

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

ANSELMO LAGHI LARANJA

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E
LIMITAÇÃO DO ACESSO DO ESTADO AO PODER JUDICIÁRIO**

VITÓRIA

2018

ANSELMO LAGHI LARANJA

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E
LIMITAÇÃO DO ACESSO DO ESTADO AO PODER JUDICIÁRIO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Curso de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais.
Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz

VITÓRIA

2018

ANSELMO LAGHI LARANJA

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DO ACESSO DO ESTADO AO PODER JUDICIÁRIO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Curso de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais.

Aprovada em de de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Bruno Wanderley Junior
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme
Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus pais, Terezinha e Dailson; à Kátia, minha esposa; aos meus
filhos Carol, Claudinho, Pedro e André; ao meu neto, Henrique.

AGRADECIMENTOS

Quando fiz os agradecimentos na dissertação do mestrado, ali já expressara que, diferentemente do que pensava no início, a produção intelectual e acadêmica não são práticas solitárias ou isoladas. Aqui na FDV, no doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, cujo rigor acadêmico e a qualidade intelectual dos professores e dos discentes são de altíssimo nível, ainda mais necessitei de apoio e colaboração. Essas palavras, portanto, são um modo singelo, mas de coração, de expressar minha gratidão a todas as pessoas e instituições que me auxiliaram nesta pesquisa.

Começo por Deus, meu incansável protetor, que sempre abençoou meu caminho e, mais que isso, colocou ao meu lado essas pessoas e as habilitou para terem atenção e paciência comigo.

Ao estimado Professor Doutor Daury Cesar Fabriz, meu orientador, todo agradecimento será pouco. Desde nosso primeiro contato, quando o procurei para expressar meu desejo de ingressar como aluno especial do programa, pude contar com os ensinamentos sábios de um experiente e refinado constitucionalista. Democrata que é, aceitou orientar uma tese que guarda mais relação com o meu cotidiano profissional do que com os temas que até então ele pesquisava. A partir daí, foi um criterioso partícipe deste trabalho. Até os textos de sua obrigatória disciplina e o seminário que nela apresentei foram direcionados a esta tese. Professor Daury, muito obrigado por tudo, esta pesquisa só se tornou possível em razão do critério de sua orientação que, a todo tempo, corrigiu os rumos do trabalho.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, pela liberação parcial de meu ofício de magistrado no horário das atividades acadêmicas.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV e a todos seus professores, em especial às Professoras Doutoras Paula Castello Miguel e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pelo apoio e incentivo, pelos ensinamentos e, acima de tudo, pelo esmero com que conduzem o curso, tornando o programa cada dia mais respeitado, galgando estágios cada vez mais elevados, em um trabalho sério de pesquisa e ensinagem voltados ao Direito e ao ser humano.

Aos Professores Doutores Aloisio Krohling e Adriano Sant'Ana Pedra, pelas valiosíssimas colaborações que deram à tese na Banca de Qualificação, as quais procurei incorporar integralmente ao trabalho.

Aos Professores Doutores João Maurício Adeodato, Samuel Meira Brasil Júnior e Alexandre de Castro Coura, cujas disciplinas proporcionaram a base fundamental para a tese.

Aos Professores Doutores Bruno Wanderley Junior e Fernando Gonzaga Jayme, que integram a Banca Examinadora da tese, cujas pesquisas muito contribuíram para o trabalho. Obrigado pela prestigiosa participação dos senhores.

Aos meus colegas de doutorado e mestrado da FDV, com os quais cursei as disciplinas; também aos alunos da graduação, que integram os Grupos de Pesquisa, meu muito obrigado por terem compartilhado comigo esses anos de estudo e trabalho acadêmico, dividindo aflições e também alegrias do aprender. Especialmente à colega Yumi Maria Helena Miyamoto, por me ajudar sempre, meu muito obrigado.

A Léo e Bira, que tanto me ajudaram na pesquisa e em minhas tarefas cotidianas, meu muito obrigado. Vocês foram fundamentais.

Deixei minha família para o final, porque sabia que seria tomado por profunda emoção ao falar das pessoas que mais amo e a quem devo tudo.

Agradeço inicialmente aos meus pais, Terezinha e Dailson, que me deram tudo que tenho e sou. Agradeço a eles pela minha vida, pelo amor incondicional, pelo apoio fundamental, não só ao doutorado, mas em tudo que eu fiz até hoje. Eles me deram também Loredana e Suzany, minhas duas irmãs que tanto amo e que sempre me incentivaram. Obrigado por todo apoio de vocês.

Deus quis que minha alegria de viver fosse enorme e me presenteou com quatro filhos amadíssimos, Carol — que já me deu meu netinho Henrique —, Claudinho, Pedro e André. Filhos queridos, obrigado pelo amor que me estimula. Obrigado pela paciência comigo, por suportarem minhas ausências e minhas ansiedades. Amo vocês!

E tudo isso só foi possível porque Kátia, minha amada esposa, existe em nossas vidas. Companheira em tudo, até no ofício, é ela o alicerce de nossa casa. Sábia, protetora, firme e carinhosa na medida certa, cuida de todos nós com a grandeza com que Deus a agradeceu. A

você, meu amor, muito obrigado pelo apoio e pelo incentivo, por se sacrificar para me permitir estudar, por dividir comigo tantos cursos antes e que me deram a base para esta nova etapa, por ler meu trabalho e me ajudar nas reflexões, por ter paciência em me ouvir falar disso o tempo todo. Não fosse a doçura de viver ao seu lado, tudo isso teria sido muito penoso.

"Há duas espécies de ingenuidade: uma ainda não percebeu todos os problemas e não bateu a todas as portas do conhecimento; a outra, de uma espécie mais elevada, resulta da filosofia, que, tendo olhado dentro de todos os problemas e procurado orientação em todas as esferas do conhecimento, concluiu que não podemos explicar nada, mas temos de seguir as convicções cujo valor inerente nos fala de maneira irresistível".

Albert Schweitzer

RESUMO

Apresenta-se o resultado do estudo e da pesquisa promovidos no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), mais especificamente na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, com o objetivo de responder a seguinte pergunta: quais os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário em um contexto de morosidade sistêmica? Com esse norteamento, estabelece-se como base teórica e metódica a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, a partir da qual são explicadas suas principais características. Formulam-se hipóteses sobre o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça com base nos elementos de concretização *strictore sensu* (método de interpretação gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico), com base nos dados linguísticos extraídos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como, de forma secundária, outros dispositivos normativos que lhes sejam correlatos. Apreende-se o âmbito normativo de crise do Poder Judiciário decorrente da morosidade sistêmica e avalia-se a influência do comportamento das pessoas jurídicas de direito público nesse contexto. Realiza-se teste de falibilidade das hipóteses do programa normativo com base na análise do inteiro teor de 65 precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2015 e buscam-se, a partir deles, parâmetros específicos de utilização do direito fundamental de acesso à justiça. Conectam-se as hipóteses do programa normativo, os parâmetros de utilização do direito de acesso à justiça aferidos pela jurisprudência do STF e os dados aferidos do âmbito normativo de morosidade sistêmica e participação do Estado para se avaliar aqueles fundamentos constitucionalmente adequados que podem ser utilizados para auxiliar na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça pela desjudicialização e pela limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Acesso ao Poder Judiciário. Limitação de Acesso. Desjudicialização. Pessoa Jurídica de Direito Público.

ABSTRACT

This thesis is the result of the study and research upheld in the *Stricto Sensu* Postgraduate Program of the “Faculdade de Direito de Vitória” (FDV), more specifically, following the research guideline "Democracy, Citizenship and Fundamental Rights". Its objective is to respond the question: what are the constitutionally adequate grounds for limiting the access of legal entities ruled by public law (State) to the Judiciary in the context of systemic sluggishness? Bearing that in mind, the Law Structuring Theory by Friedrich Müller's is established as a theoretical and methodical basis, from which its main characteristics are explained. Hypotheses on the normative program of the fundamental right of access to justice are formulated based on the elements of *strictore sensu* actualization (grammatical, systematic, historical, genetic and teleological interpretation) based on the linguistic data extracted from art. 5th inc. XXXV of the Federal Constitution and art. 25 of the American Convention of Human Rights, as well as other correlated normative provisions in a secondary way. The normative scope of the crisis of the Judiciary Power is understood as a consequence of the systemic sluggishness, and the influence of the behavior of legal entities of public law in this context is assessed. A fallibility test on the hypotheses of the normative program is carried out based on the analysis of the entire content of the previous 65 precedents judged by the Federal Supreme Court between 1988 and 2015, and specific parameters to use the fundamental right of access to justice based on them are searched. The hypotheses of the normative program are linked, the parameters of use of the right of access to justice are assessed by the jurisprudence of the Supreme Court, the data from the normative scope of systemic sluggishness and State participation are checked, in order to verify the constitutionally adequate grounds that could be used to assist in the actualization of the fundamental right of access to justice by the reduction of litigation abuse and limitation of the State's access to the Judiciary.

Keywords: Access to Justice. Access to Judiciary Power. Restriction of Access. Reduction of litigation abuse. Legal Entities of Public Law.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Crescimento acumulado dos processos recursais	159
Gráfico 2 – Série histórica de casos novos, casos baixados e estoque	160
Gráfico 3 – Relação entre carga de trabalho e produtividade.....	166
Gráfico 4 – Série histórica da movimentação processual.....	169
Gráfico 5 – Tempo médio do protocolo até a baixa nas etapas processuais de conhecimento e de execução.....	177
Gráfico 6 – Correlação da taxa de congestionamento com advogados por magistrados	183
Gráfico 7 – PIB dos Estados Federativos x Despesas do Poder Judiciário (em R\$ bilhões) .	186
Gráfico 8 – Série histórica de despesas	187
Gráfico 9 – Relação de gastos com o Poder Judiciário e o Produto Interno Bruto de dez países europeus e do Brasil	189
Gráfico 10 – Série histórica do desempenho da AGU.....	199
Gráfico 11 – Série histórica do impacto da execução fiscal na taxa de congestionamento ...	202
Gráfico 12 – Distribuição dos processos de execução fiscal segundo o motivo da baixa.....	208
Gráfico 13 – Probabilidade de baixa por pagamento, em relação ao valor da causa	210

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Índice de atendimento à demanda, taxa de congestionamento e estoque pendente do Poder Judiciário	167
Tabela 2 – Crescimento da despesa do Poder Judiciário em relação ao PIB brasileiro	188
Tabela 3 – Maiores litigantes do Poder Judiciário (2012, segunda edição)	191
Tabela 4 – Dez maiores litigantes do Poder Judiciário (2011, primeira edição).....	192
Tabela 5 – Desempenho de litigância habitual do governo norte-americano.....	195
Tabela 6 – Taxa mínima de derrotas no polo ativo para os maiores litigantes do STF.....	197
Tabela 7 – Classificação temática dos acórdãos que compõem a amostra de pesquisa	234

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGR	Agravo Regimental
AGU	Advocacia-Geral da União
AI	Agravo de Instrumento
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
AO	Ação Ordinária
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DEM	Democratas
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
EUA	Estados Unidos da América
FDV	Faculdade de Direito de Vitória
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IAD	Índice de Atendimento à Demanda
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LA	Lei de Arbitragem
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PET	Petição
PGR	Procuradoria-Geral da República
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Programa Integração Social
PJ	Poder Judiciário
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
PT	Partido dos Trabalhadores
QO	Questão de Ordem
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RH	Recursos Humanos
SE	Sentença Estrangeira
SICAU	Sistema Integrado das Ações da União
SS	Suspensão de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TJ	Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TSTF	Tesouro do Supremo Tribunal Federal
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UnB	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 ANTECIPAÇÃO TEÓRICA PARA O ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	27
2.1 A POSTURA RETÓRICA E A POSTURA GNOSIOLÓGICA FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS INDETERMINADAS	30
2.1.1 Aspectos gerais da Teoria Estruturante do Direito	33
2.2 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER	36
2.2.1 Teoria Estruturante e mutação constitucional	44
2.3 O PRAGMATISMO DE CHARLES SANDERS PEIRCE	53
2.3.1 Diferença entre pragmatismo e utilitarismo	62
2.3.2 Diferença entre pragmatismo e pragmaticismo	66
2.4 UMA CONCEPÇÃO METÓDICA DE JUSTIÇA: PRESSUPOSTO PARA UM PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO ADEQUADO À VINCULAÇÃO POLÍTICA DA TEORIA ESTRUTURANTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	73
2.4.1 O sistema político e o processo de concretização da norma jurídica em um Estado Democrático de Direito	73
2.4.2 Em busca de uma concepção metódica de justiça no quadro de um Estado Democrático de Direito	80
2.4.2.1 Justiça como revelação profética	81
2.4.2.2 Justiça como respeito à tradição	83
2.4.2.3 Justiça como cumprimento de uma promessa	85
3 O PROGRAMA NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONSTITUCIONALISMO DE 1988	88
3.1 O SENTIDO ATRIBUÍVEL AO ENUNCIADO DO ART. 5º, INCISO XXXV, A PARTIR DAS PRÉ-COMPREENSÕES JURÍDICAS E A SUA CONDIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL	94
3.1.1 A posição normativa do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e a influência da natureza de preceito fundamental no processo de concretização do direito fundamental de acesso à justiça	95
3.1.1.1 O direito humano à proteção judicial no ordenamento jurídico internacional	101
3.1.1.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição no ordenamento jurídico interno	108

3.1.2 O impacto do enunciado constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal na atribuição da atividade jurisdicional do Poder Judiciário	115
3.2 O PROGRAMA NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA DINÂMICA LEGISLATIVA	120
3.2.1 O princípio da inafastabilidade da jurisdição: resposta a períodos autoritários ..	122
3.2.2 A construção do preceito fundamental do art. 5º, inciso XXXV, no processo constituinte de 1988	127
3.2.3 O acesso à justiça na Constituição Federal de 1988 e a consagração dos direitos fundamentais	130
3.2.4 As reformas institucionais e processuais pós-Constituição Federal de 1988: respostas legislativas às dificuldades práticas de implementação do direito fundamental de acesso à justiça	132
3.3 A FORÇA NORMATIVA CONCRETA E A VINCULAÇÃO MATERIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: DUAS HIPÓTESES DE TRABALHO	135
4 O SISTEMA DE JUSTIÇA E A MOROSIDADE SISTÊMICA BRASILEIRA COMO COMPONENTE DO ÂMBITO NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	142
4.1 UM DIAGNÓSTICO ACERCA DA LITIGIOSIDADE BRASILEIRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS	147
4.1.1 A cultura da litigância e o crescimento exponencial das demandas judiciais pela ampliação de acesso à Corte Constitucional após a Constituição Federal de 1988	151
4.1.2 A incongruência entre a alta produtividade do Poder Judiciário brasileiro e o crescimento do acervo de processos pendentes de julgamento	162
4.1.3 A produtividade seletiva e a discrepância de celeridade entre as etapas de conhecimento e execução do processo judicial	173
4.1.4 A proporção entre advogados, magistrados e população e sua correlação com a litigiosidade	181
4.1.5 A inconveniência na adoção de medidas onerosas de aperfeiçoamento do sistema de justiça devido ao alto custo do Poder Judiciário brasileiro	185
4.2 A PARTICIPAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	190
4.2.1 O Estado brasileiro em juízo e a utilização das vantagens da litigância habitual .	193
4.2.2 A execução fiscal: caso extremo de ineficiência	201

4.3 OS ELEMENTOS RELEVANTES DO ÂMBITO NORMATIVO NA FORMAÇÃO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DE CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	212
5 A ESTRUTURAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA ...	219
5.1 ELEMENTOS METÓDICOS PARA A PESQUISA JURISPRUDENCIAL	221
5.1.1 Indexação.....	221
5.1.2 Tesouro	222
5.1.3 Operadores <i>booleanos</i>	224
5.1.4 Seleção da amostra no universo da jurisprudência do STF para esta tese	225
5.2 CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	231
5.2.1 A inafastabilidade da jurisdição: garantia à separação de poderes e reconhecimento da prerrogativa do Poder Judiciário na validação de outros fóruns de resolução de conflitos.....	236
5.2.1.1 Controle judicial da atividade legislativa	238
5.2.1.2 Controle judicial da atividade administrativa.....	243
5.2.1.3 Controle judicial de outros fóruns de resolução de conflitos	251
5.2.2 A necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça	260
5.2.2.1 Ônus financeiro para a provocação da jurisdição.....	261
5.2.2.2 Relativização de normas processuais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.....	267
5.2.2.3 Regulamentação de prazo prescricional	273
5.2.2.4 Regulamentação sobre provas	275
5.2.2.5 Segurança jurídica: uniformização da jurisprudência e coisa julgada.....	277
5.2.2.6 Limitação à tutela cautelar em desfavor das pessoas jurídicas de direito público	280
5.2.2.7 Precatório.....	283
5.2.2.8 Funções essenciais à justiça.....	285
5.2.2.9 Liberalidade	292
5.2.2.10 Demais acórdãos da amostra	297
5.3 UMA TEORIA DA PRÁTICA JURÍDICA PARA A CLARIFICAÇÃO DA REGRA DE INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	300

6 CONCLUSÃO	306
REFERÊNCIAS	335

1 INTRODUÇÃO

A construção de uma comunidade de pessoas livres e iguais é um dos projetos mais ambiciosos que os seres humanos já se propuseram a realizar. Na Grécia Antiga, nos movimentos revolucionários burgueses ou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ideia de que é possível alcançar compreensão e harmonia entre pessoas e povos segue orientando boa parte das transformações históricas vividas pela humanidade.

Junto com esse projeto, nasce a lei escrita, instituição social que permanece até hoje servindo de instrumento de uniformização de regras igualmente aplicáveis a todos os membros de uma sociedade organizada (COMPARATO, 2013, p. 24). O herói mitológico Teseu proclamou que “[...] quando as leis são escritas, tanto os pobres como os ricos têm igual justiça. Os fracos podem responder aos poderosos com as mesmas palavras se forem insultados; o pequeno vence o grande se estiver a seu lado a justiça” (EURÍPIDES, 1995, v. 430-440).

Exemplo de uma codificação do direito no Mundo Antigo, o Código de Hamurabi (JOHNS, 1910-1911) ilustra um sofisticado sistema de leis baseado em proposições condicionais que vinculavam uma determinada conduta a uma determinada sanção previamente estabelecida e divulgada publicamente. Isso guarda certa similitude com o sistema de direito positivo característico das democracias contemporâneas.

Os estudos que analisam o sistema jurídico do Império Babilônico tradicionalmente explicaram a sistematicidade do Código com base em dois tópicos, relativos a "pessoas" e a "coisas" (LYON, 1904, p. 250; PFEIFFER, 1920, p. 310). Apesar disso, os primeiros artigos não tratam do regramento da propriedade, nem dos relacionamentos interpessoais.

