministério Público surge da conjugação dos artigos 127 (interesses sociais e individuais indisponíveis), 129, inciso III (outros interesses difusos e coletivos), inciso IX (outras funções que a lei lhe conferir) com as leis integradoras da ordem constitucional social que tratam sobre este assunto.

No âmbito da fase extrajudicial, por meio do inquérito civil, o Ministério Público pode utilizar-se de documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta, requisitar serviços temporários de servidores do Poder Público, requerer meios materiais para realização de atividades específicas, solicitar exames, perícias, inspeções necessários à elucidação das circunstâncias em que foram adotadas determinadas políticas públicas ou os motivos que conduziram à omissão do poder público em cada situação específica. Outra ferramenta que pode ser utilizada para instruir os inquéritos civis e outros procedimentos investigativos é a audiência pública. Essa permite discussão sobre a execução dos direitos fundamentais e subsidia os membros do Ministério Público com as informações prestadas pelos indivíduos e repartições, além de propiciar a participação da sociedade na provocação do Poder Judiciário para ter seus interesses atendidos.

A participação do Ministério Público na elaboração e aperfeiçoamento das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento dos direitos sociais, buscando em conjunto com os Poderes Executivo, Legislativo, Conselhos de Gestão e

sociedade civil organizada definir prioridades para sanar eventuais falhas ao indicar qual a forma que entende ser mais eficaz e viável de utilização das verbas e outros recursos públicos destinados para tanto. Acrescenta-se a isso, a responsabilidade e obrigação desse órgão em atuar na elaboração e cumprimento das políticas públicas, quer sejam futuras ou já formuladas, a partir dos instrumentos disponíveis no âmbito de sua competência.

Ressalta-se que, outros procedimentos administrativos podem ser manejados pelo Ministério Público como a Recomendação e os Compromissos de Ajustamento de Condutas, os quais possibilitam a garantia da prestação das políticas públicas de modo mais ágil, sem que seja necessário se utilizar do processo da ação civil pública. O Compromisso de Ajustamento de Conduta está previsto no artigo quinto, parágrafo sexto da Lei 7.347 de 1985 que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, os quais podem ser pactuados durante o Inquérito Civil Público ou no decurso da Ação Civil Pública propriamente dita, com a finalidade de firmar acordos entre órgãos públicos e privados, conferindo natureza de título executivo extrajudicial aos mesmos, para que futuramente, caso não cumpridos, sejam exigíveis via judicial.

No entanto, quando tais medidas não forem suficientes, compete ao Ministério Público valer-se das vias processuais, propondo a Ação Civil Pública para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais afetos à coletividade conforme veremos adiante. Esta se presta à defesa dos direitos difusos e coletivos como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, direitos do consumidor e, posteriormente, estende-se para proteção do patrimônio público e controle da probidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992) que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e estende sua aplicação à dimensão dos direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho e outros.

Leonardo Augusto Gonçalves tece sobre jurisdição das políticas públicas por meio da ação civil pública as seguintes considerações:

Sendo assim, mostra-se importante destacar, em princípio, a ação civil pública como instrumento destinado a permitir que as políticas públicas possam ser levadas ao crivo do Poder Judiciário, com o escopo de que as normas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão sejam efetivamente concretizadas.¹⁵³

¹⁵³ GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Políticas Públicas como Instrumentos de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: Das Etapas de Implementação à (Im)Possibilidade de Controle**

Destaca-se entre os direitos difusos e coletivos os direitos fundamentais sociais que deverão ser garantidos e prestados à sociedade via concretização de políticas públicas implementadas pelo Estado, a partir da atuação dos seus poderes Legislativo e Executivo, incumbidos de elaborar as leis orçamentárias, determinar o modo e os recursos de execução destas, as quais serão realizadas pelo administrador público que expedirá atos administrativos voltados à satisfação do interesse público e das necessidades da coletividade.

Ocorre que, quando tais políticas públicas não são executadas surge a possibilidade de buscar no Judiciário a satisfação dos direitos sociais que deveriam ser efetivados por meio da ação dos poderes Executivo e Legislativo, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso. Senão vejamos:

Outro campo importante por onde se vai estendendo o objeto da ação civil pública é o do controle das chamadas políticas públicas, em que se apresenta desde logo o problema da sindicabilidade judicial dos atos do governo, das políticas públicas governamentais, searas em princípio propícias à atividade discricionária da administração. De modo geral, o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados os atos puramente discricionários ou os exclusivamente políticos.¹⁵⁴

Os direitos a serem concedidos por meio de ação civil pública devem ser aqueles que apresentem grande interesse para a sociedade, ou seja, direitos que assegurem a dignidade da pessoa humana, sobretudo àqueles considerados como direitos mínimos de existência. O mesmo autor complementa a seguir:

'Interesse social', no sentido que concerne ao presente estudo, é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: interesse que reflete o que a sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res pública*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo "coletivo" num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.¹⁵⁵

A Ação Civil Pública tem como objeto principal na lei que a regulamenta a obrigação de fazer que, transpondo ao tema ora estudado, pode ser interpretada como uma obrigação dos entes públicos ou privados, quando autorizados a prestar determinado serviço público, sob a fiscalização da administração pública, de atuarem na consecução das políticas públicas, sob pena de condenação à multa e/ou cumprimento da obrigação de fazer ou não

Jurisdicional. 251 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009, p. 228.

¹⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

fazer.¹⁵⁶ Também, temos que são legitimados¹⁵⁷ para propor a Ação Civil Pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, União, os Estados, Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as associações que concomitantemente estejam constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil e, inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O efetivo cumprimento das políticas públicas, objeto da pretensão das medidas disponíveis em nosso ordenamento jurídico, torna possível eventual judicialização da questão. Instrumento este apto a proporcionar efetividade e eficiência aos direitos sociais por intermédio do Controle Judicial de Políticas Públicas, responsável pela promoção do desenvolvimento do país e capaz de reduzir suas deficiências ao contribuir para a defesa dos hipossuficientes.

O novo quadro institucional em construção, associado ao voluntarismo dos membros do Ministério Público, consiste em uma possibilidade de judicialização dos conflitos políticos, o que fez o Ministério Público romper seu isolamento do sistema judicial para constituir-se ator relevante no processo político, interferindo na dinâmica entre os poderes na tentativa de reduzir as desigualdades sociais e ampliar o espaço da cidadania.¹⁵⁸

Diversos são os instrumentos criados para satisfazer os direitos fundamentais capazes de assegurar a dignidade da pessoa humana, o que será feito à sua efetivação condiciona-se ao trabalho eficiente e responsável dos agentes públicos e operadores do direito de um modo geral, os quais devem atuar comprometidos com a satisfação dos interesses públicos.

No que pertine à atuação do Poder Judiciário, não há como relevar o problema da sua autolimitação em harmonia com a sua legitimidade para atuar de modo proativo em relação ao controle dos atos do poder público na efetivação ótima dos direitos fundamentais. Tal atuação, no entanto, não pode deixar de lado questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, o combate contra a sonegação e a informalização da economia, entre

¹⁵⁶ Artigo 3º da Lei de Ação Civil Pública.

¹⁵⁷ Artigo 5º e seus incisos da Lei de Ação Civil Pública.

¹⁵⁸ ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos.** Rev. bras. Ci. Soc. [online], vol. 14, n. 39, 1999, páginas 1 a 16. Disponível no site (www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf), Acesso em 12/09/2018.

outros problemas correlatos que se não equacionados, seguirão impedindo um nível razoável de efetividade dos direitos fundamentais. Em razão disto, este contexto que assume relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública são de grande importância, haja vista que a maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, em sua dupla dimensão, defensiva e prestacional depende em parte significativa da otimização do direito fundamental a uma boa e proba administração.¹⁵⁹

A via judicial é um dos diferentes caminhos para alcançar tal finalidade, ainda que admitida com reservas, em razão da necessidade de se impor limites ao Poder Judiciário ou a qualquer dos demais poderes, funciona como mais um instrumento apto a promover justiça e paz social.