Os cinco primeiros artigos do Código Hamurabi (JOHNS, 1910-1911) referem-se ao abuso do uso do sistema de justiça¹. Por mais que não existisse um Poder Judiciário sob os moldes modernos, as primeiras regras dispostas visavam a preservar a correição do sistema de justiça.

¹ O termo “sistema de justiça” foi escolhido para representar, nesta tese, um conceito genérico que engloba todos os meios de resolução de conflitos lícitos para um determinado agrupamento humano. Sua utilização é particularmente importante ao se falar de sociedades que não possuíam um Poder Judiciário tal qual as democracias modernas, mas também pode ser usado para indicar, no momento presente, o Poder Judiciário e todos os demais órgãos quando desempenham atividades de pacificação social, como os processos administrativos ou os métodos alternativos de resolução de conflitos. Com sentido um pouco mais restrito, sistema de justiça é conceituado por Maria Tereza Sadek (2010, p. 9-10) da seguinte forma: “[...] o sistema de justiça é mais amplo que o poder judiciário. A rigor, o juiz é apenas uma peça de um todo maior. O sistema de justiça envolve diferentes agentes: o advogado, pago ou dativo; o delegado de polícia; funcionários de cartório; o promotor público e, por fim, o juiz”.

Assim, trata-se de leis sobre a falsa acusação, o falso testemunho e o julgamento errôneo. A disposição privilegiada dessas regras merece atenção porque demonstra a preocupação com a garantia de que órgãos julgadores efetivassem justiça, bem como já impunha sanções contra seu mau uso.

A preocupação com o bom uso do sistema de justiça, como no exemplo do Código de Hamurabi, tornou-se mais complexa na contemporaneidade, reforçando que a efetivação de uma justiça igualitária não é garantida apenas com a positivação da lei. É necessário, ademais, a existência de leis equânimes e, mais que isso, um sistema de justiça comprometido por tornar real a promessa de igualdade.

O compromisso com a igualdade, por sua vez, requer que o sistema de justiça processe as demandas de forma íntegra e correta, que a decisão seja capaz de prevenir ou resolver o conflito em tempo adequado, bem como precisa conter instrumentos para que condições de desigualdade social ou econômica não inibam os indivíduos de acionarem os órgãos julgadores. Percebe-se, assim, que uma comunidade de pessoas livres e iguais demanda a existência de direito de acesso à justiça efetiva.

Nas democracias contemporâneas, a principal instituição para a resolução de conflitos é o Estado, que geralmente reserva a competência jurisdicional para órgãos específicos, os quais são comumente chamados de Poder Judiciário. Além disso, nas democracias constitucionais, a legitimidade de atuação do Estado está restrita às disposições das Constituições. O Poder Judiciário sempre desempenhou a função de resolver conflitos interpessoais, mas, gradualmente, também assumiu a posição de assegurar todas as disposições constitucionais. Nesse sentido, dois momentos da história do constitucionalismo norte-americano marcam a expansão das funções do Poder Judiciário.

Primeiro, o caso *Marbury vs. Madison* (KLATAU FILHO, 2003), no séc. XIX, iniciou a tradição de que o Poder Judiciário está apto para rever atos dos demais órgãos estatais, como aqueles com poderes administrativos (Poder Executivo) e poderes legislativos (Poder Legislativo), quando eles atuarem de forma contrária ao disposto no texto constitucional. Segundo, em uma série de demandas julgadas pela Suprema Corte Americana no século XX — *Brown vs. Board of Education*⁴ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1954), *Reynolds vs.*

⁴ Nesse precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos alterou sua jurisprudência e decidiu pela inconstitucionalidade da divisão de estudantes por etnia (brancos e negros) no sistema público de educação.

*Sims*⁵ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1964) e *Miranda vs. Arizon*⁶ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1966) —, questões que eram consideradas relegadas à discricionariedade política dos demais órgãos de Estado passaram a ser tratadas como matérias sujeitas ao controle judicial.

O que esses dois marcos possuem em comum é que tratam da expansão das funções do Poder Judiciário frente aos demais poderes estatais, a fim de resguardar direitos fundamentais. Nas primeiras manifestações do constitucionalismo, nos séculos XVII e XVIII, o Poder Legislativo foi considerado aquele órgão apto para frear arbitrariedades dos governantes. A partir dessas experiências norte-americanas, foi construída uma tradição de que o Poder Judiciário também pode assumir esse papel. Mesmo que, historicamente, esse fenômeno tenha surgido nos Estados Unidos da América, ele repercutiu por diversas democracias contemporâneas (TATE; VALLINDER, 1995), que assimilaram a crença de que o Poder Judiciário pode revisar atos dos demais órgãos estatais para garantir normas constitucionais e direitos fundamentais. Assim, trata-se de um quadro em que há tanto a concepção de acesso à justiça efetiva, quanto de ampliação das competências do Poder Judiciário. Essa situação gera novos desafios para a eficácia do sistema de justiça e demanda novas medidas em relação à sua efetividade.

No contexto brasileiro, observa-se que um dos novos desafios a serem enfrentados para se garantir a efetividade do sistema de justiça é a morosidade sistêmica, que assola estruturalmente o Poder Judiciário, principalmente decorrente da sobrecarga de trabalho, e o impede de dar respostas satisfatórias em tempo hábil (SANTOS, 2011, p. 27). O caso do Supremo Tribunal Federal (STF) ilustra essa situação. Em 1987, ano em que a Assembleia Nacional Constituinte estava elaborando o texto constitucional, o STF resolveu 20.122 casos. Já em 2007, o mesmo tribunal julgou 159.522 demandas, o que significa um acréscimo de quase 700% de sua carga de trabalho (VERÍSSIMO, 2008, p. 410).

Nesse sentido, pode-se falar de uma crise do Poder Judiciário, uma vez que, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 49), a linha da tendência da taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro é crescente. Isso significa que, por mais que tenham sido adotadas diversas reformas institucionais e processuais, o Estado brasileiro ainda

⁵ A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por uma reforma eleitoral para garantir que a relação de proporcionalidade entre a população dos distritos e seus representantes perante o Legislativo Estadual fosse atualizada frente às mudanças de densidade populacional decorrente de fenômenos de êxodo rural.

⁶ Nesse julgado, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que declarações de confissões só seriam válidas em julgamento caso o acusado fosse informado de seus direitos, inclusive o de receber assistência de um advogado e o de permanecer em silêncio.

não é capaz de julgar todas as demandas propostas perante o Poder Judiciário todos os anos, ao mesmo tempo em que diminui o acervo de processos pendentes do ano anterior. Por isso, o quadro se agrava a cada ano. Outro importante aspecto dessa crise é a grande proporção de processos em que o Estado é parte. Em 2010, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2011a, p. 5), os cinco maiores litigantes do Brasil eram entidades públicas, que representavam mais de 30% dos processos não resolvidos pelo Poder Judiciário.

Dentre as soluções propostas, há a informatização das varas judiciais, a criação de tribunais especializados, a informalização do sistema de justiça e a desjudicialização das demandas. Essas reformas transitam entre as posturas de aperfeiçoamento do sistema judiciário e prevenção de abertura de novos processos. O processo de desjudicialização, nesse quadro, busca incentivar que outros órgãos estatais ou as próprias partes em conflito alcancem uma solução para o litígio. São exemplos dessas iniciativas o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa, os termos de ajustamento de conduta, a arbitragem, a mediação e até mesmo a decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014a), que condicionou a ação judicial à prévia negativa de determinados benefícios previdenciários pelo órgão administrativo respectivo.

Essas iniciativas de retirada de determinadas demandas do Poder Judiciário nem sempre ocorrem de forma consensual nos diversos setores sociais e econômicos brasileiros. Ao contrário, por vezes, essa política é criticada por supostamente violar o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), preceito segundo o qual “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁷.

A perspectiva das democracias contemporâneas de garantirem justiça efetiva, somada à expansão das funções do Poder Judiciário, criam – mesmo que aparente – uma situação de

⁷ Exemplo da ausência de consenso sobre a desjudicialização de determinados temas e da evocação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135, em que a Confederação Nacional da Indústria pleiteou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que torna a Certidão de Dívida Ativa (CDA) título passível de protesto extrajudicial. Além de sustentar que o protesto representaria uma sanção política, a Confederação levou a julgamento o argumento de que a lei era materialmente inconstitucional por violar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Conforme petição inicial apresentada: “[...] a utilização do protesto pela Fazenda teria como o único propósito de funcionar como meio coativo de cobrança da dívida tributária, procedimento esse que revela verdadeira sanção política. Usar o protesto com tal escopo, então, é mera forma de execução indireta, à margem do devido processo legal, à revelia, portanto, do artigo 5º, XXXV, da CRFB” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2014, p. 9). Como resultado, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018) fixou a tese segundo a qual “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”.

tensão entre as propostas de desjudicialização de demandas e o direito fundamental de acesso à justiça.

Todas as vezes em que impasses como esses são levados ao Poder Judiciário, vencem e são vencidos argumentos que, gradualmente, auxiliam na compreensão de uma racionalidade acerca da prática constitucional sobre o sentido do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e sua relação com o direito fundamental de acesso à justiça. À medida que o tribunal constitucional brasileiro precisa analisar situações de limitações de acesso ao Poder Judiciário e avaliar sua adequação à Constituição Federal, é desenvolvida uma importante fonte de pesquisa para se compreender como diferenciar as propostas de descongestionamento do Poder Judiciário que são constitucionais daquelas que são inconstitucionais.

A partir desses pressupostos, esta tese adere-se à área de concretação “Direitos e Garantias Fundamentais” do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” na busca por examinar fontes bibliográficas, legislativas e, especialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para, com isso, responder a seguinte indagação: quais os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário em um contexto de morosidade sistêmica? Ao se tomar ciência que parcela vultosa da demanda ao Poder Judiciário tem como litigante o próprio Estado, bem como ciência das diversas tentativas de desjudicialização dos conflitos sociais, é preciso estabelecer parâmetros para determinar quando uma limitação de acesso ao Poder Judiciário representa uma violação à ordem constitucional e quando isso não ocorre.

Para auxiliar no desenvolvimento desta tese, foi escolhida a Teoria Estruturante do Direito, proposta por Friedrich Müller, como arcabouço teórico para se analisar o objeto de pesquisa, qual seja, o direito fundamental de acesso à justiça e as limitações de acesso ao Poder Judiciário. A Teoria Estruturante do Direito pode ser resumida por suas três características: esforço sintetizador, metódica pragmática e vinculação ao Estado Democrático de Direito. Essa base teórica contribui com importantes conceitos para a análise do fenômeno jurídico observado, como o de segurança jurídica, a partir da verificabilidade do processo decisório, e o de estrutura da norma, compreendida como programa normativo (dados linguísticos) e âmbito normativo (dados da realidade).

Por esforço sintetizador, entende-se que a Teoria Estruturante do Direito busca elaborar esquemas conceituais teóricos a partir da multiplicidade das discussões que permeiam determinada questão jurídica. Em outras palavras, pode-se dizer que se busca alcançar ideias gerais que estruturem os diversos argumentos que orientam o comportamento dos operadores do direito. A Teoria Estruturante do Direito propõe, também, a inserção de uma metódica pragmática para o Direito. Ela não se atém, de forma restrita, ao estudo dos enunciados linguísticos que formam as leis, mas a todos os aspectos que conformam o *modus operandi* dos operadores do direito.

Para se entender a metódica pragmática, fez-se uso de conceitos teóricos de Charles Sanders Peirce, pensador cuja teoria teve influência na obra de Müller e fundador do movimento pragmatista nos Estados Unidos da América e autor. Devido à amplitude da obra desse teórico, foram selecionados alguns dos conceitos pertinentes para esta tese, que tem como função lançar luz a determinados aspectos da metódica proposta pela Teoria Estruturante do Direito. Os elementos utilizados são a máxima pragmática e os conceitos de verdade, crença e dúvida. Já na metódica, sua análise acerca dos três tipos de raciocínio (abdução, dedução e indução) e o processo de inquirição por ele desenvolvido são usados para a compreensão do sentido do direito fundamental de acesso à justiça.

Em resumo, o processo de inquirição em Peirce é compreendido em três etapas e consiste (i) na formulação de hipóteses (abdução) sobre o sentido de um termo que é considerado vago ou obscuro; (ii) na dedução das consequências práticas necessárias para a adoção coerente dessas hipóteses; (iii) no teste de falibilidade dessas hipóteses com base na sua correspondência com os resultados de uma investigação empírica (indução). Essas etapas de inquirição peirceniana são lidas neste texto como correlatas ao processo de concretização proposto por Müller. Esse é o processo pelo qual Müller descreve as etapas que o jurista deve perseguir para alcançar a norma de decisão para uma determinada demanda. É importante que se deixe claro que concretizar

[...] não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no caso do positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mais restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito (MÜLLER, 2013, p. 125, grifos do autor).

Entende-se, então, que o processo de concretização dos enunciados constitucionais parte da formulação de hipóteses (abdução) da norma jurídica com base no programa (dados linguísticos) e âmbito (dados da realidade) normativos que formam o caso sob análise. Essas hipóteses são genéricas, mas vinculadas ao caso, formando uma estrutura tal qual “em um caso como este”.

Na presente tese, por exemplo, uma das hipóteses de trabalho sugere que o sentido literal do art. 5º, inciso XXXV, não é idêntico ao sentido da norma do direito fundamental de acesso à justiça, de forma que é possível, em determinados casos, limitar o direito de acesso ao Poder Judiciário, sem que isso represente restrição ao direito fundamental de acesso à justiça, mas sua própria afirmação. A partir dessa hipótese (abduzida), reflete-se sobre quais fenômenos observáveis, se existissem, serviriam de argumento empírico para fortalecer a hipótese. No caso do Direito, poderia-se pensar (deduzir) que, para essa hipótese ser verdadeira, o *modus operandi* dos seus operadores deveria ser compatível com ela. Com base no exemplo dado, poder-se-ia deduzir que uma das consequências práticas para a adoção da hipótese da existência de um direito fundamental de acesso à justiça, que não se confunde com o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, seria a existência de decisões judiciais cuja limitação de acesso ao Poder Judiciário fosse considerada constitucional. Frisa-se que essas etapas pressupõem que suas formulações contem com a experiência do pesquisador (ou do jurista) que as formulou, tendo o Estado Democrático de Direito como norte (MÜLLER, 2013, p. 125).

Por fim, a última etapa propõe que essa hipótese/norma seja aferida indutivamente. Na perspectiva do exemplo adotado, a forma escolhida de conferência empírica da falibilidade da hipótese e de suas consequências necessárias é a aferição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional com competência para interpretar o direito fundamental de acesso à justiça e o significado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Tendo isso em vista, diz-se que o objetivo desta tese é a formulação de hipótese de sentido da norma jurídica, apta para resolver um problema jurídico, ao mesmo tempo que é compatível com os pressupostos do Estado Democrático de Direito e com a prática da jurisdição constitucional. Ressalta-se, ainda, que tudo isso passa pela identificação do grau de interdependência em que os dados linguísticos e os dados da realidade interferem na concretização de sentido do direito fundamental de acesso à justiça.

Por vinculação ao Estado Democrático de Direito, compreende-se que a Teoria Estruturante do Direito serve como instrumento para uma aplicação igualitária e transparente do ordenamento jurídico. Assim sendo, ela não é compatível com estados ditatoriais ou, de forma geral, com organismos sociais que se baseiam em outras formas de dominação (como a tradicional ou a carismática), diferentes daquela burocrático-racional, conforme entendida por Max Weber. Explica Müller (2013, p. 233):

[...] minha Teoria e metódica do direito são, até nos detalhes, feitas exatamente para este Estado Democrático de Direito moderno — por exemplo, para o Brasil atual e para a Alemanha atual — para sistemas deste tipo ou com um *statute law* (e não para um *case law system*).

Além disso, a ideia de justiça desenvolvida por Walter Kaufmann (1969) em seu ensaio *A origem da justiça* serve como compreensão pragmática do termo “justiça” e, somada aos demais aspectos da base teórica, completam os pressupostos científicos que orientam essa tese. O posicionamento de Kaufmann é particularmente relevante porque, como visto, o processo de concretização exige a compatibilidade da norma jurídica formulada com os pressupostos do Estado Democrático de Direito. Assim, quando esse autor formula a justiça como “o cumprimento de uma promessa”, permite que a compreensão de justiça, que outrora tinha seu conteúdo vinculado a aspectos valorativos, possa se enquadrar ao contexto de pluralidade das democracias contemporâneas. Além do mais, essa perspectiva de justiça permite manter coerência com uma abordagem não axiológica e não positivista da tese, já que sustenta a necessidade de averiguação da realidade para a formulação de seu conteúdo.

O detalhamento das ideias que formam tanto a base teórica quanto a metódica foi reservado para a segunda seção da tese. Além disso, essa parte também serve para discorrer criticamente acerca dessas ideias, comparando-as com outras correlatas ou até mesmo com ideias antagônicas. Desenvolve-se, assim, uma fundamentação para responder porque a utilização desses conceitos foi importante para a tese.

Na terceira seção, sistematizam-se diversas fontes doutrinárias e legislativas (dados linguísticos) sobre uma concepção abstrata do direito de acesso à justiça e como esse direito se relaciona, no plano teórico, com a regra de inafastabilidade do Poder Judiciário insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Nos termos da base teórica trabalhada, trata-se da elaboração de hipótese de trabalho do programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça. Busca-se extrair a melhor hipótese explicativa que a Constituição permite para o sentido de acesso à justiça. Nessa parte da tese, não se trabalha apenas com o texto do art. 5º, inciso

XXXV, da Constituição federal, mas também com cláusulas correlatas, como o devido processo legal e a razoável duração do processo, por exemplo.

Na quarta seção, detalha-se, com base nos dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça e outras fontes de pesquisa e da literatura especializada, aspectos da "crise do Poder Judiciário" brasileiro e explica-se como determinadas concepções do direito de acesso à justiça entram em contradição fática com a efetividade desse acesso. Além disso, nesse quarto segmento, também se analisa como o próprio Estado brasileiro utiliza-se do Poder Judiciário, gastando recursos materiais e humanos concorrentemente com outras políticas públicas. Assim, são demonstrados dados acerca da quantidade e do perfil de demanda em que o Estado está presente, relacionando com a efetividade desses processos. Em resumo, na seção 4, objetiva-se, então, elencar dados da realidade que se vinculam à norma, no que Müller denomina "âmbito normativo".

Na seção seguinte, é feita uma sistematização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em correspondência à necessidade de um teste de falibilidade das hipóteses formuladas em relação ao direito de acesso à justiça. Nessa parte, primeiramente se explicita uma detalhada metódica de pesquisa jurisprudencial, para, em seguida, serem demonstrados aqueles temas em que o direito fundamental de acesso à justiça e o art. 5º, inciso XXXV, foram relevantes para a concretização da norma de decisão. Esse esforço sintetizador tem por objetivo pegar todos os dados dispersos nas decisões selecionadas e reuni-los em uma hipótese coerente acerca do que é uma norma de acesso à justiça, atividade a ser desenvolvida na sequência.

Então, na seção 6, pode-se aplicar as hipóteses formuladas e o conhecimento adquirido com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para estabelecer quais restrições de acesso das pessoas jurídicas de direito público ao Poder Judiciário são inconstitucionais e quais são constitucionais. Assim, é possível alcançar a explicitação dos fundamentos constitucionais da desjudicialização e da limitação do acesso do Estado ao Poder Judiciário, tal como ocorre na prática da jurisdição constitucional, possibilitando a verificabilidade da decisão por reconstrução do caminho percorrido pelo operador do direito, em razão da estruturação metódica da prática.

Com base na divisão da estrutura desta tese, deseja-se, ao final, ter estabelecido critérios coerentes que orientem políticas públicas de aperfeiçoamento do acesso ao sistema de justiça brasileiro e auxiliem no combate à morosidade sistêmica, sem afetar o direito fundamental de acesso à justiça.

2 ANTECIPAÇÃO TEÓRICA PARA O ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Um dos episódios históricos que mais alteraram a concepção global que se tem do Direito no século XX foi a Segunda Guerra Mundial. Assim explica Krohling (2009a, p. 50):

O advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) despertou o mundo para uma reformulação dos direitos humanos. Os horrores da guerra, não somente pelos sangrentos conflitos, mas principalmente pelas atrocidades dos regimes totalitários nazista, fascista e stalinista, mostraram um descaso pela dignidade da pessoa humana, o que fez emergir uma opinião pública internacional decidida a impedir que tais episódios se repetissem.

A formação das Nações Unidas e a aprovação da Declaração dos Direitos Humanos deram um passo em relação à universalização de determinados valores morais⁸. De forma geral, o reconhecimento, por grande parte da comunidade internacional, de uma lista de direitos fundamentais comuns a todos os seres humanos influenciou decisivamente os processos de constitucionalização iniciados após a Segunda Guerra. As principais características que podem ser observadas, com base nos exemplos das Constituições do pós-guerra na Alemanha (1949), na Espanha (1978), em Portugal (1976), na Itália (1947) e no Brasil (1988), são o reconhecimento e o fortalecimento da cogência das normas constitucionais e a presença massiva de termos indeterminados em suas disposições, como “justiça”, “dignidade” ou “bem-estar”.

Em relação à cogência das normas constitucionais, Guastini (2005), ao discorrer sobre o processo constituinte italiano, teorizou sobre o fenômeno da “constitucionalização do direito” presente naqueles ordenamentos jurídicos em que a constituição é “[...] capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais” (GUASTINI, 2005, p. 49, tradução livre)⁹. Em sua análise, Guastini (2005, p. 50-51) apontou duas características comuns dos processos de constitucionalização: (i) a manifestação de um ordenamento jurídico com uma constituição rígida — ou seja, um ordenamento jurídico que distingue, em níveis hierárquicos, as normas constitucionais das

⁸ Não é desprezada a profícua discussão acerca dos direitos humanos e o multiculturalismo, bem como acerca das críticas em relação ao processo de universalização mencionado. Apesar disso, a menção ao processo de universalização dos direitos humanos nesta tese é apenas uma descrição como acontecimento histórico. Para aprofundamento do tema, cf. Habermas (2002, p. 229-268), Taylor (1988) e Vita (2002).

⁹ No original: “capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relacionaciones sociales”.

normas produzidas pelo Poder Legislativo criado pela Constituição —; e (ii) a existência de um órgão de controle de adequação da legislação infraconstitucional às disposições constitucionais.

Já em relação aos termos indeterminados no texto constitucional, observa-se uma semelhança entre o reconhecimento dos direitos fundamentais pelas constituições nacionais e o estilo de escrita das declarações internacionais de direitos humanos. No caso brasileiro, por exemplo, observa-se a influência do discurso protetivo internacional, que se manifestou não apenas pelo alargamento do rol de direitos fundamentais reconhecidos, mas também pela reorganização da topografia da constituição, deixando essas normas em local privilegiado e de destaque (PIOVESAN, 2006a, p. 25-36).

Essas mudanças promovidas em âmbito político também afetaram a ciência jurídica e a Teoria do Direito, à época predominantemente formada sob os pressupostos positivistas. Como aponta Bobbio (1995a, p. 171), o positivismo consolida, em forma de pensamento jurídico, acontecimentos históricos ocorridos na Europa, tais quais a difusão da ideia de separação dos poderes, como apontada por Montesquieu; de silogismo, trazido por Beccaria, e dos pressupostos da escola da exegese. Tudo isso para formar uma concepção segundo a qual, no Estado de Direito, "[...] o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei", sendo o "poder judiciário, portanto, não [...] uma fonte principal [de Justiça]", mas apenas uma fonte delegada e, ainda assim, apenas quando lhe for autorizado, pela lei, a julgar segundo a equidade. Apenas nos casos em que estivesse previamente autorizado, o juiz poderia julgar conforme convicções de justiça (BOBBIO, 1995a, p. 171-172). No mais, a ciência do direito, sob os moldes positivistas, seria estritamente formalista, ou seja, concederia prevalência absoluta às deduções lógicas e à aplicação de conceitos jurídicos abstratos na interpretação do direito (BOBBIO, 1995a, p. 221). Por vezes, se concedia ao julgador essa possibilidade discricionária nos casos em que não pudesse ser encontrada, nos métodos de resolução de antinomias (cronologia, hierarquia ou especialidade), uma resposta para determinado conflito de normas jurídicas (BOBBIO, 1995b, p. 100).

O positivismo, a partir da metade do século XX, fez algumas concessões ao realismo jurídico. Hart (1994, p. 160), em sua obra *O conceito de Direito*, apresenta os pressupostos de sua visão de positivismo e explana sobre o fenômeno da discricionariedade de forma mais ampla e com maior destaque no fenômeno jurídico. Hart (1994, p. 140-142) considera que a discricionariedade tem uma dimensão intrínseca a qualquer fenômeno que envolve a linguagem, tendo em vista a característica da "textura aberta", ou seja, descrição linguística

alguma é capaz de determinar com perfeição todos os objetos e todas as ideias existentes, de forma que haverá aqueles casos em que essa descrição será imperfeita e realizada com certo grau de indeterminação. Outra dimensão da discricionariedade é a possibilidade de sua utilização consciente, como técnica de regulamentação, em determinados sistemas jurídicos, para adequada resolução de situações que só podem ser resolvidas quando surge um caso concreto.

Em alguns sistemas jurídicos, em certos períodos, pode ser que demasiadas coisas sejam sacrificadas à certeza, e a interpretação judicial das leis ou do precedente seja demasiado formal e assim não consiga responder às semelhanças e diferenças entre casos que só são visíveis quando considerados à luz das finalidades sociais. Noutros sistemas ou em outros períodos, pode parecer que determinadas coisas sejam tratadas pelos tribunais como casos perenemente em aberto ou susceptíveis de revisão nos precedentes, e atribui-se demasiado pouco respeito aos limites que a linguagem legislativa, não obstante a sua textura aberta, apesar de tudo fornece. A teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa; porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas (HART, 1994, p. 143).

Sob esse ponto de vista, Hart (1994, p. 144-145) explica acerca da discricionariedade como elemento relativamente comum no fenômeno jurídico, tendo em vista a necessidade que o órgão julgador tem de se utilizar, na fundamentação de suas decisões, de textos cuja característica da textura aberta é permanente.

Outro positivista da metade de século XX foi Kelsen, que alertou, em algumas de suas obras, que um sistema jurídico compreendido sob os moldes normativistas não deveria ser estruturado com base em normas indeterminadas e com força cogente. O julgamento realizado por concepções próprias de justiça era um fenômeno muito restrito na perspectiva original do positivismo jurídico, estando presente em situações pontuais como a insuficiência de elementos de dogmática ou a expressa autorização pela lei. No entanto, Kelsen apontou que termos indeterminados nos textos constitucionais poderiam dar a impressão, à Corte Constitucional, de que ela teria esse poder discricionário.

Em sua obra *Jurisdição Constitucional*, Kelsen (2003, p. 168-170) sustenta que termos indeterminados como os presentes nas declarações de direitos individuais não poderiam ser considerados cogentes, porque as concepções como “justiça” e “liberdade” são demasiadamente porosas¹⁰ e seus sentidos dependem muito do ponto de vista dos interessados.

¹⁰ O termo “poroso” é utilizado nesta tese no sentido atribuído por Adeodato (2011, p. 273) ao dizer que a “[...] porosidade diz respeito à evolução da vagueza e da ambiguidade em relação com o tempo, ou seja, de que maneira as expressões linguísticas modificam seus próprios alcance e sentido ao longo da história, é como que a historicidade das palavras, a historicidade de suas vagueza e ambiguidade. Assim é que significantes podem

Assim, defendia que esses enunciados deveriam ser entendidos sem força normativa, sob o risco de se dar às cortes constitucionais o poder discricionário de decidir contra a vontade do Poder Legislativo e da maioria da população, o que era inconcebível para sua concepção de democracia.

A observação da transformação dessa crítica em realidade foi atestada por boa parte da literatura especializada em jurisdição constitucional¹¹. Pode-se, para os fins desta tese, explanar a partir de duas posturas-modelo acerca da forma de encarar o desafio gerado pela estrutura das constituições da segunda metade do século XX: a postura retórica e a postura gnosiológica¹².

2.1 A POSTURA RETÓRICA E A POSTURA GNOSIOLÓGICA FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS INDETERMINADAS

O quadro construído em relação a um ordenamento jurídico formado por normas indeterminadas e com a presença de um órgão garantidor da eficácia dessas normas indeterminadas (até mesmo em relação ao Poder Legislativo) pôs em evidência a insuficiência do paradigma positivista dentro dessa realidade, o que tornou real as críticas elencadas por Kelsen.

Para analisar como essas limitações se manifestaram na aplicação do direito, ganhou grande relevância observar a atuação do Poder Judiciário e, principalmente, das cortes constitucionais. De forma geral, as aporias linguísticas ampliadas pela vagueza dos termos dos textos constitucionais contemporâneos puderam ser identificadas como uma das causas para

permanecer inalterados diante de modificações radicais em seus significados”. Vagueza, para Adeodato (2011, p. 272) “[...] diz respeito a dúvida sobre os predicadores, ou seja, a que grupos de objetos determinada expressão se aplica, até o que (onde, quando, quem) alcança [...]”, enquanto ambiguidade, “[...] incide sobre os indicadores, quanto ao sentido de um termo específico, seja porque não é compreendido, seja porque o mesmo termo designa objetos diferentes”.

¹¹ Na literatura especializada brasileira, é possível encontrar obras críticas à discricionariedade judicial, mesmo que com fundamentos diferentes do apresentado por Kelsen, como Kallás Filho e Fuzari (2016), Kremer e Paraguassu (2017) e Streck (2012).

¹² Os termos aqui utilizados são arbitrários e buscam dar ênfase às características que se quer das ideias a serem apresentadas. Assim sendo, por “posturas retóricas” quer se dar ênfase àquelas que buscam explicar o processo de julgamento de um caso jurídico como resultado da força dos interesses das partes envolvidas, inclusive o do julgador. Já “por posturas gnosiológicas” busca-se enfatizar aquelas teorias que explicam o processo de julgamento de um caso jurídico com base em fatores supraindividuais ou intersubjetivos de análise. Assim sendo, o termo “gnosiologia” é utilizado com sentido diverso daquele professado, por exemplo, por Adeodato (2011), em que seria gnosiológica qualquer teoria que trata sobre a forma de aquisição de conhecimento e seus pressupostos.

fenômenos de arbitrariedade no processo de aplicação do direito, mas duas posturas-modelo podem ser utilizadas para explicar a forma de abordagem com que essas aporias são tratadas.

A primeira delas, a postura retórica, possui forte concepção cética, identificando nessas aporias a comprovação de que o ordenamento jurídico, alheio aos interesses das partes em conflito, não possui qualquer força cogente. O Direito, nesse sentido, é uma realidade construída e seus métodos dogmáticos de interpretação e de aplicação das normas jurídicas são elementos de importância secundária e incapazes de explicar o comportamento dos agentes envolvidos (SOBOTA, 1991).

Essa primeira postura pode ser exemplificada pela abordagem apresentada por Katharina Sobota (1991, p. 49), que identifica uma incoerência entre o discurso professado pelo Poder Judiciário alemão, que diz utilizar premissas muito semelhantes à defendida pelo positivismo. No processo de análise de decisões judiciais, Sobota aponta que a racionalidade professada não se substancializa em métodos, mas em um estilo de apresentação de uma decisão legal. Dessa forma, busca apresentar-se como uma postura dogmática, mas se trata de uma postura retórica.

Assim, as construções tipicamente lógicas como silogismo¹³, entimema¹⁴, bem como o texto legal, que é professado como premissa maior do raciocínio de aplicação do direito, são entendidas como simples instrumentos retóricos, que devem ser estudados a partir da sua capacidade de gerar resultados e não a partir de uma suposta concordância com o sentido objetivo do texto legal ou com a vontade do legislador (SOBOTA, 1991, p. 59). Cabe ressaltar, desde logo, que a tese aqui desenvolvida buscou, para evitar essa crítica, manter seus pressupostos bem explícitos metodicamente e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

Outro ponto destacado por Sobota (1991, p. 59) é o fenômeno das contradições não explícitas, observadas na aplicação do direito, que a autora responsabiliza, em parte, pelo conceito de Direito derivado do racionalismo e do iluminismo europeus, que reduziu o Direito ao conjunto de normas positivadas pelo Estado. Essas contradições aparecem quando os tribunais julgam

¹³Conforme explica Copi (1981, p. 167), “[...] silogismo é um argumento em que uma conclusão é inferida de duas premissas [...]”; em sua forma típica, ainda, “[...] a premissa maior é formulada primeiro, a premissa menor em segundo lugar e, por último, a conclusão”.

¹⁴O entimema, assim como o silogismo, é considerado uma forma de raciocínio válida pela lógica clássica. Ele se diferencia do silogismo porque alguma das premissas é implícita, ou seja, fica subentendida (COPI, 1981, p. 208).

aparentemente conforme as normas de direito positivo, mas, na verdade, utilizam-se de várias outras fontes normativas, como costumes, precedentes ou emoções.

A principal crítica à abordagem retórica aqui tratada é que ela não possui, nem busca encontrar, instrumentos de redução de aporias. Como sua abordagem se preocupa mais em identificar contradições e estratégias em teorias alheias que refletir sobre caminhos alternativos não contraditórios, a retórica atua como um importante vigia para “desmascarar” falsas verdades, mas não como um idealizador de comportamentos.

Enquanto isso, as posturas aqui denominadas gnosiológicas entendem que, tal como o positivismo normativista de Kelsen falhou ao tentar reduzir a análise do fenômeno jurídico aos conceitos puros, a abordagem retórica falha ao desprezar qualquer tentativa de redução de aporias. Assim, as abordagens gnosiológicas pressupõem um verdadeiro ato de esperança no conhecimento por parte do jurista, mesmo que esse reconheça os obstáculos da linguagem que precisará enfrentar. Portanto, a postura gnosiológica é entendida como aquela que procura elementos de redução dessas aporias, mesmo que compreenda que é impossível eliminá-las.

Dentro dessa perspectiva, podem ser observados movimentos que concentraram suas tentativas de redução de aporias em determinados elementos comuns. Uma dessas correntes é a chamada “jurisprudência dos valores”, movimento extraído do comportamento jurisprudencial da Corte Constitucional alemã na segunda metade do século XX (HABERMAS, 1997, p. 315), que fundamentou, em um resgate ético do Direito, seus esforços para resolver o problema da indeterminação dos textos constitucionais¹⁵.

Nesse sentido, o tribunal alemão não utilizou apenas as prescrições estipuladas pelo legislador como seu objeto de interpretação, mas também as concepções axiológicas inseridas no texto constitucional por conta dos direitos fundamentais. O tribunal entendeu que os direitos fundamentais demonstram decisões valorativas do legislador, objetivadas no texto constitucional e capazes de, após interpretação, gerarem uma norma considerada mais adequada em relação a outras possibilidades lógicas advindas do mero enunciado textual.

¹⁵ Conforme explica Habermas (1997, p. 315, grifo do autor), com base na “jurisprudência dos valores”, “[...] a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ‘ordem concreta de valores’ (semelhante a de Max Scheler ou de Nicolai Hartmann)”.

A inserção do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais como um elemento de mitigação de aporias, no entanto, esbarrou na dificuldade de tornar o procedimento de utilização desses valores controlável ou verificável. Pela própria concepção de “valor”¹⁶, o seu uso veio acompanhado de interpretações ético-filosóficas de natureza especulativa que colocaram em dúvida a aplicação desses elementos em relação ao imperativo de fundamentação clara das decisões jurídicas.

Uma outra corrente no desenvolvimento de parâmetros para a redução de aporias foi capitaneada por Friedrich Müller, que desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito. Em termos gerais, a sua teoria busca mitigar as aporias dos enunciados constitucionais sem precisar, para isso, recorrer a elementos irracionais, aqui compreendidos como impossíveis de serem aferidos. Para tanto, elabora uma metódica jurídica com parâmetros racionalmente orientados para determinar os elementos do processo de julgamento. Com isso, ressignifica a compreensão de segurança jurídica como verificabilidade da decisão. Essa corrente serve de base teórica para a presente tese e seus pressupostos serão explicados a seguir.

2.1.1 Aspectos gerais da Teoria Estruturante do Direito

Müller nasceu em 1938, foi assistente de Konrad Hesse, procurador e advogado na Alemanha, bem como professor nas universidades de Friburg e Heidelberg (MÜLLER, 2013, p. 230). Conforme apresenta Paulo Bonavides (2013, p. 201), sua Teoria Estruturante do Direito busca unificar elementos que vinham sendo trabalhos de forma dissociada: a forma e a substância jurídicas. Trata-se de uma corrente que desloca o foco da relação da perfeição do método em si para a relação do *modus operandi* que o aplicador do direito pode ter em relação ao texto, desenvolvendo-se enquanto uma “teoria” da metódica jurídica.

Nesse sentido, as três características apresentadas por Friedrich Müller (2013, p. 12) da Teoria Estruturante do Direito — “esforço sinedizador [sic], o procedimento empírico-pragmático”¹⁷

¹⁶ A concepção de “valor” referida é aquela utilizada a partir do final do século XIX, identificada por Abbagnano (2007, p. 990) como “conceito subjetivista de valor”, que discorda da existência de valores absolutos e entende valor como uma concepção relativa ao homem e suas atividades.

¹⁷ Conforme descreve Müller (2013, p. 11, grifos do autor), a Teoria Estruturante do Direito “[...] concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações como textos de normas, no sentido da Linguística Moderna (i.e., pragmática) como ‘formulário de textos’; no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’”.

tanto na metodologia quanto na linguística, o engajamento não partidário mas político em prol do Estado Social de Direito e da Democracia efetiva" — são compreendidas da forma explanada a seguir.