5.4 Defensorias Públicas

A conquista dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais surge como forma de assegurar a participação e igualdade de todos os cidadãos no Estado de Direito. No entanto, a formalização legal destes direitos não pressupõe sua efetivação, sendo necessário implementar mecanismos capazes de garantir tal concretização.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe que o direito à assistência jurídica foi alcançado como garantia constitucional e direito fundamental de todos os cidadãos hipossuficientes, a ser prestada pela instituição Defensoria Pública.

Esta é a mais recente entre as instituições responsáveis diretamente pelo acesso à justiça e, presta a assistência integral e gratuita a quem dela necessitar nos termos dos artigos 134 e 135 da CRFB. A finalidade precípua dessa instituição, consiste em garantir, de forma ampla, o direito ao acesso à justiça, em todos os níveis e a todos aqueles que comprovem não possuir condições econômicas para custear os encargos do processo e honorários advocatícios.

Em sentido amplo, a Defensoria Pública está dividida em três ramos: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, Defensoria Pública dos Estados. As Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal e Territórios são instituições regulamentadas por meio da Lei Complementar 80/94 que estabelece normas gerais para a organização das Defensorias Públicas dos Estados. Esta lei

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 382.

determina a área de atuação de cada uma delas, sendo que, a Defensoria Pública da União deve atuar junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar; ao passo que, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Estados devem atuar perante a Justiça Comum.

O número de defensores públicos na unidade jurisdicional é proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população, devendo, no prazo de oito anos a contar da data de promulgação da Emenda Constitucional 80/2014, a União, os Estados e o Distrito Federal dispor de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais. Durante esse prazo, a lotação dos defensores ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.¹⁶⁰

A Defensoria Pública é criação da “Constituição Cidadã” e em respeito às relevantes atribuições constitucionais dessas instituições, à sua autonomia funcional e administrativa. O STF firmou entendimento que a lei estabelece a vinculação da Defensoria Pública à Secretaria do Estado é inconstitucional, por acarretar indevido vínculo de subordinação do órgão ao Poder Executivo (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.569/ PE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 02/04/2007).

A segunda posição é lei que outorga à Defensoria Pública a atribuição de prestar assistência judicial a servidores públicos, quando processados civil e/ou penalmente por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais é inconstitucional, posto que, essa função extrapola a missão institucional do órgão, prevista no artigo 5º, LXXIV da CF (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.022/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 02/06/2004).

O terceiro ponto consiste na lei que autoriza a contratação temporária (precária) de advogados para o exercício das atribuições de defensor público ser inconstitucional, tendo em vista que a Constituição Federal exige que as Defensorias Públicas sejam organizadas em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, conforme artigo 134, parágrafo 1º (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.700, Relator Ministro Ayres Brito, 15/10/2008).

O quarto entendimento se refere à norma que impõe à Defensoria Pública Estadual prestar serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade da assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil ou outra entidade, é

¹⁶⁰ **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, artigo 98, incluído pela Emenda Constitucional 80/2014.

inconstitucional (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.163/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, 29/02/2012).

O quinto posicionamento diz respeito à norma que autoriza o desempenho pelos membros da Defensoria Pública de atividades da advocacia privada ser inconstitucional (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.043/MG, Relator Ministro Eros Grau, 26/04/2006).

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que as Defensorias Públicas têm legitimidade para ajuizar ação civil pública, visando a promover proteção judicial dos direitos difusos e coletivos de que sejam titulares pessoas necessitadas; bem como, podem, por força de lei, impetra mandado de injunção coletivo quando a tutela pleiteada for relevante à concretização dos direitos humanos e à defesa dos direitos individuais e coletivos daqueles que precisarem (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.943/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 07/05/2015; Lei 13.300/2016, artigo 12, inciso IV).

Destaca-se que as Defensorias Públicas dispõem dessa legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública na tutela dos hipossuficientes, mesmo na hipótese em que exista beneficiados não necessitados. Presentes interesses individuais ou coletivos da população necessitada, há legitimidade ativa das Defensorias Públicas à propositura da ação civil pública, ainda que a tutela a ser obtida extrapole esse público, restando claro que quando ultrapassar, a execução individual, se cabível, estará limitada aos necessitados (RE 733.433/MG, Relator Ministro Dias Toffoli, 04/11/2015- Informativo 806 do STF).

5.5 Mecanismos Alternativos de Solução dos Conflitos de Interesses instituídos pela Resolução 125/2010 do CNJ

Uma política pública pode ser compreendida como um sistema (conjunto de elementos que se interligam, com vistas ao cumprimento de um fim: o bem comum da população a quem se destinam), objetivando uma finalidade. O sistema de determinada política pública está associado a etapas importantes como a sua concepção, a negociação de interlocutores relevantes como técnicos, patrocinadores, associações da sociedade civil e demais parceiros institucionais a uma agenda de consultas públicas e à eleição de opções razoáveis, aptas à concretização da sua finalidade. Concomitantemente, deve-se mensurar a despesa com implantação direta, associada ou participativa de determinada política pública, observar os prazos estimados, fiscalizá-la (acompanhamento e reajuste de linhas) e avaliá-la

constantemente, observando dados objetivamente mensuráveis. Os parceiros para dar suporte aos programas e a seus objetivos, metas de avaliação são também fatores relevantes que devem ser lavados em consideração ao se formular qualquer ação nesse sentido.

Klaus Frey nos traz que na ciência política, “*costuma-se distinguir três abordagens de acordo com os problemas de investigação levantados.*”¹⁶¹ A primeira é o questionamento da ciência política em relação ao sistema político como tal, ou seja, qual é a ordem política certa ou verdadeira; o que é um bom governo e; qual é o melhor Estado para garantir e proteger a felicidade dos cidadãos ou da sociedade. Em segundo lugar tem-se o questionamento político sobre a análise das forças políticas fundamentais no processo decisório. E, por fim, investiga-se a partir dos resultados, o que um dado sistema político produz efetivamente. Nesse caso, o interesse primário consiste na avaliação das contribuições que determinadas estratégias formuladas irão trazer para a solução de problemas específicos que são os objetivos e a razão de ser de uma política pública.

O último questionamento refere-se à análise de campos específicos das políticas públicas como as políticas econômicas, financeiras, tecnológicas, sociais e/ou ambientais e, no caso específico, a judiciária. Uma política pública se forma e realiza no bojo do Estado, no sentido mais amplo do conceito de Estado e de acordo com sua conformação política. O Estado é dotado de entes públicos que são considerados os Poderes de Estado e o modelo republicano brasileiro, o qual é constituído por três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. O conceito político refere-se à forma de organização soberana de uma nação em um determinado território. Desta forma, podemos dizer que a definição de Estado varia de acordo com os autores. Max Weber, em 1919, definiu o Estado moderno enquanto uma parceria, com o domínio institucional que tem tentado monopolizar dentro de um território, a legítima violência física como um meio de dominação e, para isso, reuniu todo o material nas mãos de seu líder e tem expropriado todos os funcionários feudais antes possuidores, por direito próprio, substituindo-os por suas próprias hierarquias supremas.¹⁶²

Em síntese, podemos afirmar que as regras técnicas inerentes à construção de qualquer política pública devem ser observadas por todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, levando-se em consideração a responsabilidade executiva de suas proposições,

¹⁶¹ FREY, K. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e políticas públicas**, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n. 21, 2000, páginas 211-259. Disponível no site: <http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89> . Acesso em 19/02/2019.