Em relação ao esforço sintetizador, compartilha-se, aqui, da posição de Friedrich Müller (2013, p. 11) no sentido de que uma teoria pós-positivista¹⁸ deve, em contato com a realidade, desenvolver esquemas conceituais teóricos. Assim sendo, a análise das opiniões jurídicas em discussão, bem como dos diversos precedentes analisados, é entendida como elemento que forma uma racionalidade dinâmica e geral: dinâmica, porque está em constante processo de alteração; geral, porque pretende regular todos os casos que possuam o mesmo conjunto de dados relevantes.

Esses esquemas conceituais teóricos também possuem uma dimensão político-institucional em relação ao processo de aplicação do direito, tendo em vista que, por mais que a confiança na seriedade dos operadores do direito seja um elemento sempre necessário na efetivação do ordenamento jurídico¹⁹, ela não pode ser o único elemento de controle de uma maior precisão de racionalidade igualitária na aplicação do direito (MÜLLER, 2013, p. 13). Então, esses esquemas servem como elementos racionais de constrangimento da decisão, quer dizer, como limitadores de arbitrariedade.

Cabe a uma teoria pós-positivista a construção gradual de recursos analíticos que auxiliem o controle, a verificabilidade e a discutibilidade das decisões que resolvem as controvérsias jurídicas e os conflitos interpessoais (MÜLLER, 2013, p. 13). Diversos desses recursos analíticos desenvolvidos por Müller são utilizados nesta pesquisa, dos quais os principais são as concepções de “programa normativo”, “âmbito normativo” e “normatividade da norma”,

¹⁸ O termo pós-positivista é aqui compreendido no mesmo sentido que o empregado por Müller em sua obra *O novo paradigma do direito* (2013, p. 10-11). Conforme explica o autor, uma abordagem pós-positivista não tem como objetivo negar o positivismo (ou seja, ser antipositivista), mas superar a premissa positivista de que o enunciado do texto legal e a norma jurídica são a mesma coisa.

¹⁹ Essa necessidade é também demonstrada em outros autores, como Dworkin (1999, p. 306-307). Nesse sentido, ao passo que propõe a figura do juiz Hércules como um modelo para aplicação do direito, Dworkin reconhece o caráter normativo de sua teoria, ou seja, que a adoção dela implica que o juiz deve admitir que “[...] a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”. Caso isso não ocorra, o intérprete estaria agindo de má-fé. Müller também reconhece que o comprometimento moral dos julgadores é um fator importante na aplicação do direito, mas compreende que a criação de uma teoria pós-positivista precisa, também, enfrentar o obstáculo de encontrar ou desenvolver elementos de julgamento que inibam a má-fé.

explicados ao decorrer desta seção. Essas concepções se distanciam da perspectiva retórica tal qual apresentada pelas ideias de Sobota. Apesar disso,

[...] a hermenêutica de Müller não é ontológica ou essencialista, mas também não consiste no estudo dos procedimentos retóricos ou metodológicos da normatividade jurídica: ela investiga os pressupostos teóricos da atividade do jurista (ADEODATO, 2002, p. 240).

Já o procedimento empírico-pragmático, que também é uma característica da Teoria Estruturante do Direito, é entendido na tese a partir do pragmatismo de Peirce, que foi fundador, nos Estados Unidos da América, do movimento à época denominado pragmatista, cuja explanação de seus conceitos ainda será feita adiante.

Em relação ao engajamento político, Müller aponta, em diversos trechos de sua obra²⁰, que sua teoria foi construída para as democracias modernas que adotam o sistema conhecido como *statute law*²¹ e se consideram Estados Democráticos de Direito.

Ao mesmo tempo, quando discorre sobre sua compreensão de democracia, Müller (2013, p. 115-116) propõe que o Estado Democrático de Direito tem como características não só o processo de formação das leis, mas também uma compreensão organizacional de que todos os poderes estatais devem atuar de forma democraticamente mediada. Isso implica que a democracia também possui um nexo de legitimidade acerca do tratamento geral que é dado às pessoas, baseado na liberdade e na igualdade.

O entendimento de como essa perspectiva de liberdade e de igualdade (não sobre pressupostos de direito natural, mas de direito positivo) se compatibilizam com os demais aspectos da Teoria Estruturante do Direito é feito com o auxílio da compreensão de justiça dada por Walter Kaufman (1969), para quem justiça deve ser compreendida como o cumprimento de uma promessa. Assim, objetiva-se entender como essa influência de concepção política das

²⁰ Por exemplo, em *O novo paradigma do direito*, Müller (2013, p. 12; 13; 133) sustenta isso ao falar da vinculação ética e política da teoria ao Estado Social de Direito, discorrendo que a atuação de qualidade das instituições responsáveis pela interpretação do direito no Estado Democrático de Direito não pode ser unicamente dependente da confiança nos operadores, ao responder pergunta acerca da diferença de sua teoria para a tópica, entre outros temas.

²¹ O termo se refere àqueles sistemas jurídicos influenciados pelo processo de concentração do poder legislativo iniciado na Europa nos séculos XV e XVI, consolidando-se na figura do direito do Estado-Nação nos séculos XIX e XX, seguido pelo processo de codificação do direito. Nos países que sofreram esse processo, como Alemanha, França e Portugal, houve uma preponderância da lei frente às decisões judiciais pretéritas (GILISSEN, 2001, p. 206).

democracias modernas na Teoria Estruturante do Direito afeta sua preocupação com pressupostos de verificabilidade das ações realizadas pelos juristas.

2.2 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

A Teoria Estruturante do Direito desloca a ênfase da análise do resultado do processo de interpretação para a análise das formas de trabalho dos operadores jurídicos. Ao contrário da abordagem retórica, ela entende o Direito como um fenômeno social real (intersubjetivo) e não uma mera ilusão dentro de um processo de atendimento de interesses dos envolvidos.

A presença desses interesses parece inevitável dentro do Direito, mas o constrangimento dos operadores jurídicos, que precisam “camuflá-los” em termos jurídicos ou em termos de dogmática jurídica, também parece demonstrar que, no cotidiano, o ordenamento jurídico apresenta um mínimo de força normativa própria, que pode ser observada como elemento constrangedor que impõe um exercício mais refinado de argumentação e, na pior das hipóteses, exige que os interesses defendidos em uma decisão tenham o mínimo de concordância com uma compreensão plausível perante o ordenamento jurídico.

O estudo das formas de trabalho dos operadores jurídicos sugere, antes, um acordo linguístico em relação a alguns termos muito utilizados na literatura especializada, mas que podem ganhar conotações peculiares para a Teoria Estruturante. O primeiro é “metódica”, que é o termo mais abrangente em relação à abordagem gnosiológica dessa teoria. Esse termo é o gênero que engloba todo o trabalho intelectual possível do operador do direito em relação ao ordenamento jurídico. Ele engloba, nesse aspecto, os termos “hermenêutica”, “interpretação” e “metodologia” (MÜLLER, 2000, p. 22).

“Hermenêutica” diz respeito aos pressupostos epistemológicos e de Teoria do Direito que conformam a Teoria Estruturante, cujo principal teor se refere à concepção da estrutura da normatividade jurídica (MÜLLER, 2000, p. 22). Nesse sentido, hermenêutica remete à compreensão prévia de que a norma abarca tanto dados de linguagem como da realidade. O conceito de hermenêutica apresentado denota que ele possui sentido diferente daquele aplicado pelas correntes de hermenêutica jurídica de cariz filosófico, como nas obras de Streck, para quem hermenêutica possui um sentido amplo, confundindo-se com filosofia (STRECK, 2011, p. 70).

Além disso, a Teoria Estruturante do Direito defende que existem dificuldades na aplicação dos conceitos dessa corrente hermenêutica de cariz filosófico no Direito. Apesar de reconhecer as contribuições de Hans-George Gadamer²² (1999) para a teoria do conhecimento, Friedrich Müller (2013, p. 68) entende que, mesmo que a concretização do direito sempre seja co-caracterizada no horizonte pré-jurídico da compreensão, é necessário buscar introduzir os elementos da pré-compreensão "[...] de forma racionalizada e controlável no nexo de fundamentação jurídica" (MÜLLER, 2013, p. 69) para que não ocorram valorizações não controláveis e que sejam postas no lugar de delimitações racionais (MÜLLER, 2013, p. 42).

Isso não significa a negação da vontade do intérprete como um elemento essencial na compreensão da concretização da norma jurídica (PEDRA, 2009, p. 74), mas o reconhecimento da importância de referências racionais no processo de aplicação do ordenamento para se atender a um imperativo político da democracia. Assim, o reconhecimento de um ato voluntarista pelo julgador não se torna, também, uma concessão à arbitrariedade, mas a formulação de um

[...] processo compreensivo-aplicativo [...] fundamentalmente criativo [...], é uma atualização ou remoção do direito para a sua realização total e permanente em cada caso através do esforço e a vontade do operador do Direito voltado para a realidade, já que o agente regulador desenvolve por esta razão uma atividade primária e essencial durante o processo concretizante (VILLACORTA MANCEBO, 2015, p. 96).

Assim, Müller aponta uma distinção entre as ciências do espírito — formas de conhecimento em que o uso dos aportes da hermenêutica de cariz filosófico (e também a tópica) é bastante frutífero — e a ciência do direito. Nesse sentido, aponta que

²² A principal obra de Gadamer, *Verdade e Método* (1999), teve sua primeira publicação em 1960. O objeto central da discussão travada pelo pensador é a questão da verdade em um contexto de crítica ao conhecimento científico sob os pressupostos do racionalismo de René Descartes, principalmente no que tange à separação entre sujeito e objeto (MAZA, 2005, p. 131). Conforme interpretação de Côrtes (2006, p. 281), a tese defendida por Gadamer é que, “[...] ao contrário do que disseram todas as modernas filosofias da consciência (leia-se Descartes, Hegel, Dilthey, Husserl), os esforços cognitivos que fundamentam a inteligência compreensiva não dispensam a exigência na própria experiência mundana [...]: na realidade histórica, na experiência, no tempo, na tradição”. Sob esses pressupostos, Gadamer sugere que a realidade histórica constitui o ser. Assim, os preconceitos (supraindividuais) que possui conformam o processo de compreensão. Em suas palavras: “Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós que a ela pertencemos. Muito antes de que nos compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser” (GADAMER, 1999, p. 414-416).

[...] os saberes de hermenêutica filosófica se deparam com estreitos limites, caso se tente transferi-los à ciência do direito, porque a aplicação do direito — graças, por exemplo, às exigências jurídico-positivas de determinabilidade e de claridade de normas e métodos no direito do Estado — está submetida a requisitos especiais no que concerne à publicidade de inevitáveis decisões valorativas e considerações que, por razões legítimas e juridicamente autônomas, podem deter o círculo hermenêutico^[23] (MÜLLER, 2013, p. 24).

Já a expressão “interpretação” compreende as possibilidades do tratamento jurídico-filológico do enunciado jurídico. Segue, nesse sentido, a compreensão tradicional de interpretação dada pelo positivismo jurídico (MÜLLER, 2000, p. 22).

Por fim, “metodologia” faz referência às técnicas utilizadas no processo de interpretação das normas jurídicas. São exemplos dessas técnicas a interpretação sistemática, o procedimento analógico ou a interpretação extensiva (MÜLLER, 2000, p. 22).

Com base nesses entendimentos de metódica jurídica, Müller (2000, p. 25-26) analisou o comportamento do Tribunal Constitucional Alemão na segunda metade do século XX. Assim como Sobota, Müller identificou que o Tribunal professava uma crença na perspectiva tradicional de interpretação, que considera que os fatos da vida podem ser “subsumidos” à norma.

Além disso, em 1952, o tribunal alemão professou que adotaria, no processo de aplicação do direito, uma perspectiva objetiva do ordenamento jurídico, de forma que as normas jurídicas deveriam ser entendidas a partir de seu conteúdo objetivo, expresso no enunciado do texto, e não sob a perspectiva da vontade dos legisladores que as produziram. Junto com isso, elaborou que deveria haver princípios que criassem uma sequência racional dos critérios de interpretação utilizados para alcançar essa vontade objetiva, bem como princípios que garantissem que os critérios individuais de interpretação fossem controláveis (MÜLLER, 2000, p. 25-27).

As bases da atuação do tribunal seriam, então, uma forte ênfase nos métodos teleológico e sistemático, na busca de um “nexo de sentido”, de forma que o texto legal serviria, por um lado, para iniciar esse processo de interpretação e, por outro lado, de limite material para as

²³Rui Sampaio da Silva (2013, p. 56-59) explica que o círculo hermenêutico é uma expressão originalmente atribuída a Friedrich Ast, que a utiliza para significar a característica do processo de conhecimento em alcançar uma compreensão total a partir do singular e vice-versa. Ainda segundo Silva (2013), Heidegger, posteriormente, utilizou essa expressão na obra *Ser e Tempo* (HEIDEGGER, 2006) para significar a relação entre as pré-compreensões do interprete e o objeto a ser interpretado (*interpretandum*). Gadamer, em *Verdade e Método* (1998), apresenta o círculo hermenêutico conforme essas duas características. Tanto o fato de existir uma relação entre parte e todo em todo o processo de compreensão e uma relação de antecipação e apreensão de sentido (SILVA, 2013, p. 56-59).

alternativas de solução consideradas (MÜLLER, 2000, p. 27). A *práxis* do tribunal, no entanto, segundo Müller, não correspondia a essa pretensão de racionalidade. Além de não racionalizar os métodos de aplicação do direito, muitas vezes recorrendo a termos ambíguos como “não se aplica” ou “sem pertinência” (2000, p. 29), utilizava-se de elementos irracionais como a aplicação dos pressupostos axiológicos defendidos pela jurisprudência dos valores, já referida.

Outra incompatibilidade entre a abordagem metodológica professada pelo tribunal e sua atuação era a forma de utilização de dados da realidade. Müller destaca o uso do termo “natureza da coisa” como um “[...] clichê polêmico substituível, destituído de função quanto à sua dimensão material” (MÜLLER, 2000, p. 32). Explica, nesse sentido, que o tribunal, por exemplo, fazia controle de constitucionalidade com base nesse clichê, quando não encontrava um motivo material plausível para uma diferenciação de tratamento perante a lei (MÜLLER, 2000, p. 32). Esse exemplo se soma a diversos outros casos em que o tribunal se utilizou de transformações fáticas da esfera social ou considerações históricas e sociológicas para fundamentar suas decisões (MÜLLER, 2000, p. 32-33). Sob o ponto de vista das hermenêuticas positivista e axiológica, a utilização desses dados não mediados da realidade e de outras áreas do conhecimento seria vista como comportamentos desviantes e, em um nível generalizado, desnaturariam o fenômeno jurídico.

Enquanto isso, a hermenêutica de caráter estruturante insere esses elementos em sua metódica ao tratar de uma concepção de norma que considera que tais dados da realidade podem vir a ser fonte de conhecimento juridicamente adequada para a mitigação de aporias de seus enunciados. Para além disso, a metódica estruturante observa, no comportamento criativo dos operadores do direito, a capacidade de serem desenvolvidos novos métodos de mitigação de aporias. Assim, os próprios métodos de interpretação são postos em evolução, exemplificada no desenvolvimento de técnicas mais recentes, como a “interpretação evolutiva”²⁴. Para isso, no entanto, o elemento comum, até mesmo dentro desse processo criativo, é a capacidade dessa metódica em

[...] poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir caminho ao

²⁴ A interpretação evolutiva é um método pelo qual novos sentidos ao texto legal são acrescentados, tendo em vista mudanças no contexto histórico e social em que a norma é aplicada. “A interpretação evolutiva fica bem evidenciada, na assertiva segundo a qual a Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permitem adaptar-se a todos os tempos e necessidades existentes no momento de sua elaboração, mas, também, as condições sociais, econômicas e políticas que existam ao tempo de sua interpretação e aplicação, de maneira que seja sempre possível o cabal cumprimento dos fins e propósitos que informam e orientam a Lei Fundamental do País” (BULOS, 1997, p. 55).

feedback [Rückkopplung] controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica (MÜLLER, 2000, p. 53).

Pensada uma nova concepção de norma jurídica sob os pressupostos já apresentados, dois pontos precisam ser consolidados: a não identidade entre texto e norma e o novo fundamento da normatividade jurídica.

Quando se fala da não identidade entre texto e norma não se fala apenas de não considerar a norma sendo o teor literal de um determinado artigo da lei. Kelsen (1998, p. 248) já apontava essa não coincidência e nem por isso superou essa identidade²⁵. O enunciado jurídico não se confunde com a norma jurídica porque ela não é constituída apenas pelos dados linguísticos advindos do ordenamento jurídico. A norma jurídica precisa de dados da realidade que coconstituem o conteúdo de sua prescrição (MÜLLER, 2000, p. 53).

Sob esses pressupostos, já se observa que, no marco teórico escolhido por esta tese, sustenta-se a posição de que o sentido da norma jurídica não é aquele proferido pelo legislador quando da promulgação da lei, mas o sentido contruído na concretização do ordenamento jurídico no momento de decisão. Isso não impede, apesar disso, que os documentos que se referem ao sentido original proposto pelo legislador sejam utilizados como ponto de vista auxiliar desse processo de concretização.

As normas de direito constitucional, principalmente os direitos fundamentais, estruturalmente dependem de dados da realidade para se concretizarem, o que se denomina vinculação material da norma jurídica (MÜLLER, 2000, p. 53). Um dos exemplos da influência do âmbito normativo nas normas constitucionais, no caso brasileiro, foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 (BRASIL, 2014b), de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Na oportunidade, o plenário do STF pôde deliberar sobre o pedido de declaração de inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais da UnB, promovido pelo Partido Democratas (DEM). Como resultado, a Corte decidiu que as cotas raciais eram compatíveis com o princípio de isonomia disposto na Constituição Federal. Em meio a diversos discursos típicos da jurisprudência dos valores, que estão sujeitos às mesmas críticas realizadas ao

²⁵ “A denominação usual da teoria kelseniana de “normativismo” é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade. É verdade que Kelsen concebe somente na segunda edição da sua *Teoria pura do direito* a norma jurídica, agora distinguida do enunciado jurídico, como um imperativo à maneira de um quadro referencial; na primeira edição ela fora igualada ao enunciado jurídico hipotético. Mas em ambos os casos está expurgada da norma jurídica a pergunta pela correção do seu conteúdo” (MÜLLER, 2013, p.43).

comportamento pelo Tribunal Alemão, uma incorporação de dados sociológicos e históricos foi feita como fundamento da decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Em termos de estrutura da norma constitucional de isonomia, esse precedente traz elementos cuja violação ou não violação depende necessariamente de uma análise da realidade mediada, não pela metódica jurídica, mas pelos métodos próprios de disciplinas aptas para tanto, como a estatística e a sociologia. A mencionada ADPF também traz à tona a característica da relação que existe entre os dados linguísticos, que são extraídos dos enunciados legais, e os dados da realidade, que traduzem a influência do próprio caso na delimitação de um objeto de estudo praticável.