¹⁶² WEBER, Max. **Economia e sociedade**. (2 volumes) 4ªed. Trad. Régis Barbosa, Karen Barbosa. – São Paulo: UnB-Imesp, 2004 b.

características, natureza e despesas públicas. Por isso, quando o Poder Judiciário, por meio do seu Conselho Nacional, propõe determinada política pública e determina seu cumprimento, responsabiliza-se por sua concepção, pela negociação dos respectivos interlocutores, consultas públicas e eleição de opções razoáveis aptas à concretização de tal finalidade, sem deixar de observar as despesas. A formação de uma política pública judiciária e sua proposição deve ser eficaz e produzir o efeito desejado. No presente trabalho, uma das políticas públicas analisadas está prevista na Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, órgão colegiado de administração e controle do Poder Judiciário.

A contextualização das propostas de solução de conflito por meio da autocomposição no Brasil traz que uma das primeiras medidas oficiais que buscou institucionalizar o assunto tratando dos conflitos de interesse por intermédio de soluções de autocomposição se deu no âmbito do Congresso Nacional em 1998, com o Projeto de Lei n.º 4.827 de 1998, autoria da Deputada Zulair Cobra. O segundo projeto de lei sobre mediação e conciliação foi elaborado por um grupo de trabalho do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e por uma comissão de juízes da Escola Nacional da Magistratura, o qual foi encaminhado ao público em 17 de setembro de 2001 para a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo. Tal estudo do IBDP foi desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Fátima Nancy Andrichi, Carlos Alberto Carmona, José Roberto Cruz Tucci, Sidnei Beneti, José Manuel de Arruda Alvim e outros.¹⁶³ A terceira proposta legislativa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em 17 de setembro de 2003, foi apresentada na audiência pública "Mediação e Outros Meios de Solução Pacífica de Conflitos". Entretanto, na votação desse anteprojeto de lei, o Conselho Nacional de Justiça, contrário à sua aprovação nos termos propostos, emitiu a Nota Técnica n. 2/2007, fazendo com que tal proposta fosse suspensa.

Porém, a necessidade de institucionalizar o assunto tratado anteriormente nos mencionados projetos legislativos perante o Conselho Nacional de Justiça acarretou na publicação da Resolução n. 125 de 2010 que regulamenta a conciliação e mediação em todo país e estabelece as diretrizes administrativas aos Tribunais. Assim, a partir da posse como presidente do CNJ em 2010, o Ministro Cezar Peluzo estabeleceu como uma das diretrizes da sua Administração instituir uma nova política judiciária nacional de tratamento adequado de

¹⁶³ As duas propostas iniciais resultaram no Projeto de Lei n. 94/2002, o qual reuniu pontos relevantes do Projeto de Lei n.º 4.827 de 1998 e do Anteprojeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

conflitos de interesses. O grupo de trabalho para elaborar a minuta da Resolução foi composto pela portaria n. 141/201023 da presidência do CNJ.¹⁶⁴

A Resolução n. 125/2010 foi elaborada com base na proposta de Kazuo Watanabe, cuja diretriz consiste no acesso à justiça como “acesso à ordem jurídica justa”. Um dos objetivos dessa Resolução foi o de uniformizar as práticas voltadas aos métodos alternativos de solução de conflitos em todo o território nacional. Apesar de encontrarmos algumas experiências implantadas em alguns Tribunais de Justiça são recentes os estudos e práticas sobre o assunto. Tampouco encontramos, no CNJ e nos Tribunais, estatísticas oficiais disponíveis sobre os resultados/dados dos programas e projetos de conciliação e mediação, os quais demonstrem a ocorrência da diminuição na taxa de litígios ou da demanda judicial- um dos pressupostos para criação da política pública judiciária.

Os pontos de delimitação do presente trabalho são relevantes para o entendimento do raciocínio desenvolvido no sentido de questionar o aspecto da validade e eficácia da política pública judiciária – Resolução 125/2010- que segundo suas características próprias e recentes como a implantação de um novo regime de serviços públicos judiciários para o tratamento dos conflitos judiciais e pré-judiciais, a universalização da política e o locus de ação desta política, a verificação sobre redução dos conflitos em razão do uso desta disciplina, entre outros. Neste aspecto, corroboro com pensamento que o locus de ação é o apropriado, pois, existe na jurisdição e formação do processo judicial o seu pressuposto, sendo salutar a utilização, a qualquer momento, dos meios que resultem menor tempo de solução do conflito, tragam a pacificação social e uma ordem jurídica mais justa. A conciliação ou mediação enquanto resolução dos conflitos gera impactos positivos sobre o Poder Judiciário. Ao solucionar o impasse que gera o litúgio, por intermédio da via autocompositiva, há menos processos a serem julgados, com menor resistência das partes e, ainda, evitam-se processos conexos. No que tange ao litúgio e a sua respectiva demanda, bem como a característica do Poder Judiciário em resolvê-los por meio de sentença, a implantação da política pública judiciária resta positiva e um importante instrumento de mudança comportamental aos operadores do direito, dirigentes dos Tribunais de Justiça e da sociedade, devendo ser incentivada, sempre que possível, a autocomposição das partes no curso do processo judicial ou por mutirões das semanas de conciliação/mediação.

¹⁶⁴ NASCIMENTO, Joelma Gomes do. **Mediação: meio alternativo para solução de conflitos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8921>. Acesso em setembro de 2018.

Frisa-se que a solução de conflitos de interesse mediante processo judicial, os meios que contribuem para melhor atividade judiciária, ajuda a reduzir o volume de processos que aguardam julgamentos a adoção das medidas de conciliação ou mediação têm efeito positivo e colaborativo. No entanto, devemos separar o conceito de demanda judicial do conceito de demanda pré-processual, sendo a natureza da primeira específica e única, dependente da promoção de um processo judicial e de jurisdição para uma decisão, denominada prestação jurisdicional. Por outro lado, a natureza da segunda é aquela que ainda não formou o processo judicial, de modo que existe o interesse, o conflito, mas, não há formação da jurisdição. A atual forma de funcionamento do Estado/Judiciário para resolução dos conflitos é a constitucionalmente aceita, onde ocorre por meio do processamento de um processo judicial em que haverá uma solução/resposta.

Ocorre que, a proposta da política pública consiste em modernizar o tradicional agir do Judiciário – distribuição do litígio por meio da formação do processo e da jurisdição e, diante do interesse das partes, persuadirem a utilizar novas estruturas organizacionais/funcionais criadas para promover as conciliações e mediações. A título de política pública, a Resolução n. 125/2010 dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário” é um exemplo de uma proposta afirmativa e concreta para minimizar os grandes problemas de volumes de processos judiciais e aumentos dos litígios.

5.5.1 Conciliação e Mediação

Os apontamentos sobre a mediação e a conciliação consistem no fato de consubstanciar meios de solução de controvérsias, cujo objetivo é auxiliar as pessoas a construírem um consenso sobre determinado conflito. Fernanda Tartuce nos traz que

alinhado à tendência verificada em diversos ordenamentos e aplicada em Cortes de Justiça em variadas localidades, o Novo Código de Processo Civil investe intensamente na promoção dos meios consensuais em juízo.¹⁶⁵

A Lei nº 13.140 de 2015, em seu artigo 1º, parágrafo único define expressamente a mediação como a “*atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou*

¹⁶⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 1.

desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”¹⁶⁶ A mediação prioriza os laços fundamentais de um relacionamento, onde a vontade dos interessados é respeitada, ressaltando dentro do litígio os pontos positivos de cada um dos envolvidos, para que, a partir da atuação do mediador os litigantes consigam estabelecer o diálogo e, a partir da análise das questões controvertidas alegadas, possam encontrar uma solução amigável para as pendências debatidas. Maria de Nazareth Serpa entende mediação como um processo informal, voluntário, no qual um terceiro interventor, neutro, assiste às partes na resolução de suas questões.¹⁶⁷

O mediador no Código de Processo Civil brasileiro é tratado como auxiliar da justiça e tem o papel de desempenhar atividade técnica de trazer à consciência dos mediados as principais questões sobre a existência do conflito. Ele propicia um espaço de comunicação, conversa e cria um meio de interação entre os envolvidos por intermédio do diálogo, para que os litigantes possam construir um consenso e resolver suas controvérsias.

O mesmo diploma legal atribuiu maior destaque à mediação judicial, ou seja, aquela que se desenvolve dentro do sistema judiciário, cabendo a uma norma especial regulamentar a mediação no âmbito extrajudicial. Esta é desenvolvida no curso do processo, sendo de responsabilidade dos Tribunais a criação de órgãos que visam à composição por intermédio da mediação judicial nos termos dispostos no artigo 24 da Lei n. 13.140/2015, a qual regulamenta a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469 de 10 de julho de 1997 e, o Decreto n. 70.235 de 06 de março de 1972; assim como revoga o § 2º do artigo 6º da Lei n. 9.469 de 10 de julho de 1997.

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual dos conflitos responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. Frisa-se que a mediação extrajudicial é voluntária, de modo que as partes a procuram e, será realizada fora do processo e ambiente forense, podendo deliberar inclusive sobre casos

¹⁶⁶ Lei nº 13.140 de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

¹⁶⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 105.

que estejam sob a apreciação do Poder Judiciário, mas que ainda não foram resolvidos. Desta forma, enquanto na mediação judicial, as partes são intimadas a participarem da sessão de mediação e o comparecimento é obrigatório conforme dispõe o artigo 334, parágrafo oitavo do CPC/2015, na mediação extrajudicial, os interessados procuram pela mesma de forma espontânea e voluntária, caso tenham interesse, tratando-se de ato processual de cunho facultativo.

Os princípios norteadores da mediação e conciliação previstos no ordenamento jurídico representam os pilares de sustentação, as bases para a interpretação e aplicabilidade das normas, servem como orientação para que os institutos sejam interpretados e colocados em prática da maneira mais adequada. Carlos Ari Sundfeld define princípios como as "*ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar*."¹⁶⁸ No Código de Processo Civil, os princípios norteadores da conciliação e mediação estão descritos de maneira expressa no artigo 166 nos termos seguintes.

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

A lei nº 13.140/2015 que trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, também contempla expressamente em seu artigo segundo os princípios da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé. O princípio da independência na mediação e conciliação preconiza que para se buscar a solução do conflito entre as partes, deve existir um ambiente que privilegie a autonomia. A colaboração do agente mediador ou conciliador deve ser no sentido de facilitar a compreensão do problema e das possíveis soluções. Nenhuma das partes pode se sentir obrigada ou coagida a fazer um acordo, visando simplesmente colocar fim a um processo. A imparcialidade e independência constam como princípios fundamentais na atuação dos conciliadores e mediadores judiciais conforme disposto no artigo primeiro, inciso quatro do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante no anexo da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça:

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18.

Artigo 1º [...] IV – Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade do envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

A fim de que a mediação e conciliação atinjam efeitos satisfatórios deve prevalecer a autonomia da vontade, princípio também expresso no Código de Processo Civil de 2015. No mesmo sentido, temos “*Artigo 166, §4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.*” Acrescido a tal disposição, o princípio da independência constante no artigo 1º, inciso 5º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexo da Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça delimita:

Art. 1º. V – Independência e autonomia – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Ante o princípio da autonomia da vontade, os interessados devem compor por livre e espontânea vontade, tendo a possibilidade de lançar mão de parte do direito, solução por meio de deliberação dialética sobre a questão da forma que repute mais adequada. Ainda, para ocorrer melhor instrução e condução da audiência ou sessão de conciliação ou mediação judicial, as partes devem estar acompanhadas por advogados ou defensores.¹⁶⁹

O princípio da confidencialidade, também conhecido como princípio do sigilo, norteia a conciliação, mediação e é imprescindível na atuação do conciliador e mediador. O Código de Processo de Civil tratou expressamente do referido princípio, em seu artigo 166:

Artigo 166. §1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão de dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.¹⁷⁰

O legislador optou por privilegiar o princípio da oralidade na conciliação e mediação, de forma a facilitar a atuação do conciliador ou mediador na condução do diálogo entre os envolvidos. Ao lado disto, utiliza-se o princípio da informalidade nesses procedimentos como um instrumento necessário e eficaz ao bom andamento das audiências,

¹⁶⁹ Artigo 334, parágrafo 9º do CPC de 2015.

¹⁷⁰ Artigo 166, parágrafo 1º, CPC de 2015.

haja vista o excesso de formalismo vir a dificultar e postergar os mesmos. O mediador e conciliador têm distintas funções no decorrer dos respectivos procedimentos de mediação ou conciliação, entre elas a de zelar, respeitar e observar pela aplicação dos princípios supracitados que os norteiam.

A conciliação e mediação no Código de Processo Civil de 2015, em conjunto com a onda renovatória de acesso à justiça, desempenha a função de estimular o uso dos métodos de solução consensual dos conflitos, sobretudo, pelo fato de existir muitos processos judiciais em curso. O Poder Judiciário brasileiro passa por verdadeira crise, segundo a qual apresenta ciclo repetitivo, segundo o qual o juiz com grandes dificuldades em se dedicar aos casos de maior complexidade, acaba por prejudicar o jurisdicionado que não consegue a prestação jurisdicional em tempo hábil e com a qualidade esperada.

Por isso, a conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de prevenção, solução de litígios e pacificação social previstos no CPC/2015, em seu artigo 3º, § 3º estabeleceu que a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive, no curso do processo judicial. No entanto, ressalta-se que o mesmo diploma legal, em seu artigo 3º preconiza que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

O presente regramento processual civil versa sobre um capítulo acerca da conciliação e mediação, sistematizando as atividades dos conciliadores conforme artigos 165 a 175. Restou também estabelecido que os Tribunais deverão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCs), sendo estes responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e/ou mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.¹⁷¹

A atuação dos mediadores e conciliadores no Código de Processo Civil atual é diferenciada, posto que, na conciliação poderão os conciliadores apresentar propostas ao conflito, enquanto na mediação, os mediadores auxiliarão na condução do diálogo entre as partes, identificando as soluções consensuais para que os envolvidos, de maneira individual, alcancem um consenso.

O presente regramento processual civil prevê ainda que, antes de sentenciar um processo, o juiz será obrigado a promover a tentativa de conciliação entre as partes, independentemente de ter empregado anteriormente esforços ou outros meios de solução

¹⁷¹ Artigo 165 da Lei n. 13.105 de 2015.

consensual aos conflitos. O artigo 319, em seu inciso VII determina que a petição inicial indicará “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.” Deste modo, o Código de Processo Civil de 2015 prioriza e estimula a autocomposição, incentivando os litigantes a comporem a lide de forma amistosa, pacífica, célere, eficiente e, sobretudo, em detrimento de uma melhor atuação do Poder Judiciário e prestação jurisdicional efetiva que promova a verdadeira justiça.

Os institutos da mediação e conciliação apresentam-se como valorosos instrumentos para a pacificação e solução de litígios e conflitos. Diante da necessária busca por uma resposta mais célere pelo Judiciário e a necessidade de otimização dos procedimentos, o Código de Processo Civil de 2015 valorizou os métodos de solução consensual de conflitos, com destaque para a mediação e a conciliação, de forma a permitir o acesso à justiça de forma mais célere e efetiva. A fim de que os métodos de conciliação e mediação sejam eficazes, não basta a atuação dos mediadores e conciliadores, mas também, será necessária uma mudança de cultura e paradigmas no próprio cenário social, a partir de uma maior conscientização e estímulo à autocomposição. Ao Estado resta a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, em busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária e em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal e com a almejada expectativa do cidadão.

A conciliação e mediação são mecanismos capazes de contribuir para a redução das demandas judiciais, à humanização dos processos e para a entrega rápida e efetiva da jurisdição. Resta necessário uma mudança de mentalidade, superar a cultura do litígio e fazer da conciliação e mediação ferramentas efetivas de solução dos conflitos e, por conseguinte, a realização da justiça.