Um ponto que merece destaque, ao se defender que a estrutura da norma jurídica também compreende dados da realidade, é o fato de isso não significar que os dados da realidade, por si só, possuem força normativa ou, em outros termos, normatividade. Sendo assim, o processo de concretização sempre tem o programa normativo como referencial.

O jurista constitui o “âmbito normativo” ao submeter os fatos a um duplo exame com base no programa normativo: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser justificadamente incorporados na decisão. Isso deve ser passível de controle no Estado Democrático de Direito, graças à apresentação clara de argumentos (MÜLLER, 2013, p. 135, grifo do autor).

Normatividade é a “qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz — normatividade concreta — quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (MÜLLER, 2013, p. 35), tal como conceituado pela Teoria Estruturante do Direito. É com base nessa apreensão de normatividade que se funda a noção de norma na Teoria Estruturante, entendida como um modelo de ordenamento materialmente determinado. Analiticamente, essa noção dá ensejo aos conceitos utilizados pela Teoria Estruturante para indicar tanto a dimensão enunciativa da estrutura normativa quanto a sua dimensão material. Trata-se, respectivamente, do programa (hipóteses do texto que cabem ao caso) e âmbito normativos (dados do caso que orientam a formação da hipótese do texto) (MÜLLER, 2009, p. 244-268).

Ao se tentar analisar os dois vetores dessa correlação, percebe-se que a norma é, por um lado, uma prescrição voltada a ordenar a realidade, e, por outro, condicionada por essa mesma realidade. Isso implica, em termos gerais, que uma norma jurídica procura alterar ou manter determinada realidade social. Considerando esses termos, o intérprete precisa de dados acerca

dessa “determinada realidade social”, que via de regra não são encontrados no próprio texto. Nesse sentido, faz-se necessário analisar a diferença da formulação proposta por Müller para o método da subsunção do positivismo jurídico. A subsunção é o método em que a interpretação do texto legal, atuando como premissa maior de um silogismo, depara-se com um conjunto de fatos compreensíveis que atuam como premissa menor e geram uma conclusão em termos de concordância do juízo hipotético com um fato da realidade. Sob essa apresentação, a subsunção ganha contornos lógicos e traz alguma impressão de segurança jurídica (MÜLLER, 2000, p. 62).

É importante frisar, nesse contexto, que a segurança jurídica pretendida pelo positivismo jurídico se refere à capacidade de previsibilidade do resultado. Enquanto isso, o sentido de segurança jurídica é diferente para a Teoria Estruturante do Direito, pois é entendido como possibilidade de recapitulação e transparência da decisão jurídica, ou seja, sua verificabilidade (MÜLLER, 2013, p. 12). O próprio Müller (2000, p. 45) aponta que há casos em que a técnica positivista serve como ponto de vista auxiliar plausível. São os casos em que o âmbito da realidade que a norma ordena é criado pela própria norma, como os prazos recursais. Ao se analisar essa “determinada realidade social”, observa-se que, em regra, o único dado necessário para a criação da norma de decisão é o próprio enunciado linguístico. No entanto, essa técnica não dá conta dos conflitos gerados pela interpretação de textos com alto grau de vinculação material, como os referentes a direitos fundamentais.

A Teoria Estruturante vem responder problemas próprios de uma estrutura normativa que não eram comuns em outros momentos históricos do constitucionalismo no mundo. Como teoria voltada fortemente para a prática jurídica, os fatores tipológicos do enunciado normativo também afetam a relação entre o programa normativo e o âmbito normativo. Müller (2000, p. 60) aponta cinco características tipológicas da estrutura da norma que afetam o grau de condicionamento material das normas jurídicas. São eles: a peculiaridade do âmbito material; a confiabilidade do texto; a prescrição do programa da norma; o grau e o estado do tratamento (científico) da área de regulamentação; a positivação normativa da prescrição jurídica a ser concretizada.

A maior indeterminação do enunciado normativo amplia seu grau de vinculação material e sujeita a “subsunção” às críticas já apresentadas. Para adequar o processo de apreensão de sentido aos pressupostos da Teoria Estruturante, Müller (2000, p. 61) amplia o conceito de interpretação e defende um processo de “concretização” da norma. A concretização da norma

nunca pode ser feita em termos abstratos. Uma vez que compreendido que as normas de decisão sempre são referidas a um caso, seja ele real ou fictício, o processo de concretização é sempre um processo de “interesse de decisão”. O interesse de entender é subordinado ao de decidir (MÜLLER, 2000, p. 61-63), característica que diferencia a ciência jurídica das ciências compreensivas, em que podem ser realizadas divagações intermináveis²⁶.

Além disso, ocorre a substituição da concepção de “graus” ou “estágios” de interpretação para “elementos”, que são pontos de vista auxiliares que atuam como parte de um único processo de concretização (MÜLLER, 2000, p. 61-63). Esses elementos, de forma resumida, podem ser distinguidos em dois grupos: os elementos de concretização de tratamento do texto da norma e os elementos de concretização de análise do âmbito normativo (MÜLLER, 2000, p. 70-71). Os primeiros, também denominados elementos metódicos *strictiore sensu*, compreendem boa parte dos métodos de interpretação tradicionais, como a interpretação gramatical, sistemática, teleológica ou genética²⁷. Por outro lado, os segundos são sempre referidos ao caso e os dados da realidade que precisam ser levados em consideração estarão indicados no programa normativo (MÜLLER, 2000, p. 90-91). Essa indicação separa aqueles dados relevantes daqueles irrelevantes e auxilia na segurança jurídica da concretização.

A compreensão de que dados da realidade participam do processo de formação da norma jurídica também abriu espaço para que a Teoria Estruturante do Direito fundamentasse a mutação constitucional, fenômeno jurídico de alteração informal de sentido do enunciado das disposições constitucionais. Os fundamentos sob os quais a Teoria compreende essas alterações constitucionais são objeto de análise a seguir.

²⁶ Em resposta à entrevista, Müller (2013, p. 240) explica: “A Filosofia pode meditar, o direito deve decidir, o que é inteiramente diferente e mesmo único entre as ciências. É bem útil para nós juristas e ‘práticos’ do direito acompanhar, como a linguística ou a história ou as ciências sociais, os debates nesta teoria filosófica da argumentação. Mas o mais concreto, o mais operacional para nós, juristas e juízes, permanece a metódica jurídica que desempenha exatamente o papel em nosso campo de atividade e reflexão” (grifo do autor).

²⁷ Para uma explicação sistematizada dos métodos de interpretação dos enunciados legais, cf. BULOS (1996). Em resumo, interpretação gramatical é aquela que assume o sentido da norma a partir do teor literal do enunciado legal; interpretação sistemática busca o sentido da norma a partir do conjunto de enunciados pertinentes ao caso; interpretação teleológica alcança o sentido da norma a partir da finalidade que ela pretende atingir; interpretação genética utiliza-se do conhecimento etimológico dos termos para depreender o sentido dos enunciados legais.

2.2.1 Teoria Estruturante e mutação constitucional

A análise do fenômeno da mutação constitucional não pode ser feita sem inseri-lo no contexto de direito constitucional intergeracional, ou seja, sem que se discuta, em conjunto, a compreensão que se adota em relação ao grau de vinculação a que as gerações futuras estão submetidas em relação aos enunciados constitucionais (DIAS, 2013, p. 9329).

Por um lado, uma constituição tem por objetivo gerar segurança e estabilidade na forma de distribuição de poder dentro de uma sociedade²⁸. Isso implica que certas ações podem ser tomadas ainda que com resistência de parcela da comunidade que por elas é afetada (WEBER, 1982, p. 211). Por outro lado, alterações significativas na distribuição de poder de uma sociedade podem ocorrer no decurso histórico, por motivos econômicos, culturais ou sociais. Isso pode fazer com que cláusulas constitucionais deixem de representar o interesse majoritário da comunidade²⁹.

A formação de um Estado Constitucional de natureza democrática, nesse sentido, precisa preservar a força normativa de sua Constituição, ao mesmo tempo que respeita a soberania popular dos integrantes da comunidade. Para intermediar essas mudanças no corpo social, muitas constituições preveem expressamente procedimentos de reformas, estabelecendo critérios formais para as alterações das cláusulas constitucionais. Exemplo comum da Constituição Federal brasileira é a possibilidade de emendas, disposta em seu art. 60³⁰.

A experiência das democracias modernas que adotam algum tipo de jurisdição constitucional permite inferir que alterações às constituições não ocorrem apenas com a mudança dos textos feita pelo Poder Legislativo. Por vezes, essas alterações acontecem por conta do processo de interpretação das cláusulas da Constituição por meio das cortes constitucionais. No momento em que é atribuída a um órgão jurisdicional a competência para interpretar o texto da Constituição, também lhe é atribuída a função permanente e informal de alteração da

²⁸ “A lei existe quando há probabilidade de que a ordem seja mantida por um quadro específico de homens que usarão a força física ou psíquica com a intenção de obter conformidade com a ordem, ou de impor sanções pela sua violação. A estrutura de toda a ordem jurídica influi diretamente na distribuição do poder, econômico ou qualquer outro, dentro de sua respectiva comunidade” (WEBER, 1982, p. 211).

²⁹ O interesse majoritário aqui referenciado não se confunde com “maiorias eventuais”, fenômeno político cujo controle constitucional busca evitar que seja capaz de alterar o direito. Menciona-se, nesse trecho, aquela maioria qualificada que é fundamento da democracia.

³⁰ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros” (BRASIL, 1988).

Constituição (DIAS, 2013, p. 9336). Isso porque, à medida que a Corte julga os casos que lhe são apresentados, são postos em relevância ou ignorados aspectos que conformam o sentido da carta magna, mesmo que sem nenhuma modificação em seu texto (BARROSO, 2015, p. 157).

Nesses casos, a alteração da constituição ocorre como um efeito colateral da função jurisdicional das cortes, em que “[...] a norma constitucional modifica-se apesar da permanência de seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto” (PEDRA, 2010, p. 9). É essa premissa pós-positivista de não identificação entre o texto e a norma que fundamenta a mutação constitucional e que, além disso, torna esse fenômeno um meio constitucionalmente possível de mudança da Constituição (PEDRA, 2009, p. 138).

Os pressupostos da Teoria Estruturante, nesse sentido, podem auxiliar a entender esse fenômeno. Uma vez que a norma jurídica é produzida a partir do programa e do âmbito normativos, a alteração de seu sentido pode ocorrer pela alteração dos dados linguísticos (por meio do procedimento formal de reforma constitucional) ou dos dados da realidade (por meio do procedimento informal de mutação). A possibilidade de mutação constitucional também traz consigo o risco de arbitrariedades em seu uso, gerando as mutações inconstitucionais. Também chamadas de “quebramento constitucional”, trata-se daquelas interpretações que, “[...] ao promoverem mudanças difusas na letra das normas da Constituição, podem contrariar a forma prescrita pelo legislador constituinte” (BULOS, 1997, p. 138).

Por um lado, com o fato de a mutação ser uma reforma informal da Constituição, há dificuldade de identificação de seus limites, já que eles não são explícitos como aqueles referentes à reforma constitucional³¹. Por outro, os limites da mutação constitucional são comuns aos limites da interpretação da lei de forma geral (BULOS, 1997, p. 95). Assim, é possível aproveitar o debate dos limites da interpretação jurisdicional como parâmetro de estudo.

As mutações inconstitucionais ocorrem quando se nega a normatividade concreta da Constituição, isto é, quando a norma de decisão é construída de forma desvinculada do programa normativo. Isso pode ocorrer tanto por conta de uma interpretação retórica da Constituição, quanto pela concepção de que os dados da realidade, por si só, são capazes de produzir normas jurídicas. Observa-se um uso retórico da mutação constitucional quando a

³¹ O principal exemplo de limite explícito de reforma à Constituição Federal é o seu art. 60, §4º: “[...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

intepretação é feita por aspectos subjetivos do julgador e não tem vinculação com a Constituição. Nesse sentido, ocorre uma interpretação maliciosa ou imparcial, que atende exclusivamente a interesses privados do julgador (BULOS, 1997, p. 90-91). Enquanto isso, a concessão de força normativa para os fatos do caso sugere que o julgador considerou que determinado comportamento social deveria prevalecer frente ao programa normativo constitucional. Nesses casos, é posta em xeque a compreensão segundo a qual toda a interpretação tem que preservar o equilíbrio entre programa e âmbito normativos a ponto de não desconsiderar que a primeira tem como uma de suas finalidades alterar fatos da realidade (BARROSO, 2015, p. 159-160).

Pedra (2009, p. 203) e Barroso (2015, p. 162) consideram ser possível estabelecer um parâmetro de análise de julgamento de uma mutação inconstitucional. O primeiro defende que o limite para a mutação está na elasticidade do texto, compreendido como “[...] sentido que [...] suscita na mente do sujeito cognoscente” a partir de uma leitura sistemática da Constituição³². O segundo considera que existem dois limites: “as possibilidades semânticas do relato da norma” e a “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”.

Essa compreensão se alinha, em um primeiro momento, com a compreensão dada por Müller (2009, p. 208) quando ele diz que o texto normativo pode ser considerado “[...] um limite extremo da análise de sentido possível”. Essa perspectiva também é adotada, na formulação do programa normativo, pela existência de uma ordem de preferência dos elementos de concretização, em que as intepreções gramatical e sistemática são consideradas como preferenciais em caso de conflito com interpretações históricas, teleológicas ou baseada em política constitucional, até mesmo com algum elemento do âmbito da norma³³.

³² No mesmo sentido, Pedra (2009, p. 203) esclarece: “[...] quando se afirma que o texto possui uma elasticidade de intepretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete. A intepretação de um texto normativo deve ter como parâmetro o próprio texto”.

³³ Essa regra de preferência pode ser observada em Müller (2000, p. 100-102) nos seguintes trechos: “Em caso de contradição, os elementos da concretização diretamente referidos a normas (elementos metodológicos *strictiore sensu*, determinados elementos dogmáticos e os elementos do âmbito da norma) precedem os elementos não-diretamente referidos a normas (uma parte dos elementos dogmáticos, além disso uma parte dos elementos de técnica de decisão, de política constitucional e de teoria)”; “[...] para a determinação do limite dos resultados admissíveis (normas de decisão), os elementos de intepretação diretamente referidos a textos de normas, i. e., a interpretação gramatical e sistemática, têm prevalência também sobre os elementos do âmbito da norma, por razões inerentes ao Estado de Direito”; “O teor literal não é a lei, mas a forma da lei. É, contudo, o teor literal que formula — em que pese qualquer inconclusividade [...] da implementação linguística — o programa da norma vinculante como diretriz material bem como limite normativo. Com isso a ênfase recai em caso de dúvida nos elementos de interpretação que trabalham os textos de normas (o teor literal da prescrição concretizada bem

A expressão “lei como um limite extremo”, entretanto, pode levar o leitor a compreender mal o seu real conteúdo. Isso porque, a compreensão do limite apresentado por Barroso sobre a violação a princípio constitucional esbarra na mesma crítica em relação à falta de verificabilidade que já foi feita à jurisprudência dos valores. Já a utilização do sentido literal do texto como limite para a mutação constitucional corre o risco de, se não explicitados seus pressupostos, retornar ao positivismo jurídico.

A tentativa de apuração acerca da influência que o sentido literal do texto possui na Teoria Estruturante do Direito representa um esforço da presente tese de contribuir com o debate teórico sobre essa influência. Apesar disso, reconhece-se que a possibilidade de refinação da concepção de Müller foi confessada por esse mesmo autor quando buscou diferenciar a sua teoria da tópica, essa última que, segundo ele, ignora a normatividade da lei como fonte do Direito.

A distância entre tópica e teoria (da norma) jurídica manifesta-se justamente na função do texto normativo estabelecida por esta última como um limite extremo da análise de sentido possível. Caso essa função possa ser mais precisamente definida, então será ela que determinará qual o ponto de referência da vinculação normativa a ser adotado na prática (MÜLLER, 2009, p. 208).

Ao desenvolver a Teoria Estruturante do Direito, Müller explicita sua preocupação para que a introdução dos dados da realidade não seja interpretada como se eles fossem capazes de, por si só, ter força normativa³⁴. O motivo dessa preocupação está na distinção de sua teoria das perspectivas sociológicas e da tópica jurídica. A tópica jurídica é uma retomada dos ensinamentos de Aristóteles por Theodor Viehweg (1979, p. 33-38). Trata-se de uma proposta

como também os teores literais de prescrições “sistematicamente” consultadas). Devem recuar para um segundo plano os fatores de interpretação referidos aos textos de não-normas (interpretação genética e histórica; além disso os elementos de técnica da solução, os elementos dogmáticos, de política constitucional e de teoria). O primado segue os imperativos — inerentes ao Estado de Direito — da inviolabilidade da constituição, da vinculação à lei e ao direito, da rigidez do direito constitucional no sentido da clareza do seu texto de normas, além disso dos imperativos da clareza das normas e da determinidade do suporte fático, da clareza dos métodos, da segurança jurídica e da delimitação constitucionalmente normatizada das funções”.

³⁴ Essa preocupação foi demonstrada em Müller (2013, p. 35-36) para quem deve-se chamar atenção “[...] ao fato de que estrutura da norma designa, como conceito operacional, o nexos entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa – âmbito da norma) e não, e. g., as relações entre os pontos de referência da teoria tradicional do direito (como ser e deve ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos). Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se atribui normatividade. Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção [...] da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. ‘Normatividade’ designa a qualidade *dinâmica* de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz — normatividade concreta — quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade — normatividade materialmente determinada” (grifos do autor).

de trabalho para o jurista que repudia a perspectiva sistemática do ordenamento jurídico. Assim, o trabalho do operador do direito é explicado com referência a problemas, que, por sua vez, auxiliam na seleção de “locais de argumentação”³⁵ (*topoi*) para a decisão do caso.

Ocorre que esse pensamento de ordem problemática atribui uma importância secundária à lei como fonte do direito, sendo mais um “espaço de argumentação”, entre outros³⁶. A Teoria Estruturante, por outro lado, considera que a lei é a principal fonte de dados linguísticos para a formação do programa normativo, bem como delimita a esfera de pertinência dos dados da realidade que formam o âmbito da norma (MÜLLER, 2013, p. 233). A concepção da lei como “um limite extremo da análise de sentido possível” não tem como função retomar a concepção positivista de prevalência da lei, mas lembrar que a interpretação judicial não pode superar os desígnios do Poder Constituinte.