5.5.2 Arbitragem

A arbitragem tende à finalidade específica de resolver problemas decorrentes do comércio, especialmente do comércio internacional, onde há necessidade de conhecimentos pontuais de direito internacional, comercial, costumes e praxes do comércio. O custo nestas hipóteses é mais suportável e as vantagens provenientes da solução arbitral são mais visíveis. Por outro lado, não se exclui a aplicação do instituto em outros tipos de litígios. A lei 7.244 de 1984 (Juizado Especial de Pequenas Causas) prevê nos artigos 25 a 27, a possibilidade do julgamento por equidade.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco,

o processo arbitral tem as vantagens do informalismo (em proporção maior que a do próprio processo perante o juiz, no Juizado), da maior discricão na instrução da causa e até talvez, dependendo de uma feliz escolha, dos julgadores especializados e conhecedores do tipo de litígio que envolve as partes. Além disso, é natural a melhor disposição dos litigantes em cumprir voluntariamente uma decisão dada em processo que eles consensualmente resolveram instaurar, do que no processo contencioso instaurado por iniciativa unilateral do autor.¹⁷²

Ao optar pelo procedimento arbitral, as partes se veem beneficiadas de inúmeras formas em relação à jurisdição estatal tais como a rapidez com que é proferida a decisão final de mérito; maior especialidade dos julgadores; previsibilidade; possibilidade de sigilo das informações e; procedimento mais flexível e menos formal. A rapidez e previsibilidade da solução do litígio pela via arbitral decorrem basicamente dos seguintes fatores: a faculdade das próprias partes escolherem os árbitros ou delegarem para que uma entidade faça essa escolha, ou ainda, a opção por um tribunal arbitral já constituído; a definição pelas partes das regras procedimentais a serem adotadas e, na falta de indicação, as que forem estabelecidas pelos próprios árbitros e; a fixação do prazo de até seis meses para que a sentença seja proferida,¹⁷³ podendo, contudo, as partes acordarem prazo distinto.

Desse modo, a consequência é que o tempo médio de duração do procedimento arbitral é inferior ao do processo estatal. Nesse sentido,

a média de tempo de procedimentos arbitrais, quando comparado ao processo estatal, é bem inferior. É o caso dos procedimentos da ICC, que duram em média 9 meses (ICC, 2014). Em âmbito nacional, temos a Camarb e CCBC com, respectivamente, 13 e 14 meses de duração média dos procedimentos arbitrais (CONIMA, 2012). Não muito distante disso, temos a AMCHAM, com um tempo médio de 12 meses (AMCHAM, 2014).¹⁷⁴

Outros fatores que colaboram para a rápida conclusão do procedimento arbitral são a disponibilidade e expertise dos árbitros. Isso se explica porque, em regra, eles possuem poucas demandas para decidirem, permitindo que tenham tempo para dedicar ao litígio em análise. Isso não ocorre no Judiciário, tendo em vista o grande volume de demandas a serem decididas por cada magistrado. A relevância do conhecimento técnico da matéria em discussão

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo, Editora RT, 1986, p. 79.

¹⁷³ Artigo 23 da Lei 9.307 de 1996: “**A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro**”.

¹⁷⁴ BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes; BENTO, Daniel Freitas Drumond. **Viabilidade jurídica e econômica da arbitragem - uma análise econômica do instituto**, 2014, p. 10. Disponível no site: (http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/viewFile/65/35) , Acesso em 12/09/2018.

de que são dotados os árbitros está também atrelado ao aumento da previsibilidade das sentenças arbitrais em comparação com as decisões do Poder Judiciário, na medida em que as partes na arbitragem têm ao menos uma noção de como os árbitros se comportarão. Não menos importante, o sigilo também se apresenta como proveitoso para as partes na arbitragem, enquanto que no Poder Judiciário, a publicidade dos atos processuais constitui a regra, comportando poucas exceções.

No entanto, para conhecimento do real custo de uma arbitragem é necessário considerar não somente as despesas de todo o procedimento, mas ainda os custos de transação envolvidos em cada procedimento. Tatiana Gonçalves pondera:

O procedimento arbitral não é barato, tendo em vista que os honorários dos árbitros e as custas cobradas por uma Câmara Arbitral não são de pouca monta. Por outro lado, como o procedimento arbitral é célere, há compensação; ‘mesmo sendo as despesas de todo o procedimento arbitral arcadas pelos litigantes, o seu custo final, ou melhor, o seu custo-benefício, certamente ultrapassará as expectativas das partes.’¹⁷⁵

Corroboram com o entendimento acima exposto, Marcos Felipe Guimarães Fernandes Bernardino e Daniel Freitas Drumond Bento conforme veremos a seguir:

as vantagens da arbitragem, celeridade, confidencialidade, neutralidade e expertise dos julgadores, bem como os motivos para sua utilização devem ser levados em conta e se possível quantificados para se analisar quando a arbitragem é um meio de solução de controvérsias ótimo para o caso em questão. Nessa análise, diversos são os fatores determinantes, os de natureza direta (custos de instauração do procedimento, custos com advogados, honorários de árbitros, dentre outros) e os de natureza indireta (risco de a decisão arbitral ser invalidada pelo Poder Judiciário, risco de decisão desfavorável, dentre outros).¹⁷⁶

Cumprе salientar que os custos de transação do procedimento arbitral podem ser inferiores aos envolvidos no processo estatal, tendo em vista todas as vantagens daquele instituto. Dessa forma é preciso atentar para o fato que nem sempre os custos financeiros inicialmente exigidos para instituir a arbitragem fazem desse instituto um instrumento mais caro do que a jurisdição estatal, posto que,

potencialmente, a arbitragem pode permitir a redução dos custos de transação em razão (a) da relativa agilidade com que é concluída, (b) da relativa imparcialidade do árbitro e (c) da especialização dos árbitros. Além disso, a utilização da arbitragem pode criar melhores incentivos para o

¹⁷⁵ GONÇALVES, Tatiane de Oliveira. **Arbitragem em Contratos: análise econômica**. Nova Lima: Faculdades Milton Campos, 2010, p. 62.

¹⁷⁶ BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes; BENTO, Daniel Freitas Drumond. **Viabilidade jurídica e econômica da arbitragem - uma análise econômica do instituto**. 2014, p. 10. Disponível no site: http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/viewFile/65/35, Acesso em 12/09/2018.

adimplemento das obrigações contratuais. Isso porque a inclusão da cláusula arbitral em um contrato dá às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. A falta de clareza sobre a legalidade dos procedimentos arbitrais aumenta os custos de transação impostos pelo ambiente normativo. Quanto maior o grau de incerteza, tanto maiores serão os incentivos para que os indivíduos alterem seus padrões negociais ou simplesmente reduzam sua participação em atividades econômicas, reduzindo-se, conseqüentemente, o potencial de geração de riqueza para a sociedade.¹⁷⁷

A tutela estatal tem o tempo de espera por uma decisão final acarretar elevados custos de transação para as partes, uma vez que ficam privadas de seus bens e direitos disputados em juízo até que a decisão transite em julgado, não podendo, por exemplo, a depender da situação, adquirir ou vender bens móveis ou imóveis. Em recente estudo, Álvaro de Carvalho Pinto Pupo comparou os custos entre o procedimento arbitral e o Judiciário comum, analisando diferentes cenários de causas com valores entre R\$100 mil, R\$ 1 milhão e R\$ 10 milhões de reais e verificou:

para ações de R\$ 100 mil aponta R\$ 13.500,00 de custos administrativos com arbitragem e R\$ 3.076,95 na Justiça comum – sendo 14 meses para solução na justiça privada e sete anos no Judiciário. E o valor nem contempla os valores gastos com acompanhamento mensal de advogados, evidentemente menor na arbitragem, por envolver uma solução mais rápida. Para ações de R\$ 1 milhão, a arbitragem custaria a partir de R\$ 50.480,00 e no Judiciário, R\$ 30.076,95. Já para ações de R\$ 10 milhões, a arbitragem custaria a partir de R\$ 79.460,00 e no Judiciário, R\$ 114.296,95. Conclusão do estudo é de que tempo é dinheiro e, com um processo arbitral, é possível uma grande economia, principalmente com uma arbitragem eficaz e idônea. Esses custos que não seriam incorridos no Judiciário serão compensados na arbitragem com a rapidez com que o caso é resolvido, uma vez que no sistema comum uma causa leva anos para ser definida. O tempo médio para a finalização de um caso na Justiça estadual de SP é de sete anos, esclarece Pupo. Muitas vezes, o judiciário também precisa de peritos especialistas, já que o juiz não conhece determinadas matérias com a profundidade necessária para proferir uma decisão. Na arbitragem, os próprios árbitros podem ser especialistas, dispensando a necessidade de peritos.¹⁷⁸

Na mesma linha de raciocínio, Selma Lemes afirma:

em nossa tese de doutorado empreendemos estudo hipotético de um caso em que comparamos uma demanda judicial com a arbitral levando-se em consideração os custos processuais e o fator tempo (custo de oportunidade). Utilizando-se a arbitragem, os custos de processo equivaleram a uma

¹⁷⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Rev. Direito GV [online]. vol. 4, n.1, p. 2, 2008.

¹⁷⁸ PUPO, Álvaro de Carvalho Pinto. **Meios alternativos: Advogado compara custos da arbitragem com o Judiciário**, 2014. Disponível no site: (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>). Acesso em 06 de setembro de 2018.

economia de quase 59% e a quantia objeto da arbitragem foi auferida em valor a maior de aproximadamente 57%.¹⁷⁹

Portanto, pode-se dizer que a arbitragem além de ser um instituto jurídico que se propõe a solucionar conflitos extrajudiciais, é também um instituto econômico e financeiro, pois contribui para a economia contratual com a redução dos custos de transação. Destaca-se que a criação do tribunal arbitral traz economia para o país, na medida em que não é custeado com os tributos arrecadados da sociedade; ao contrário, são mantidos por uma entidade privada. Ainda, a arbitragem incentiva o cumprimento das obrigações, na medida em que os sujeitos de forma espontânea optam por cumprir as obrigações que recaem sobre eles quando o descumprimento das cláusulas contratuais é mais oneroso que o seu adimplemento. Eduardo Della Giustina Martins afirma:

a previsão da arbitragem é incentivo para as partes cumprirem suas obrigações contratuais, tendo em vista que a repreensão ao inadimplemento é bem mais célere e eficaz pela arbitragem. Arbitragem como instituto criador de incentivos positivos para o adimplemento das obrigações, na medida em que eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e previsão. Assim, existe maior confiabilidade nos contratos, reduzindo os custos de transação.¹⁸⁰

Deste modo, resta equivocado sustentar que os custos financeiros envolvidos na instauração do procedimento arbitral pudessem transformar tal instituto em um limite ao acesso à justiça, na medida em que aparentemente, nem todas as pessoas poderiam ter uma decisão célere e técnica como na arbitragem. O ponto principal é identificar as especificidades de cada litígio a fim de enquadrá-lo no método mais adequado de resolução, pois para garantir o acesso à justiça “*que os procedimentos sejam adequados à sua solução, e que esta se dê por órgãos jurisdicionais e parajudiciais, sempre com vistas no custo-benefício.*”¹⁸¹

Resta patente a arbitragem constituir um método adequado e eficiente de resolução de conflitos, destacando-se ainda mais no atual contexto de crise da jurisdição estatal e de complexidade dos litígios, a via arbitral pode ser realizadora do efetivo acesso à justiça. Entende-se que a recepção, atualmente, da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos não é apenas capaz de se adequar às necessidades sociais e garantir o

¹⁷⁹ LEMES, Selma. **A arbitragem como forma de solução de conflitos contratuais e sua dimensão econômica. Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**, tomo 3. Coordenação por Maria Lúcia L.M. Pádua Lima. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

¹⁸⁰ MARTINS, Eduardo Della Giustina. **A análise econômica da arbitragem**, 2009, p. 3. Disponível no site: (<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1971>) . Acesso em 19/02/2019.

¹⁸¹ CARREIRA ALVIM, J. E. **Justiça: acesso e descesso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003, p. 3. Disponível no site (<http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descesso>) , Acesso em 12/09/2018.

acesso à justiça como instrumento de resposta à forte crise que se abate sobre os sistemas Judiciários de diversos países, inclusive do Brasil.¹⁸²

Isto posto, podemos dizer que a arbitragem é acessível e alcança a todos aqueles, cujos litígios se enquadram nos requisitos legais autorizadores do uso deste instituto, respeitadas a complexidade da matéria e o custo de transação envolvido. Entretanto, a despeito da consolidação da arbitragem enquanto método de solução de litígios internos da sociedade, em razão do custo financeiro necessário para instituí-la, ainda existem dúvidas e confusões no que tange à adequação e efetividade desse instrumento de acesso à justiça.

A arbitragem ocupa posição de destaque na resolução de disputas, sob a perspectiva de manifestar prestação jurisdicional rápida e eficiente. Delimitado inicialmente o conceito de acesso à justiça como garantia fundamental do jurisdicionado em ter seu conflito solucionado de forma célere e efetiva, depreende-se que a arbitragem está em consonância com tal princípio, na medida em que as decisões são proferidas em curto espaço de tempo e cumpridas de forma espontânea pelas partes. A arbitragem consubstancia efetivo instrumento de pacificação social colocado à disposição do jurisdicionado para a resolução de determinadas disputas, sendo as decisões proferidas dotadas de segurança jurídica e efetividade. Reflexamente, quando utilizada de forma adequada, a arbitragem contribui para o exercício da atividade estatal, na medida em que reduz o volume de demandas que seriam submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Ainda, o trabalho demonstra que as vantagens da arbitragem – celeridade, confidencialidade, especialidade dos árbitros, flexibilidade e menor formalidade do procedimento – bem como os valores e complexidade da matéria discutida devem ser levados em consideração para identificar em quais situações de fato deve ser utilizada para solucionar determinado litígio.

Verifica-se que nem todas as controvérsias são arbitráveis, mas apenas aquelas que envolvam pessoas capazes de contratar e cujos direitos pleiteados sejam patrimoniais disponíveis e, ela não se mostra viável a todas as demandas, mas apenas àquelas cujos custos de transação da solução do conflito sejam inferiores quando comparados com os do Poder Judiciário. Também, não é possível, do ponto de vista econômico, valer-se da arbitragem para dirimir causas de baixo valor. Mas, as recentes inovações legislativas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, valorizam e estimulam o uso da arbitragem como é o caso do Código Processual Civil de 2015 e da recente reforma da Lei de Arbitragem. Portanto,

¹⁸² SILVA, Tiago Eler; CREMASCO, Suzana Santi. **As medidas antiarbitrais como entraves do acesso à justiça**. 2013, p. 10. Disponível no site (<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/as-medidasantiarbitrais-como-entraves-do-acesso-c3a1-justic3a7a-suzana-santi-cremasco-e-tiago-elersilva.pdf>) , Acesso em 12/09/2018.

conclui-se que a arbitragem está em harmonia com as necessidades contemporâneas, materializada pela velocidade das mudanças e pelo avanço tecnológico, os quais exigem que os conflitos surgidos sejam solucionados com efetividade, celeridade e segurança jurídica, características essas afetas ao mecanismo do procedimento arbitral.

Na arbitragem, as partes possuem autonomia de vontade para participar, liberdade para selecionar o árbitro, mas não podem tomar decisões, pois esse papel compete ao árbitro. No que pertine à mediação, o acordo tem a função de satisfazer as partes, propiciar a manutenção dos laços existentes entre as mesmas, em vistas a amenizar os conflitos provenientes das relações jurídicas entre os sujeitos, deve ser algo com que ambas se sintam bem, nas outras duas instituições o acordo/sentença arbitral não é necessariamente algo que irá condizer com as vontades das partes e, em regra, não levará em consideração o relacionamento entre elas. Na conciliação, são apontadas opções, sugestões, e as partes vão cedendo ou aceitando as propostas, até que se chegue numa alternativa com a qual ambos os participantes estejam de acordo. Na arbitragem, o nome sentença arbitral já indica que não se trata de um acordo, e sim, de uma decisão imposta às partes.