A diferença entre o positivismo e a Teoria Estruturante não está na compreensão de que uma disposição constitucional isolada é uma norma pronta. Kelsen já dizia que a norma é produto de um ato cognoscitivo em relação ao conjunto de textos que fundamentam o ordenamento jurídico³⁷. A superação da compreensão de que texto e norma são idênticos está na abertura da Teoria Estruturante aos dados da realidade e da vinculação política em relação à democracia. Assim, os mal-entendidos que podem ser gerados pela expressão são de duas ordens. Primeiro, essa expressão (limite extremo da análise de sentido possível), ao dar ênfase ao texto da lei, atribui uma relevância maior ao enunciado do que é verdadeiramente dada pela Teoria Estruturante do Direito. Segundo, essa concepção leva a acreditar que o texto da lei, por si só, tem prevalência frente aos dados da realidade, mesmo que a Teoria Estruturante do Direito

³⁵ A expressão “locais de argumentação” também pode ser entendida como “repertório de pontos de vista” (VIEHWEG, 1979, p. 36).

³⁶ Nas palavras de Viehweg (1979, p. 90), “[...] em nossa disciplina tudo se orienta, de um modo reiterado e concludente, para sua aporia fundamental, que encontra sua formulação na pergunta pelo ordenamento justo. Esta dicotomia conduz, exatamente, a entender o direito positivo, em sua função de resposta, como uma parte integrante da busca do direito. Significa que o elemento produtor da unidade de nossa disciplina se encontra na aporia fundamental. De fato, é muito difícil ver onde deve encontrar-se uma unidade plenamente significativa”.

³⁷ Essa compreensão pode ser vista na Teoria Pura do Direito. “A atitude da Teoria Pura do Direito é [...] uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente a todo o Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Nesse sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal entidade supraindividual, supraempírico-metafísica — concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-jurídicos —, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo, o mais exata possível, liberta de todo o juízo de valor ético-político” (KELSEN, 1998, p. 134).

reconheça que os dados linguísticos e os dados da realidade possuem igual importância na formulação da norma.

Em relação à falsa ênfase dada pela concepção do texto da lei como limite, observa-se que a realidade tipológica dos textos constitucionais impede que eles possam ser usados, na maioria dos casos, como critério seguro para avaliar mutações inconstitucionais. O texto da Constituição Federal brasileira, por exemplo, é repleto de termos “anfibiológicos”³⁸ (NEVES, 1994, p. 93), expressões gerais que buscam a satisfazer interesses contraditórios de grupos políticos que não conseguiram ser resolvidos no processo constituinte³⁹.

Assim, a elasticidade do texto em constituições como a brasileira não comporta apenas uma gama de sentidos lógicos, mas abarca diversas concepções políticas. A primeira objeção à compreensão do texto como limite, assim sendo, é a percepção que são muito raros os casos em que o teor literal de uma disposição constitucional é capaz de, por si só, dar resposta ao caso. O texto só teria função de limite naqueles casos em que o âmbito normativo em questão é produzido pelo próprio Direito. Essa ressalva foi feita pelo próprio Müller (2009, p. 211):

O texto literal não exclui, assim, uma solução mesmo quando ela não resulta dele, mas apenas se estiver em nítida contradição com os conteúdos textuais possíveis; ou seja, apenas quando o texto literal não puder ser entendido de forma alguma. Essa decisão já exige, por conseguinte, uma clareza que, na prática, não constitui a regra, mas uma exceção. Principalmente no direito constitucional e, bem assim, na concretização dos direitos fundamentais, frequentemente não são obtidos muitos ganhos com essa tão extrema definição de limites para a solução do caso.

Parece ser, nesse mesmo sentido, que tanto Bulos (1997, p. 135) quanto Pedra (2010, p. 22), ao exemplificarem eventos de mutações inconstitucionais, utilizam o caso da investidura do Marechal Floriano Peixoto na Presidência da República. Nesse exemplo, o Marechal foi empossado no cargo, apesar de a renúncia do presidente anterior ter ocorrido antes do prazo de

³⁸ Na presente tese, escolheu-se manter o termo “anfibiológico”, em respeito à grafia utilizada por Neves (1994, p. 93). Não se ignora que, apesar disso, o termo dicionarizado para significar “ambíguo” é “anfibiológico”.

³⁹ A análise dos termos “anfibiológicos” pode ser aprofundada em Laranja e Fabriz (2017). É a expressão utilizada por Marcelo Neves (1994) para explicar a característica daquelas cláusulas constitucionais resultantes de processos de constitucionalização simbólica baseada em compromissos dilatórios. Nesse sentido: “Conforme a concepção decisionista de constituição [...], sustenta-se, então, que os compromissos autênticos destinam-se à ‘regulação e ordenação objetiva’ de certos assuntos controversos ‘mediante transações’ em torno da organização e do conteúdo da Constituição. Os ‘de fórmula dilatória’ ou ‘não autênticos’, ao contrário, não diriam respeito a decisões objetivas alcançadas através de transações, servindo exatamente para afastar e adiar a decisão. O compromisso objetivaria ‘encontrar uma fórmula’ que satisfaça todas as exigências contraditórias e deixe indecisa em uma expressão anfibiológica a questão litigiosa mesma. Assim sendo, qualquer dos partidos inconciliáveis podem recorrer às respectivas disposições constitucionais, sem que daí possa decorrer uma interpretação jurídica convincente” (NEVES, 1994, p. 92-3, grifos do autor).

dois anos, situação em que a Constituição de 1981 previa que deveriam ser convocadas novas eleições.

Como contraponto, percebe-se que se torna mais difícil defender a função do texto como limite quando houve interpretação, pelo STF, do art. 7º, XVIII da Constituição Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 778.889 (BRASIL, 2016a). Nessa demanda, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, uma servidora pública alegou ter adotado uma criança e pleiteou a licença-maternidade de 120 dias garantida pela Constituição Federal às gestantes. Ocorre que o STF, em 2000 (RE nº 197.807-4), já havia se manifestado sobre a matéria em caso idêntico. Naquela oportunidade, a Corte decidiu que a utilização do termo “gestante” é específico e não traz as mesmas possibilidades semânticas que o termo “mãe”, por exemplo, seria capaz de oferecer. Por isso, ele deveria ser interpretado restritivamente, razão pela qual não foi concedida a licença-maternidade de 120 dias⁴⁰.

Apesar disso, em 2016, o mesmo tribunal considerou que a compreensão da realidade social se alterou e que o peso que deveria ser dado ao processo de afirmação histórica da proteção à criança e ao filho adotivo justificaria a mudança de entendimento fixado em 2000⁴¹. Nessa perspectiva, o STF julgou contra o interesse da União a partir de uma interpretação do art. 7º, inciso XVIII, que não deriva de seu texto, mas das inúmeras cláusulas abertas que permitem formar um programa normativo de proteção ao filho adotivo e que levam em consideração a existência de uma realidade de marginalização deles frente aos filhos biológicos.

A segunda objeção à compreensão do texto da lei como limite critica a ideia que pode dela derivar, segundo a qual o programa teria prevalência frente ao âmbito normativo. Como apresentado, programa e âmbito normativo são elementos coconstitutivos da estrutura da norma, de forma que o “[...] âmbito normativo fornece ao programa normativo alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram.

⁴⁰ Segundo o Min. Octavio Gallotti (BRASIL, 2000b, p. 950), relator do Recurso, “[...] o direito à licença é vinculado ao fato jurídico gestação, que não permite, segundo penso, a extensão do benefício à hipótese do ato de adoção. Fosse a referência constitucional, por exemplo, simplesmente a ‘mãe’ ou a ‘maternidade’, poder-se-ia, ainda, cogitar da assimilação da adotante à gestante. Não, porém, segundo penso, quando especificada na norma aplicável” (grifos do autor).

⁴¹ Conforme sustentou o Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016a, p. 33), relator do caso, “[...] há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença-maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito”.

O programa normativo seleciona as abordagens da análise do âmbito normativo”. (MÜLLER, 2009, p. 262).

Concluir, durante o processo de concretização, que o âmbito normativo leva ao conhecimento do julgador dados da realidade que precisam ser alterados não significa dar prevalência ao programa normativo, mas apenas confirmar a normatividade concreta do ordenamento jurídico. “O sentido metódico da análise do âmbito normativo nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas confirmar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-la de modo indiferente, mas também alterá-la” (MÜLLER, 2009, p. 244).

Assim, o exemplo da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras torna-se privilegiado. A existência de uma desigualdade de oportunidades no ingresso ao Ensino Superior não é fonte de uma norma de tipo “deve-se manter as desigualdades”. O âmbito do caso, nesse sentido, serve para concretizar o princípio da igualdade, de forma que, se não houvesse essa desigualdade apresentada pelo caso, não haveria sentido a concretização da norma da igualdade pela legitimidade das cotas. Por outro lado, quando o processo de concretização leva a um relacionamento em que o programa normativo confirma os dados da realidade, a norma jurídica só se torna concretizada com investigação desses dados. Por exemplo, a proteção a crenças e tradições indígenas, disposta ao art. 231 da Constituição Federal, só pode ser concretizada com o conhecimento de antropologia e a participação dos membros dessas comunidades.

Dessa discussão, pode-se retirar dois possíveis relacionamentos entre o programa normativo e o âmbito do caso: o programa pode apreender normativamente ou buscar alterar os dados da realidade (MÜLLER, 2009, p. 251). Em nenhuma dessas situações, há uma defesa de prevalência do programa normativo em relação ao âmbito da norma.

Para continuar a investigação da concepção da lei como limite, pode-se utilizar exemplo sugerido por Müller (2013, p. 127-128) para fundamentar a prevalência dos elementos de concretização voltados ao texto (gramatical e sistemático)⁴². Trata-se de um exemplo hipotético que cria um conflito baseado em uma norma cujo âmbito normativo é construído pelo próprio Direito. O exemplo é privilegiado porque é construído com base na Constituição Federal brasileira. Müller (2013, p. 126-128) analisa o art. 82 da Constituição Federal de 1988 antes da

⁴² Na apresentação do exemplo, foi feita alteração na referência ao artigo da Constituição, mas o sentido do exemplo se mantém semelhante àquele atribuído pelo autor.

redação da Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 1997, quando ainda era vedada a reeleição⁴³. A partir desse texto, é feito o questionamento se seria possível extrair alguma norma que permitisse uma reeleição.

Müller (2013, p. 128) sugere que, mesmo existindo fatos da natureza que comprovassem o sucesso do gestor em questão ou mesmo que outros dados plenamente reconhecidos indicassem que a sua permanência do cargo seria a melhor opção para o desenvolvimento do país, ainda assim não haveria espaço para interpretação contrária ao enunciado pelo art. 82 da Constituição Federal. Segundo ele, esses dados de economia e política não interessariam nem seriam compatíveis com o texto. O exemplo é perspicaz porque a norma em questão trata de procedimentos e prazos, o que torna seu âmbito normativo predominantemente criado pelo próprio enunciado. Por outro lado, o exemplo de Müller também é útil para explicitar um aspecto fundamental da concepção da lei como limite e que não posto em evidência pela expressão: a defesa da forma democrática. Não existe outro documento (jurídico ou não) com legitimidade suficiente para determinar aspectos básicos (como a limitação à reeleição) da distribuição de poder dentro da sociedade⁴⁴.

A concepção da lei como limite, no plano constitucional, torna-se uma defesa à forma da democracia, fundamento que precede a existência da lei em si. Assim, a Teoria Estruturante ganha em coesão e a defesa a uma prevalência dos métodos gramatical e sistemático representa uma simples garantia para manter a vinculação do processo de concretização ao Estado Democrático de Direito (MÜLLER, 2013, p. 234). Apesar disso, não se pode concluir que o exemplo admite que existam normas prontas no texto. Não existe norma que não tenha um mínimo de vinculação material.

Ao se tentar apurar a compreensão da “[...] lei enquanto limite extremo da análise do sentido possível” (MÜLLER, 2009, p. 208) ou do limite como “elasticidade do texto”, deve-se manter as ressalvas segundo as quais, em um texto constitucional repleto de termos “anfibiológicos” e perante uma teoria em que programa e âmbito normativos não possuem hierarquia entre si, essa ênfase ao texto é uma preocupação de fundo para resguardar o Estado de Direito. Além disso,

⁴³ O art. 82, antes da referida Emenda Constitucional, disciplinava: “O mandato do Presidente da República é de cinco anos, vedada a reeleição para o período subsequente, e terá início em 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição” (BRASIL, 1988).

⁴⁴ Não é ignorado o fato de que a defesa à alternância de poder pode ser interpretada como um elemento necessário para um desenvolvimento econômico-social sustentável e de longo prazo. A adoção desse grau de sutileza, ainda assim, mantém a hipótese de que certas configurações da distribuição de poder do Estado Democrático de Direito são prevalentes frente a ganhos econômicos ou sociais imediatos.

é preciso resguardar que se aplica apenas a casos muito específicos, geralmente em que estão em discussão regras de competência ou prazo.

Uma vez compreendidos os pressupostos hermenêuticos da Teoria Estruturante, bem como discutidas as suas consequências para a compreensão da norma jurídica formada por dados linguísticos e dados da realidade mediados democraticamente, falta apresentar quais as etapas que formam o processo de concretização das normas constitucionais. Müller (2013) estabelece que, do ponto de vista da metódica, a Teoria Estruturante do Direito

[...] concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações como textos de normas, no sentido da Linguística moderna (i. e., pragmática) como “formulários de textos”, no sentido de filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’, i. e., como pré-formas legislativas da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão. [...] O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização” (MÜLLER, 2013, p. 10-13, grifos do autor).

Assim, antes de discutir a metódica passo a passo do processo de concretização, faz-se necessário explicitar os conceitos-chave da compreensão da metódica pragmática desenvolvida por Peirce e que servem como pressupostos teóricos desta tese e para as etapas do trabalho metódico da Teoria Estruturante do Direito.

2.3 O PRAGMATISMO DE CHARLES SANDERS PEIRCE

Charles Sanders Peirce é considerado um dos mais significativos pensadores da história da filosofia (D'OLIVEIRA, 1980, p. VI). Foi o criador de uma das correntes mais influentes de filosofia do século XX e, talvez, a corrente filosófica mais influente criada por um norte-americano: o pragmatismo (D'OLIVEIRA, 1980, p. VI; DEWEY, 1923, p. 302).

Nascido em 10 de setembro de 1839, na cidade de Cambridge, Massachusetts, Peirce era filho de um conhecido matemático chamado Benjamin Peirce. Peirce cursou física e matemática na Universidade de Harvard e química na *Lawrence Scientific School* (D'OLIVEIRA, 1980, p. VI). Além disso, enquanto seguia a carreira profissional como cientista, estudou lógica e filosofia (HILPINEN, 1999, p. 651). Curioso fato em relação aos seus estudos em filosofia, Peirce leu durante três anos, durante duas horas por dia, a *Crítica da Razão Pura*, de Kant, e a decorou. Apesar desse brilhantismo intelectual, possuía temperamento complexo e instável, o que lhe atrapalhou na vida de docente (D'OLIVEIRA, 1980, p. VI).

O pragmatismo foi iniciado a partir de dois artigos de Peirce publicados no periódico *Popular Science Monthly*, nos anos de 1877 e 1878, respectivamente *A fixação da crença* e *Como tornar nossas ideias claras*. Nesses ensaios, Peirce discute o tema da teoria do conhecimento, oportunidade em que se estabelecem os conceitos-chave do pragmatismo, mesmo que, à época, esse termo ainda não tenha sido utilizado por ele. No artigo *A fixação da crença* (PEIRCE, 1877) discorre sobre os conceitos de crença e de dúvida, partindo da noção de que "[...] o objeto do raciocínio é descobrir, a partir de conhecimento que já sabemos, alguma outra coisa que nós não sabemos" (PEIRCE, 2008, p. 39; 1877, p. 3).

Assim, “crença” e “dúvida” são termos explicados a partir da sua relação com as condutas humanas, de forma que a primeira é entendida como a “[...] indicação certa de se haver estabelecido em nossa natureza algum hábito que determinará nossas ações” (PEIRCE, 2008, p. 43), enquanto a dúvida não tem essa capacidade. A dúvida, pelo contrário, “[...] é um estado de desconforto e insatisfação do qual [contra os quais] lutamos para nos libertar” (PEIRCE, 2008, p. 43). Essa contenda que é realizada para sanar uma dúvida, Peirce denominou inquirição⁴⁵ (*inquiry*) (PEIRCE, 2008, p. 45; 1877, p. 6). Não existe uma relação de valor entre o estado de crença ou estado de dúvida, pois

[...] ambas, dúvida e crença, têm efeitos positivos sobre nós, embora muito diferentes. A crença não nos faz agir de imediato, mas nos coloca em condição para nos comportarmos de certa maneira quando surgir a ocasião. Já a dúvida de maneira nenhuma tem um efeito desse tipo, mas nos estimula a agir até que o estado de dúvida seja destruído (PEIRCE, 2008, p. 44; 1877, p. 6).

A partir dessas compreensões iniciais, o texto *Como tornar nossas ideias claras* tem como objetivo desenvolver um método que permita alcançar o máximo de clareza do pensamento. Esse ensaio critica concepções metafísicas, como o racionalismo de Descartes, que se fundamentam em abstrações e, assim como outras correntes filosóficas, se perdem em discussões estéreis por não terem alcançado um nível de clareza adequado de pensamento apto para permitir uma comunicação eficiente (PEIRCE, 1878, p. 287-288). O primeiro objetivo de Peirce é demonstrar que clareza é diferente de distinção, confusão comum realizada pelos lógicos de sua época. Nesse período, distinção (ou clareza) significava a capacidade de analisar

⁴⁵ Peirce mesmo questiona a utilização do termo “*inquiry*”: “Chamarei esse esforço de [*inquiry*], embora se deva admitir que esta por vezes não seja a designação mais apropriada” (PEIRCE, 2008, p. 45; 1877, p. 6). Além desse primeiro contraponto, há na literatura filosófica brasileira uma discussão sobre qual seria o melhor termo em Língua Portuguesa para expressar o sentido de “*inquiry*”. O tradutor da versão brasileira (PEIRCE, 2008), Renato Rodrigues Kinouchi, preferiu o termo “investigação” para representar essa ideia. Cassiano Terra Rodrigues (WAAL, 2007, p. 22) e Costa e Silva (2011, p. 21-22) adotam a palavra “inquirição”. Nesta tese, preferiu-se o termo “inquirição” porque é um conceito técnico de Peirce, motivo pelo qual se acreditou que um termo menos usual no cotidiano da Língua Portuguesa daria mais ênfase a essa perspectiva.

os elementos que compõem determinado conceito ou, em outras palavras, a capacidade de produzir uma definição precisa por meio de termos abstratos (PEIRCE, 1878, p. 286).