Embora as políticas públicas alternativas se destinem a reduzir o congestionamento do Poder Judiciário,¹⁸³ devemos nos certificar de que os resultados representam melhorias efetivas no sistema de acesso à justiça e, não apenas outros remédios para seus problemas. Mas, ainda assim, é importante manter o horizonte de possibilidade aberto para equilibrar o novo com o tradicional. Afinal, a sociedade abriga pluralidade de pensamentos, a qual propicia ao aparato estatal transformar e inovar suas demandas e respectivas soluções.

A sociedade e seus conflitos são entes dinâmicos, os quais o direito precisa acompanhar e atuar consoante tais necessidades. Nesse sentido, destaca-se o fato de que a mediação acolhe o conflito, pois propicia uma discussão acerca da disputa e, a partir desse debate se dá a evolução social. Portanto, os procedimentos informais anteriormente apresentados, procuram fazer com que a decisão seja tomada de forma justa, atendendo às características de cada política pública.

O Poder Judiciário é importante e necessário, porém, não consegue atualmente garantir à população a eficiência que é esperada. Existem muitos conflitos e, por isso, há várias alternativas que podem vir a auxiliar o juiz e o Judiciário, posto que apesar dessas

¹⁸³ Sobre o assunto ver os dados disponíveis no site: (http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731:justica-em-numeros&catid=319:justica-em-numeros&Itemid=944), Acesso em 12/09/2018.

alternativas apresentarem-se como informais, quando realizadas corretamente, asseguram a justiça. O excesso de burocracia e ritos, os quais escapam ao conhecimento dos cidadãos não garantem uma justiça eficiente, de modo que a simplificação do direito irá aproximá-lo do cidadão.¹⁸⁴

As resoluções alternativas de conflitos não surgem tão somente para “descongestionar” o Judiciário abarrotado de processos, mas emanam como políticas públicas alternativas à evolução social e ao crescimento de cada cidadão.

¹⁸⁴ “Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível para as pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a autorização de determinado remédio jurídico.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 156).

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi analisado o processo de construção e evolução de instituições e mecanismos alternativos de resolução de disputas destinados a assegurar a implementação da política pública de acesso à justiça pelo Poder Judiciário no Brasil, o qual derivou de um processo social, marcado pela busca de concretização, ampliação e alargamento dos direitos humanos e fundamentais individuais, coletivos e/ou difusos ao maior número de pessoas ou grupo de pessoas possível.

Este processo relacionado à dinâmica democrática da sociedade brasileira contemporânea, marcado por dilemas referentes à adaptação a uma ordem econômica internacional e às demandas por integração interna dos extratos sociais até então, excluídos do exercício formal das garantias do sistema social, sofre relevantes transformações.

Após diversos movimentos que resultaram ora em avanços ora em retrocessos (ditadura militar), associado ao aparato material das legislações, pactos, convenções internacionais sobre a organização, funcionamento do Poder Judiciário, dos direitos humanos, fundamentais individuais e coletivos, bem como, o princípio do acesso à justiça compõem um sistema judicial, o qual passa a disponibilizar órgãos e mecanismos instituídos pelo Poder Judiciário, com vistas a implementar políticas públicas aptas a concretizarem os anseios e direitos da população.

O processo de formulação das políticas públicas desde a identificação do problema, formulação de temas e alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação, orçamento, fiscalização até sua extinção é indispensável ter suas etapas cumpridas conforme a ordem estabelecida. Deste modo, deve ser cautelosamente articulado, avaliado e executado por profissionais de diferentes áreas do conhecimento humano que cooperem na concretização da respectiva política pública de forma adequada à coletividade.

Ressalta-se que, os processos de implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário inserem a judicialização em seu modelo, para a prestação jurisdicional de determinado direito. Uma política pública é judicializada quando constatada falha em sua implementação (ausência ou ineficiência) na distribuição ou nos parâmetros previamente definidos.

A política pública levada ao Judiciário gera a inversão nas etapas de seu ciclo, sendo ressignificada pela atividade jurisdicional. Outras alterações são experimentadas (elaboração da agenda e tomada de decisão) e a ordem judicial acarreta conflitos entre os

Poderes. Neste contexto, a atuação dos órgãos (Juizados Especiais, Defensorias Públicas e Ministério Público) e funcionários, assim como o uso dos mecanismos alternativos de resolução de disputas (Conciliação, Mediação e Arbitragem) instituídos pelo Poder Judiciário se prestam ao papel de executores da concretização desses direitos, por intermédio do princípio e da implementação da política pública de acesso à justiça, processo esse em curso e constante desenvolvimento em nossa sociedade.

Isto posto, a pergunta inicialmente formulada, objeto da presente dissertação, tem como ponto de chegada a resposta de ser possível a implementação de políticas públicas para o acesso à justiça pelo Poder Judiciário, desde que algumas modificações sejam introduzidas no sistema judicial, conforme demonstrados, por exemplo, no capítulo 3, itens 3 a 3.5. e tabelas.

As informações quantitativas e qualitativas trazidas sobre a relação dos fatores conjugados: proporcionalidade entre a quantidade de magistrados na unidade jurisdicional, demanda judicial e população (1998 e 2002); funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e instituição do Conselho Nacional de Justiça apontam para a minoração de problemas como a excessiva duração do processo, complexidade dos procedimentos judiciais e falta de transparência da prestação jurisprudencial, permitindo, assim, a ampliação do acesso à justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais – O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ANDERSON, C. W. **The place of principles in policy analysis**. American Political Science Review, v. 73, n. 3, set. 1979.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Almedina, Coimbra, 1978.

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Rev. bras. Ci. Soc. [online], vol. 14, n. 39, 1999. Disponível em: (www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf.)

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**, 2009 a. Disponível em: (http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)

ARRETCHE, Marta T. S. **Tendências no estudo sobre avaliação**. In: RICO, Elizabeth M. (Org.). **Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate**. São Paulo: Cortez, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, fev./maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2012. Artigo científico extraído da internet. Disponível em: (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>).

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes; BENTO, Daniel Freitas Drumond. **Viabilidade jurídica e econômica da arbitragem - uma análise econômica do instituto**, 2014. Disponível em: (http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/viewFile/65/35).

BOBBIO, N. **Política**. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 12. ed. v. 2. Brasília: Editora da UNB, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 2, n. 3, abr.-jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia por um direito constitucionalidade, luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALICCHIO, Vera. **Atos Institucionais**. São Paulo: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 2008. Disponível no site: (<http://cpdoc.fgv.br>).

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Justiça: acesso e descesso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: (<http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descesso>).

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil**. México, Fundo de Cultura Econômica, 1993.

CENEVIVA, Walter. **Conciliação no processo civil brasileiro**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CNJ. **Relatório de Prestação de Contas das Atividades Realizadas no Ano de 2007**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.

COBB, R. W.; ELDER, C. D. **Participation in American politics: the dynamics of agenda-building**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1983.

COHEN, Michael, MARCH, James e OLSEN, Johan. **A Garbage Can Model of Organizational Choice**. Administrative Science Quarterly, v. 17, 1972.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **As garantias institucionais dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/31244?mode=full>.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

COSTA, F. L. da; CASTANHAR, J. C. **Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos**. Revista de Administração Pública, v. 37, n. 5, set-out. 2003.

CUNHA, E.; CUNHA, E. **Políticas públicas sociais**. In: CARVALHO, A. et al. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG-PROEX, 2002.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial- Criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE LEON, P. A theory of policy termination. In: MAY, J. V.; WILDAVSKY, A. B. (Orgs.). **The policy cycle**. Beverly Hills: Sage Publications, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo, Editora RT, 1986.