No entanto, Peirce retoma os pressupostos trazidos no ensaio *A fixação da crença*, entendendo que o conhecimento analítico não alcança todo o potencial do raciocínio porque não permite gerar conhecimento novo. É possível aproveitar essa reflexão para lembrar que, quando Kelsen buscou elaborar uma teoria da interpretação baseada no conhecimento analítico (dedutivo), supôs que a função do julgador seria simplesmente apreender o conteúdo do texto e aplicá-lo. Assim, assume-se o dogma da completude do ordenamento jurídico, segundo o qual ele já possui em si as respostas para todas as demandas futuras.

A Teoria Estruturante, por sua vez, considera que a norma jurídica é construída à medida que o caso é apresentado ao ordenamento jurídico e vice-versa. Nesse sentido, a formação da norma jurídica é considerada um conhecimento novo em que o texto e os dados do caso auxiliam na formação desse *insight*. Além disso, a Teoria Estruturante também se preocupa que esse *insight* seja sustentado metodicamente, a partir dos elementos de concretização que auxiliam na mediação desse novo conhecimento dentro da racionalidade jurídica. Com isso, a norma jurídica não se apresenta apenas como uma arbitrariedade do julgador, mas como uma hipótese provida de probabilidade e capaz de se enquadrar no quadro geral de decisões que formam o ordenamento jurídico.

Em sua teoria, apoiado na ideia de que o conhecimento pode ser gerado a partir do processo dinâmico e contínuo entre crença e dúvida, Peirce aprofunda sua concepção de crença para entendê-la a partir de três características: "primeira, é algo que nos damos conta [temos consciência]; segunda, aplaca a irritação da dúvida; terceira, envolve o estabelecimento de uma regra de ação em nossa natureza ou, sendo breve, um hábito" (PEIRCE, 2008, p. 70; 1878, p. 291). Desses três elementos, pode-se perceber que o conceito de crença, intrinsecamente ligado ao seu oposto, a dúvida, propõe uma produção de conhecimento consciente (conforme a primeira característica) e voltada para a mudança e a consolidação de hábitos.

Isso faz com que, no ensaio em questão, Peirce defenda que a noção de clareza mais elevada que a concepção de distinção é aquela que entende clareza como a explanação dos efeitos práticos que um conceito possui. Na forma apresentada no ensaio, entende-se que

[...] a regra para atingir o terceiro grau de clareza de apreensão é a seguinte: considere-se quais os efeitos que concebivelmente teriam atuações práticas, os quais imaginamos que o objeto de nossa concepção possuía. Então, nossa concepção desses efeitos é o conjunto de nossa concepção do objeto (PEIRCE, 2008, p. 73; 1878, p. 293).

Essa regra é considerada por Peirce como superior em relação à concepção de clareza como distinção, porque tende a eliminar distinções formadas apenas pelo modo de apresentação das ideias (PEIRCE, 1878, p. 291-292).

Ao se utilizar o mesmo exemplo proposto por ele (PEIRCE, 1878, p. 294), a aplicação da máxima pragmática pode ser entendida para questionar o sentido da qualidade “dureza”, que é atribuída aos diamantes. Do ponto de vista pragmático, a busca por se entender o sentido de “dureza” não é a busca por descrever uma característica essencial ou ideal de um objeto. Busca-se, na verdade, determinar quais efeitos práticos que são referenciados por esse termo (significante). Assim, efeitos como não se desgastar ou não ser “riscado” por outros materiais são levados em consideração para formular o sentido de “dureza”. Uma vez que os efeitos práticos também são efeitos sensíveis, ou seja, passíveis de experimentação, não faz sentido, para os pressupostos pragmáticos, duvidar da dureza do diamante sob o argumento de que ele apenas apresenta a característica da dureza quando tocado ou submetido a testes de dureza, já que seria impossível testar essa hipótese (ser duro quando não experienciado).

A partir dos pressupostos lançados pelos dois ensaios publicados por Peirce em 1877 e 1878, outros autores trabalharam com a concepção proposta. Nesse sentido, Nicola Abbagnano (2007, p. 784) aponta que o termo “pragmatismo” foi utilizado pela primeira vez em 1898 por William James, ao fazer referência ao pensamento de Peirce. No entanto, Peirce (2005, p. 284) reclama para si a invenção do termo. John Dewey (1923), como uma terceira referência, sustenta que, apesar de não ser encontrado em obras de Peirce anteriores a de James o termo “pragmatismo”, “[...] por outras fontes nós sabemos que o nome, bem como a ideia, foram desenvolvidas pelo Sr. Peirce” (DEWEY, 1923, p. 301, tradução nossa)⁴⁶.

O pragmatismo se desenvolveu como aquela posição cuja principal tese é a necessidade de um elo entre o pensamento e a ação (D'OLIVEIRA, 1980, p. IX), configurando-se como método “[...] capaz de determinar o verdadeiro sentido de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra ou outro tipo de signo”, tudo isso tendo como referência aos efeitos práticos que os termos obscuros possuem (PEIRCE, 1980, p. 6). Essas considerações são sempre geradas pela

⁴⁶ "From other sources we know that the name as well as the idea was furnished by Mr. Peirce".

experiência, como o caso do exemplo da dureza do diamante, na medida em que "[...] ao exercermos certos atos de vontade recebemos de volta certas percepções compulsórias" (PEIRCE, 1980, p. 7).

Assim sendo, a concepção de clareza para o pragmatismo se tornou uma máxima e é considerada uma crença em que consiste o pragmatismo. A máxima pragmatista foi desenvolvida da seguinte forma: "[...] para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as consequências necessariamente resultantes da verdade dessa concepção; e a soma dessas consequências consistirá o sentido total da concepção" (PEIRCE, 1980, p. 7).

As contribuições de Peirce não se encerraram nisso. Com a finalidade de explicitar como ocorre o processo de construção de crenças a partir de dúvidas, Peirce desenvolveu o processo de inquirição (*inquiry*), que é dividido em três estágios (HILPINEN, 1999, p. 652). Os três estágios do processo de inquirição correspondem aos três principais tipos de inferência, que são: (i) a abdução, que faz uma sugestão do que algo pode ser; (ii) a dedução, que analisa algo que deve ser; e (iii) a indução, que mostra como algo atualmente acontece (PEIRCE, 1980, p. 46)⁴⁷. Segundo Peirce, o desenvolvimento da ciência, de forma geral, se baseia nesse processo. Na abdução são formadas hipóteses explicativas. Essa etapa é considerada por Peirce como o único processo de inferência capaz de gerar ideias novas. Ela tem origem no próprio seio da criatividade humana.

A inspiração abdutiva acontece em nós como um lampejo. É um ato de *insight*, embora extremamente falível. É verdade que os elementos da hipótese estavam antes em nossa mente; mas é a ideia de associar o que nunca antes pensáramos em associar que faz lampear a inspiração abdutiva em nós (PEIRCE, 1980, p. 51).

Apesar desse caráter quase intuitivo da formulação da abdução, ela pode ser racionalizada em um esquema de pensamento capaz de orientar o pensador. A forma da abdução trazida por Peirce (2005, p. 229), neste sentido, é esquematizada do seguinte modo:

⁴⁷ Esses estágios auxiliam a compreender a razão pela qual Müller considera que a Teoria Estruturante tem caráter indutivo. Em entrevista, Müller (2013, p. 237) responde: “É verdade que a atitude fundamental de meus conceitos é indutiva. O contrário, seria dedutiva e ordenaria — *primo* — escolher uma posição extrajurídica como ‘base’, por exemplo o hegelianismo, o kantismo, um marxismo dogmático, a fenomenologia seja no sentido de Husserl, seja no de Heidegger [...]. E — *secundo* — (por ser ‘dedutiva’) ‘aplicar’ esta posição extrajurídica aos problemas do direito. [...] Ao contrário, eu prefiro os processos indutivos: partir do direito positivo com suas estruturas e funções específicas, de seus problemas e experiências reais, de suas contradições, e elaborar — no próprio direito — conceitos sempre um pouco mais abstratos, pouco a pouco, sem perder o contato com o direito e a concretização [...] do cotidiano” (grifos do autor).

Um fato surpreendente, C, é observado;
 Mas se A fosse verdadeiro, C seria natural,
 Onde, há razões para suspeitar-se que A é verdadeiro.

Na forma reduzida, seria a construção da proposição "Se A fosse verdadeiro, C seria natural" (PEIRCE, 2005, p. 229). Nesse sentido, C poderia ser qualquer dúvida do sujeito e A seria a possível crença sustentada. Para se utilizar do exemplo sugerido pelo próprio Peirce (2008, p. 172), a abdução poderia ser ilustrada na situação em que se está diante de um armazém com sacos de feijão. Se há um punhado de feijões brancos na mesa desse armazém e, após buscar, encontro um saco em que todos os feijões são brancos, existem elementos para acreditar que os feijões em cima da mesa pertencem àquele saco.

É preciso lembrar, ainda, que ao contrário da dedução, a inferência abdutiva não pode ser julgada como válida ou inválida, mas como mais ou menos forte. Com isso, avalia-se, também, a "[...] grandeza que o efeito do argumento possa ter"⁴⁸ (PEIRCE, 1980, p. 55). A partir do mesmo exemplo dos feijões, não seria impossível imaginar que a origem deles é outro saco que havia sido posto em cima da mesa, mas foi vendido. Apesar disso, enquanto não existir essa informação, a hipótese mais provável é que pertençam ao saco que está no armazém.

Encerrado o primeiro estágio com a construção criativa de uma hipótese, passa-se para a segunda etapa, que consiste na dedução dessa hipótese. Uma dedução não é mais que a aplicação de uma regra geral a um caso em particular (PEIRCE, p. 132). O exemplo mais comum desse tipo de inferência é formulado assim:

Todos os homens são mortais;
 Sócrates é homem;
 Sócrates é mortal.

Com isso, vê-se que a dedução serve para se inquirir "[...] a derivação das consequências testáveis da hipótese explanatória" (HILPINEN, 1999, p. 652). Concluída a dedução, conhece-se a hipótese da abdução e as suas consequências pela dedução. Assim, pode-se realizar a terceira etapa, que é a indução. Comumente a indução é considerada o processo que infere a

⁴⁸ A relação de grandeza do raciocínio abduutivo reforça a compreensão da Teoria Estruturante em não ser concebida como uma lógica formal, mas uma lógica material. Ainda sobre argumentação, cabe lembrar que, como explica Müller (2013, p. 239-240) metódica jurídica e teoria da argumentação são projetos teóricos com objetivos semelhantes, mas que seguem caminhos diferentes. Em resposta à entrevista, Müller (2013, p. 239-240) considera o seguinte: "Para ser breve: a metódica jurídica não é outra coisa que a teoria da argumentação no domínio do direito e da ciência do direito. Quando Alexy tentar 'aplicar' a ética da comunicação habermasiana (orientada sobre o um consenso 'ideal') ao direito, ele o coloniza de fora. Quando elaborei a metódica estruturante, trabalhei partindo do direito real e no direito real — e os elementos de concretização não são outra coisa senão aquilo que se chama 'argumentos' na teoria da argumentação geral" (grifos do autor).

regra geral do caso particular. É como sortear 3 bolas azuis de uma caixa que contém 5 e inferir que todas as bolas são azuis. Dentro do procedimento de investigação do pragmatismo, a indução serve para fazer o teste experimental da teoria, avaliando o nível de concordância dela e de suas derivações com os fatos (PEIRCE, 1980, p. 41). Nesse caso, o pensador possui a hipótese, cabendo-lhe, com o processo indutivo, gerar situações que tendam a confirmar ou negar a hipótese. "Assim, a validade da indução depende da relação necessária entre o geral e o singular" (PEIRCE, 2005, p. 220).

Ao fim desse processo, pode-se avaliar a qualidade da abdução na medida em que "[...] depois que submeter-se ao teste do experimento, consiste em remover toda a surpresa e chegar ao estabelecimento de um hábito positivo de expectativa que não venha a ser frustrado" (PEIRCE, 1980, p. 57). De acordo com o que Peirce chama "falibilismo", qualquer conclusão científica é sempre uma tentativa de alcançar a verdade. A racionalidade científica não se basearia, nesse sentido, na certeza das conclusões, mas no caráter de autocorreção que o procedimento apresenta, ou seja, "[...] a contínua aplicação do método científico pode detectar e corrigir seus próprios erros, e então, eventualmente, levar à descoberta da verdade" (HILPINEN, 1999, p. 652). Por isso, a concepção de verdade no pragmatismo não pode ser interpretada fora do contexto de hipótese (DEWEY, 1923, 305-306). Nesse mesmo contexto, explica Peirce que "[...] os problemas seriam muito simplificados se, em vez de dizer que deseja conhecer a 'Verdade', você dissesse simplesmente que deseja alcançar um estado de crença inatacável pela dúvida" (PEIRCE, 2005, p. 289, grifo do autor).

Com a finalidade de tornar mais nítido cada um desses três tipos de raciocínio, pode-se apresentar as suas diferenças e semelhanças. Tanto na indução, quanto na dedução, o que se produz é um conhecimento de tipo singular/geral. Na indução, sugere-se um conhecimento geral a partir da abstração de elementos singulares. Na dedução, o mesmo caminho é percorrido, mas em sentido contrário. Um conhecimento geral é deduzido para um elemento singular. Já na relação entre indução e abdução, a semelhança está no fato de os dois raciocínios resultarem em uma inferência abstrata não necessária, sendo que a inferência indutiva é mais provável que a abdutiva. Isso porque o objeto de que se parte em cada um dos raciocínios é diferente. O raciocínio abduutivo não é de tipo singular/geral, mas de tipo causa/efeito (PEIRCE, 2008, p. 183).

Ao dizer isso, no entanto, é necessário defender a concepção de Peirce de certas críticas que poderiam ser erroneamente atribuídas a ela, tendo em vista que a "lei da causalidade" foi

duramente criticada pelo ceticismo de David Hume (1995). A crítica de Hume, contudo, mais reforça que contradiz a concepção de causalidade de Peirce. Sinteticamente, Hume (1995, p. 59-60) defende que a lei da causa e efeito é considerada, pela maior parte da Filosofia e da História, como um raciocínio dedutivo, mas, na verdade, trata-se de um hábito formado pela experiência⁴⁹.

Assim, a relação de causa/efeito gerada pelo processo abduutivo tal qual defendida por Peirce não só já assimila as críticas de Hume como também usa essas características para fins não céticos, quais sejam, desenvolver uma metódica (o pragmatismo) que fosse capaz de explicar como o conhecimento humano é produzido. Ao se retomar a questão da diferença entre abdução e indução, pode-se conceber que a grande diferença entre

[...] a indução e a hipótese é que a primeira infere a existência de um fenômeno tal qual como temos observado em casos similares, enquanto a hipótese [abdução] supõe alguma coisa de um tipo diferente daqueles que diretamente observamos e, frequentemente, trata-se de algo que para nós seria impossível observar diretamente (PEIRCE, 2008, p. 189).

O cerne da diferença surge na compreensão de que a abdução gera uma inferência indireta à observação, enquanto a indução gera uma inferência direta. Ambas dependem da observação, razão pela qual são chamadas de sintéticas, diferenciando-se da dedução, que não depende de observação e, por isso, é considerada analítica (PEIRCE, 2008, p. 170). Para exemplificar a questão, é possível adaptar um exemplo proposto por Peirce (2008, p. 189)⁵⁰. Se um historiador se vê diante de um conjunto de documentos públicos franceses do século XIX, incluindo o Código Civil da época, e que neles é feita menção a “BONAPARTE, Premier Consul”, ele pode ficar intrigado por essa coincidência. Ao analisar a natureza dos documentos em observação, por um processo indutivo, o historiador poderia chegar à conclusão de que todos os documentos públicos franceses que fizessem menção ao governo central francês indicariam a mesma

⁴⁹ Nesse sentido, Hume (1995, p. 62-62) diz: “Se um homem fosse criado, como Adão, no pleno vigor do entendimento, sem experiência, jamais seria capaz de inferir o movimento da segunda bola [de um jogo de bilhar], a partir do movimento e impulso da primeira. Não é algo que a razão enxergue na causa que nos faz inferir o efeito. Tal inferência, se fosse possível, equivaleria a uma demonstração, fundada meramente na comparação de ideias. Mas nenhuma inferência de causa e efeito equivale a uma demonstração”. E complementa: “Somos determinados exclusivamente pelo hábito de supor o futuro conforme o passado. [...] Quando vejo uma bola de bilhar movendo-se em direção a outra, minha mente é imediatamente levada pelo hábito ao efeito costumeiro e antecipa minha visão concebendo a segunda bola em movimento. Mas isso será tudo? Não faço senão conceber o movimento da segunda bola? Certamente que não. Também acredito que ela irá se mover. Que é, pois, essa crença?” (HUME, 1995, p. 69-72).

⁵⁰ Retirou-se do exemplo o trabalho da hipótese sobre a “existência” de Napoleão porque sua explicação necessitaria de uma prévia explanação sobre a relação entre ontologia e pragmatismo, aspecto que será abordado, nos limites do interesse para esta tese, no tópico em relação à diferença entre pragmatismo e pragmaticismo.

expressão. Nesse caso, o historiador supôs um conhecimento geral a partir da abstração de casos singulares (os diversos documentos).

O historiador poderia ainda ser tentado a ir além e propor um conhecimento indireto a partir de sua inferência. Com isso, poderia supor que “Napoleão Bonaparte foi governante da França”. Estaria formada uma hipótese (abdução) que explicaria a razão pela qual todos os documentos analisados fazem menção a Napoleão. Ainda assim, do ponto de vista de um intenso rigor metódico, a hipótese “Napoleão Bonaparte foi governante da França” não pode ser experimentada diretamente, mas apenas a partir de seus efeitos práticos (todos os documentos faziam menção a ele). Como a abdução é uma hipótese fraca, ela não elimina outras possibilidades, mas propõe a hipótese que prevalece como a mais provável⁵¹.

Esse exemplo também é útil para demonstrar o processo de inquirição proposto pela metódica pragmática. O historiador, diante de um fato surpreendente, uma dúvida (por que todos os documentos públicos franceses que fazem menção ao governo do início do século XIX assinalam a expressão “Bonaparte”?), supõe uma hipótese (abduz) segundo a qual, a partir dela, esse fato deixaria de ser surpreendente e passaria a ser natural (Napoleão foi governante da França nesse período).

Como segunda etapa da inquirição, o historiador infere consequências práticas para confirmar essa teoria. Além dos próprios documentos do governo francês, por exemplo, deduz que devem existir referências à Napoleão em documentos públicos de países vizinhos ou outros com que a França tivesse relacionamento internacional. O historiador submete a hipótese e suas consequências práticas a um teste de experimentação. Busca nos arquivos públicos de Portugal, por exemplo e, a partir das inferências geradas pela indução desses documentos portugueses, reforça ou questiona a hipótese aditiva. Assim, à medida que as dúvidas passíveis de questionar a hipótese são superadas, é produzido um conhecimento mais seguro.