DUNN, W. N. **Public policy analysis: an introduction**. 2. Ed. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1993.

BLANKENBOURG, Erhard. **Possibilité de transplanter d'un pays à un autre les expériences touchant l'accès à la justice. Ses limites**, In: Mauro Cappelletti (org.). **Accès à la Justice et Etat-Providence**. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?**, Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994.

FERREIRA, Patrícia A.; ALENCAR, Edgard; PEREIRA, José R. **Revisitando o modelo processual de análise de políticas públicas a partir das relações entre Estado e sociedade**. In: **Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social**, v. 6, Trabalhos apresentados. São Paulo: Enapegs, 2012.

FREIRE, Alípio. **Relatório de prisão, encaminhado à Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania de São Paulo**. São Paulo: Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania, 2002.

FREIRE, André Luiz. **Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, nº 248. São Paulo: Atlas: FGV, maio/agosto, 2008.

FREY, K. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e políticas públicas**, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n. 21, 2000. Disponível no site: <http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 a.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 b.

GIULIANI, M. **Policy termination**. In: CAPANO, G.; Giuliani, M. **Dizionario di Politiche Pubbliche**. Roma: Carocci, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Políticas Públicas Como Instrumentos de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: das Etapas de Implementação à (Im)Possibilidade de Controle Jurisdicional**. 251 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009.

GONÇALVES, Tatiane de Oliveira. **Arbitragem em Contratos: análise econômica**. Nova Lima: Faculdades Milton Campos, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

HERTEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais da Emenda Constitucional n. 45**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>).

HUTTER, Rudolf. **Os princípios processuais no Juizado Especial Cível**. São Paulo: Iglu, 2004.

JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric. **Human Rights and the construction of democracy**. In: JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (Org.). **Constructing Democracy: Human Rights, Citizenship and Society in Latin America**. Westview Press, 1996.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. **Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica**. São Paulo: Revista de Processo, 1997.

KINGDOW, W. John. **Agendas, alternatives and Public Policies**. Boston: Little Brown and Company, 1984.

KRIELE, Martin. **Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte**. In: Achterberg, N. (org.). **Öffentliches Recht und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin**. Berlin: Dunker & Humblot, [s. d.].

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEMES, Selma. **A arbitragem como forma de solução de conflitos contratuais e sua dimensão econômica. Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**, tomo 3. Coordenação por Maria Lúcia L.M . Padua Lima. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINDBLOM, C. E. **The science of “mudding through”**. Public Administration Review, v. XIX, n. 2, 1959.

MACHADO, Felipe R. S.; DAIN, Sulamis. **A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão da saúde no Brasil**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, jul./ago. 2012.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **Princípios políticos dos juizados especiais**. In: **Ajuris**. Porto Alegre, jul.1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Eduardo Della Giustina. **A análise econômica da arbitragem**, 2009. Disponível no site : (<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1971>).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo, Malheiros, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 219 p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>.

MENY, Y.; THOENIG, J. C. **Le politique pubbliche**. Bolonha: Il Mulino, 1991.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MICHELIS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Tradução de Arthur Chaudon. Brasília: UnB, 1982. (Coleção Pensamentos Políticos, 53).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOTTA, Luiz E.; MOTA, Maurício (Org.). **O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NASCIMENTO, Joelma Gomes do. **Mediação: meio alternativo para solução de conflitos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8921).

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

O'DONNELL, Guillermo. **Notas sobre la Democracia en América Latina. Informe La Democracia en América Latina – Anexo 2: El Debate Conceptual sobre la Democracia en América Latina**. 2004. Disponível no site: (<http://democracia.undp.org>).

OFFICE OF HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Human rights and poverty reduction: A conceptual framework**. New York: United Nations, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7ª ed.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLSON, M. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. São Paulo: Edusp, 1999.

O'TOOLE JR., L. J. **Interorganizational relations in implementation**. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). **Handbook of public administration**. Londres/Califórnia: Thousand Oaks/Sage Publications, 2003.

OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. (Ed.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 5ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **E a justiça aqui tão perto?: As transformações no acesso ao direito e à justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 65, maio 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PINHEIRO, Paulo Sérgio (Coord. NEV-USP). **Continuidade autoritária e construção da democracia**. Relatório final. São Paulo: Fapesp/CNPq e Fundação Ford, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013.

PRESSMAN, J. L.; WILDAVSKY, A. B. **Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland: Or, why It's Amazing that Federal Programs Work at All, this Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes.** Berkeley: University of California Press, 1973.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Rev. Direito GV [online], vol. 4, n.1. 2008.

PUPO, Álvaro de Carvalho Pinto. **Meios alternativos: Advogado compara custos da arbitragem com o Judiciário,** 2014. Disponível no site: (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>).

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIF, Linda C. Building democratic institutions: **The role of National Human Rights Institutions in good governance and human rights protection.** Harvard Human Rights Journal, [S.l.], v. 13, 2000.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **O que quer dizer “Acesso à Justiça”?**, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>

ROSSI, Dieyne Morize. **O Juizado Especial Cível como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça,** 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>

SABATIER, P. A. **Policy change over a decade or more.** In: SABATIER, P. A.; JENKINS-Smith, H. C. **Policy change and learning: in a advocacy coalition approach.** Boulder: Westview Press, 1993.

SABATIER, P. A. **Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis.** Journal of Public Policy, v. 6, n. 1, 1986.

SADEK, Maria Teresa. **Acesso à Justiça.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. **O judiciário e a prestação de justiça.** In: SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão.** Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. Rio de Janeiro: Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHNEIDER, Volker. **Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas**. Revista Civitas, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./jun. 2005.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: EDUSP, 1983.

SECCHI, L. **Agenda building in Brazilian municipalities: when and how citizens participate**. In: FRANZKE, J. (Org.) **Making civil societies work**. 1. ed. Postdam: Editora da Universidade de Postdam, 2006.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SEN, Amartya. **Inequality re-examined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Pedro L. B. (Coord.). **Modelo de avaliação de programas sociais prioritários**. Relatório Final. Campinas: Nepp/ Unicamp, 1999.

SILVA, Tiago Eler; CREMASCO, Suzana Santi. **As medidas antiarbitrais como entraves do acesso à justiça**, 2013. Disponível em: (<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/as-medidasantiarbitrais-como-entraves-do-acesso-c3a1-justic3a7a-suzana-santi-cremasco-e-tiago-eltersilva.pdf>).

SIMON, H. A. **Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization**. Nova York: Macmillan, 1947.

SJOBLOM, G. **Problemi e Soluzioni in Politica**. Rivista Italiana di Scienza Politica, v. 14, n. 1, 1984.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, v. 8, n. 16, jul./dez. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**, p. 3 e 5. Artigo extraído da internet. Disponível em: (<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>).

STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados. Revista de Ciências Sociais, v. 50, n. 2. Rio de Janeiro, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1ª ed., v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UCHÔA, Marcelo R. **O poder judiciário à luz da reforma da EC 45/04**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional apresentada à Universidade Federal de Fortaleza, 2006.

VARGAS, Joana D. **Estupro: que justiça?**, Tese de doutorado. Rio de Janeiro: IuperJ, 2004.

VENTURA, Zuenir. **1968, o ano que não terminou**. 3ª ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

VIANA, Ana Luiza. **Abordagens Metodológicas em Políticas Públicas**. Revista de Administração Pública, n. 30, vol. 2, mar./abr. Rio de Janeiro, 1996.

VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; e SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, nov. 2007.

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

VIANNA, Luiz W. **O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação**. In: OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo M. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008.

VIEIRA, Oscar Vieira. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, In: **Participação e processo**, São Paulo, Ed. RT, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo, Edição RT, 1987. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3350/consideracoes-sobreatutela-jurisdicional-diferenciada#ixzz3KNwevGFz>

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coords.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. (2 volumes), 4ª ed. Trad. Régis Barbosa, Karen Barbosa. São Paulo: UnB-Imesp, 2004 b.