O debate até aqui proposto levou à compreensão de conceitos-chave de Peirce, como dúvida e crença, máxima pragmática, bem como explicitou a metódica pragmática pelo processo da inquirição e como os três tipos de raciocínio (abdução, dedução e indução) se caracterizam e

⁵¹ Porque não é capaz de ser tratada como uma conclusão necessária, aos moldes da dedução, a hipótese abdução precisa sustentar-se frente às críticas que lhe podem ser submetidas, na mesma dinâmica crença/dúvida que foi anteriormente descrita. No caso do historiador, por exemplo, será necessário que ele encontre elementos para verificar a origem e a confiabilidade desses documentos. A discussão sobre o que pode e que não pode ser considerado fonte histórica é um longo debate entre os historiadores e não são regidos por lógica formal, mas pela estipulação de crenças (lógica material) que orientam cada estágio de desenvolvimento desse ramo do conhecimento. Para mais informações, cf. *Considerações sobre o método*, de Grespan (2008).

se relacionam. Com a finalidade de contextualizar essas ideias em relação às correntes de pensamento próximas, são abordados, nos próximos dois tópicos, a diferença entre pragmatismo e utilitarismo e a diferença entre pragmatismo e pragmaticismo. Em relação à primeira diferença será demonstrado em que medida o uso pejorativo do termo “pragmático” (a partir da ideia de vantagens pessoais ou relativização de direitos fundamentais), baseado em senso comum, distorce os conceitos introduzidos por Peirce. Em relação à segunda diferença, demonstrar-se-á porque Peirce inventou a palavra “pragmaticismo” para tentar se distanciar das distorções à teoria geradas por outros pensadores “pragmáticos”.

2.3.1 Diferença entre pragmatismo e utilitarismo

Uma relevante tese com base pragmática, produzida pela academia jurídica brasileira, foi desenvolvida por Rodrigo de Oliveira Kaufmann (2010), em que defende uma perspectiva “neopragmática” para o constitucionalismo brasileiro. Ao contrário da tese desse autor, a presente não abarca uma perspectiva ampla do movimento pragmático, mas delimita-se especificamente em Peirce como formulação original do método pragmático. Uma vez ressaltado isso, o cenário acadêmico brasileiro também exige que se enfrente, nesta tese, uma questão recorrente ao se utilizar o pragmatismo como base teórica: a correlação entre pragmatismo e utilitarismo.

Essa necessidade de distinção se deve a duas razões: (i) proteger as ideias aqui professadas das críticas geradas ao sentido vulgar dos termos utilitarismo e pragmatismo; (ii) demonstrar as diferenças entre essas correntes de pensamento. Em relação ao primeiro tópico, é preciso observar que termos como “decisão pragmática”, “perspectiva utilitária”, entre outros, têm sido utilizados “[...] em sentido depreciativo, como se significasse a ideia negativa de ‘vantagem pessoal’ em detrimento de outro, ‘esperteza’ e ‘manipulação’” (KAUFMANN, 2010, p. 75, grifos do autor).

É possível que essa perspectiva pejorativa tenha se formado pelo fato de pragmatismo e utilitarismo não defenderem uma moral deontológica⁵³, ou seja, uma concepção segundo a qual

⁵³ Abbagnano (2007, p. 240) destaca que a expressão “deontologia” foi primeiramente desenvolvida por Jeremy Bentham (1836, p. 19) como “[...] aquela parte do tema sobre as condutas que não está subordinada a legislação pública. Enquanto arte é o que é conveniente fazer; enquanto ciência é conhecer o que convém fazer em qualquer situação”. Apesar disso, a concepção de deontologia aqui utilizada (o estudo das leis morais independente de seu contexto) advém de Antonio Rosmini-Serbatì (1858, p. 3), para quem deontologia é a área do conhecimento pela qual se questiona de que modo deve ser (agir) para se alcançar a perfeição.

é possível identificar regras morais que devem ser acatadas, indiferentemente do contexto da situação em que o sujeito está inserido. O utilitarismo é uma doutrina consequencialista. Seus dois principais representantes, Jeremy Bentham e Stuart Mill, concordam com a base da ideia do princípio da utilidade, qual seja:

[...] aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade (BENTHAM, 1974, p. 10).

O pensamento utilitarista julga as condutas humanas a partir da possibilidade de elas aumentarem ou diminuírem a felicidade dos interessados. Como a obra de Bentham é dirigida para pensar condutas “de governo”, entende-se que o preceito estipulado é que a conduta a ser adotada é aquela que gera o maior grau de felicidade para o maior número de pessoas da sociedade. Em contrapartida, uma perspectiva deontológica como a professada por Kant sugere que o critério de análise sobre a moralidade de uma conduta deve recair no motivo pela qual ela é empregada, não na consequência. Nesse sentido,

[...] no uso prático da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independente de quaisquer condições empíricas (sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte (KANT, 2003, p. 64).

Uma conduta é moralmente correta, nesse sentido, na medida em que se conforme com determinados princípios práticos. Além da dicotomia causa/consequência que permeia a comparação entre a ética kantiana e a utilitarista, também é possível vislumbrar que a perspectiva deontológica não é empírica, enquanto o consequencialismo é dependente desses juízos da sensibilidade.

É possível utilizar o exemplo da mentira para demonstrar quais as diferenças entre uma ética consequencialista e uma ética deontológica (no sentido de Rosmini-Serbati). Em Kant (2003, p. 272), mentir é um ato imoral, independentemente da consequência que gere.

A mentira (no sentido ético da palavra), a inverdade intencional em geral, não necessita ser prejudicial aos outros para ser repudiada, pois seria então uma violação dos direitos dos outros. É possível que seja praticada meramente por frivolidade ou mesmo por bondade; aquele que fala pode, até mesmo, pretender atingir um fim realmente benéfico por meio dela. Mas esta maneira de perseguir este fim é, por sua simples forma, um crime de um ser humano contra sua própria pessoa e uma indignidade que deve torná-lo desprezível aos seus próprios olhos (KANT, 2003, p. 272).

Enquanto isso, Mill (2005, p. 63) entende que, embora dizer a verdade constitua a regra, deve-se admitir, com base no princípio da utilidade,

[...] a possibilidade de exceções, verificando-se a principal quando ocultar um facto (por exemplo, ocultar informações de um malfeitor ou más notícias de uma pessoa muito doente) iria salvar uma pessoa (especialmente uma pessoa que não nós mesmos) de um mal maior imerecido, e quando só é possível realizar a ocultação negando a verdade.

A partir da apresentação da ideia central do utilitarismo e da contraposição com uma moral de cunho deontológico, percebe-se que a abordagem utilitária está preocupada com a conveniência da ação para alcançar a finalidade da felicidade. Por outro lado, a deontologia busca identificar condutas que possam, ao ser universalmente acatadas, ser consideradas morais por si mesmas, independente do resultado alcançado. Essa vinculação entre conveniência e moral pode ter auxiliado na correlação (na menção vulgar ao utilitarismo), entre essa escola de pensamento e as ideias de incentivo a “vantagens pessoais”. No entanto, o utilitarismo nunca baseou sua teoria moral nesse pressuposto. Ao contrário,

A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrificarem o seu próprio maior bem pelo bem de outros. Só se recusa a admitir que o próprio sacrifício seja um bem. Para ela, um sacrifício que não aumenta nem tende a aumentar o total de felicidade é um desperdício. A única renúncia pessoal que aplaude é a devoção à felicidade — ou a alguns meios para a felicidade — dos outros, seja da humanidade considerada colectivamente ou de alguns indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses coletivos da humanidade (MILL, 2005, p. 57).

Isso demonstra que o consequencialismo da moral utilitária tem contornos “comunitários”, ou seja, permite que os interesses individuais sejam sacrificados à medida que representarem um maior nível de felicidade geral. Assim, deixa-se claro que uma ética consequencialista como a utilitária, ou mesmo a metódica pragmática, não possuem correlação com uma abordagem segundo a qual há uma sobreposição dos interesses individuais frente ao bem-estar geral. Feita essa ressalva, passa-se a examinar a segunda questão que fundamenta a necessidade de uma distinção entre utilitarismo e pragmatismo.

Conforme visto, tanto o pragmatismo quanto o utilitarismo são teorias consequencialistas dentro de suas respectivas áreas de abordagem. Apesar disso, os objetos que estudam e as conclusões que alcançam são tão diferentes que tornam essa equiparação sem sentido. Para explicar essa questão, é necessário rememorar que o utilitarismo propõe uma teoria moral, ou seja, estuda critérios para aferir qual conduta deve ser escolhida entre certas opções. Nesse

sentido, o utilitarismo propõe que a conduta adotada em determinado dilema deve ser aquela que gera o maior nível de felicidade para os interessados.

Enquanto isso, o pragmatismo propõe uma metódica de pesquisa para evitar problemas de apresentação de ideias. Isso significa, por exemplo, que o método pragmático não é capaz de avaliar se é moral ou imoral mentir em determinadas situações. Não é em outro sentido que Peirce assim sustenta:

Apesar de tudo, o pragmatismo não resolve nenhum verdadeiro problema. Mostra apenas que pretensos problemas não são problemas reais. Quando chegamos a questões como imortalidade, a natureza da conexão do espírito e da matéria [...] ficamos no escuro. O que o pragmatismo faz nestes casos é apenas abrir o intelecto para receber, não para fornecer provas (PEIRCE, 1980, p. 105).

A verdadeira semelhança entre pragmatismo e utilitarismo, visto isso, está no fato de as duas abordagens terem forte conotações empíricas, mas o sentido de consequências nessas duas abordagens é diferente. No pragmatismo, as consequências sensíveis do objeto de determinada concepção servem como fonte de conhecimento para o sentido dessa mesma concepção. No utilitarismo, uma consequência específica (felicidade) é selecionada como critério moral para determinar qual conduta deve ser adotada em casos de conflitos. Essa diferenciação entre pragmatismo e utilitarismo serve para afastar o uso do termo “pragmático”, no senso comum, como algo pejorativo, bem como demonstra que não se trata de uma teoria ética (com um referencial moral). Tal qual elaborada por Peirce, representa uma metódica e um arcabouço teórico para descrever a forma com que se desenvolve o conhecimento humano.

Uma das implicações que isso gera é que a teoria de Peirce não representa um esvaziamento de direitos fundamentais, tal qual supõem determinados críticos do pragmatismo⁵⁴. Assim, a utilização do pragmatismo para estudar o direito fundamental de acesso à justiça indica que a busca pelo seu sentido se preocupa, também, com a dimensão pragmática da linguagem. É preciso notar, apesar da distinção feita, que existe, dentro do movimento pragmático, autores que adotaram posições mais próximas ao utilitarismo, o que, de alguma forma, pode explicar

⁵⁴ Por exemplo, em *O império do Direito*, Dworkin (1999, p. 185) tece uma forte crítica ao pragmatismo. No entanto, esse autor considera como pragmatismo aquela “[...] atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva”. Observa-se que, nesse exemplo, Dworkin ilustra uma postura de cunho utilitário (baseado na eficiência) e em um contexto de filosofia política. A Teoria Estruturante e o aporte do pragmatismo de Peirce, nesse sentido, não são objetivos da crítica de Dworkin. Reforça-se que Müller preocupa-se em destacar que a abordagem empírica de sua teoria não significa defender um cálculo de eficiência como parâmetro de decisão, mas a compreender o Direito a partir do comportamento (estruturado) de seus operadores, sujeito à crítica.

essa correlação que se tem feito entre as duas correntes. Para explicitar as razões pelas quais Peirce repudiou essa vertente do pragmatismo, no tópico a seguir apresentar-se-á a diferença entre pragmatismo e pragmaticismo.

2.3.2 Diferença entre pragmatismo e pragmaticismo

Uma vez apresentadas as características gerais do pragmatismo de Peirce, bem como tendo distinguido essa teoria do utilitarismo, é preciso explicitar uma divergência de pensamento que surgiu dentro do próprio movimento, já em seus primórdios. Trata-se de outros pensadores que trabalharam com o pragmatismo e deram-lhe conotações diferentes, que se aproximam do utilitarismo, e que contribuiriam para àquelas conotações abordadas.

Isso ocorreu porque, junto com as ideias de Peirce, também William James e Ferdinand Schiller, ao seu modo, desenvolveram e propuseram outros desdobramentos para a máxima pragmática. Grande parte desses desdobramentos, no entanto, foi rejeitada por Peirce (1902, p. 322), que considerou que se tratava de uma “posição tão radical do pragmatismo que seria possível dizer que desnaturou sua concepção original”.

Abbagnano (PRAGMATISMO, 2007, p. 784) separa duas concepções distintas de pragmatismo. A primeira, desenvolvida por Peirce, como concepção “metodológica” de pragmatismo; a segunda, desenvolvida por William James e Ferdinand Schiller, que adotavam uma concepção metafísica de pragmatismo. Essa segunda concepção pode ser resumida na tentativa de reduzir a verdade à utilidade e reduzir a realidade a espírito. Para melhor compreender a posição de James e Schiller, é preciso refletir sobre uma crítica que foi feita à teoria de Peirce por Denton Loring Geyer (1914). Ele considera que o método pragmático para determinar o sentido de uma expressão e a teoria da verdade professada por Peirce são contraditórios. Essa crítica pode ser dividida em dois pontos. Primeiro, alega que existe uma suposta indistinção entre “sentido” e “crença”. Segundo, sustenta que Peirce possui um sentido ambíguo para “realidade”.

Em relação à identificação entre “sentido” e “crença”, Geyer (1914, p. 12) destaca que Peirce entende esses dois termos como “um conjunto de hábitos”. Sustenta, ainda, que, em sua perspectiva, existe uma evidente distinção de significado nessas duas expressões, já que “[...] alguém pode ter claramente o sentido de centauros ou de fadas ou de qualquer outro personagem da mitologia sem que tenha a menor crença neles”. No mesmo contexto, afirma: “Ao definir

essas coisas de acordo com seus efeitos práticos, poderíamos falar que sabemos o sentido deles, uma vez que entendemos quais efeitos eles produziram se realmente existissem” (GEYER, 1914, p. 13).

É necessário, no entanto, opor-se, desde logo, a essa crítica. Isso porque Geyer parece supor que a crença em algo depende de sua manifestação físico-biológica. Para contrapor-se a isso, pode-se levar em consideração o seguinte ensinamento de Peirce (1980. p. 57):

[...] se o pragmatismo é a doutrina segundo a qual toda concepção é a concepção de seus efeitos práticos, (então) concepção vai muito além do prático. Permite todos os voos da imaginação, desde que alimentem a possibilidade de um efeito prático; e deste modo muitas hipóteses que à primeira vista seriam excluídas pela máxima pragmática não o são na realidade.

Sob esses pressupostos, pode-se sustentar que o método pragmático é capaz de diferenciar uma existência como manifestação físico-biológica e manifestação fictícia da imaginação humana, sem, para isso, negar a “realidade” de concepções baseadas em ambas as perspectivas.

Para ilustrar esse pensamento, pode-se contrapor o exemplo de Geyer com o debate do século XIX sobre a existência dos dinossauros. Tanto a existência dos dinossauros quanto a dos centauros representam a formulação de uma hipótese (abdução), já que só podem ser comprovadas indiretamente. Da mesma forma, ambas as ideias poderiam facilmente ser retratadas, seja como fruto da imaginação de determinada sociedade, seja como espécies de animais que “realmente” habitaram o planeta. O que difere o “modo de existir” entre os centauros e os dinossauros é que, ao longo das investigações, os efeitos práticos dessas duas concepções levaram à conclusão de que os dinossauros tiveram uma manifestação físico-biológica, enquanto os centauros não. O efeito prático evidente que difere essas duas concepções é que a hipótese dos dinossauros é fruto da descoberta de fósseis ao redor do mundo, enquanto a dos centauros é fruto de fontes bibliográficas de natureza poética.

Assim, o fato de os centauros serem “fictícios” não impede que o seu “sentido” atue, também, como “crença”. Vê-se que a crítica de Geyer não pode ser totalmente descartada. Ela pode ser aproveitada para se propor que por “sentido” ter-se-iam as conclusões geradas até a segunda etapa do processo de inquirição, ou seja, a construção da hipótese (abdutiva) e a dedução dos efeitos práticos necessários. Enquanto isso, por “crença” ter-se-iam as conclusões geradas por todo o processo, em que a hipótese foi testada empiricamente pela indução e pode-se averiguar, por exemplo, que dinossauros existiram.

Para os fins desta tese, essa diferença será relevante porque se pode, a partir disso, compreender que o sentido da norma de acesso à justiça abarca os processos de abdução e dedução, enquanto a confirmação se essa hipótese é capaz de descrever a crença que rege a aplicação do direito fundamental de acesso à justiça depende de sua aferição pelo teste indutivo, que, neste caso, será feito por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Se se considerar isso correto, a diferença entre “sentido” e “crença” é apenas uma relação de continência, em que toda a crença demanda a construção de um sentido e todo sentido tem a possibilidade de se verificar como uma crença.

Já em relação à crítica sobre o conceito de “realidade”, Geyer (1914, p. 11-12) considera que existe uma contradição quando Peirce (2008, p. 33-58), em *A fixação da crença*, estabelece que o método científico pressupõe que “[...] existem coisas reais, cujos caracteres são inteiramente independentes de nossas opiniões acerca delas” (PEIRCE, 2008, p. 54) e, em *Como tornar nossas ideias claras* considera que a realidade é um consenso final, o que “[...] torna as características do real dependentes do que por fim pensamos acerca delas” (PEIRCE, 2008, p. 85). Geyer supõe, ainda, que se trataria de um erro desculpável, já que, como primeiro autor a adotar a máxima pragmática naquele contexto, não seria surpreendente que, por vezes, Peirce tentasse preservar o sentido ortodoxo de realidade como algo absoluto (GEYER, 1914, p. 12).

Isso não elimina o fato de que essa aparente contradição não passou despercebida por Peirce, o que fora pouco destacado por Geyer. Quando escreveu *Como tornar nossas ideias claras*, Peirce tentou explicitamente resolver essa questão⁵⁵ e sustentou que a dependência entre “realidade” e o pensamento seria uma formulação mais adequada do termo “realidade”, ao mesmo tempo enfatizando que essa relação é concernente ao pensamento em geral e nunca ao pensamento individual de determinada pessoa (PEIRCE, 2008, p. 85). Assim, a teoria do conhecimento (verdade) em Peirce passa a ser fundamentada no proceder do processo de inquirição a longo prazo, de modo que, gradualmente e de forma não linear, uma comunidade ilimitada de investigadores poderia caminhar na busca do conhecimento verdadeiro (APEL, 1985, p. 163-165).

⁵⁵ O trecho completo de Peirce (2008, p. 85) é: “A opinião destinada a ser o consenso final é aquilo que queremos dizer pela palavra verdade; e o objeto representado nessa opinião é o real. Esta é a maneira pela qual eu explicaria a realidade. Mas pode-se dizer que essa perspectiva se opõe diretamente à definição abstrata de realidade que tínhamos dado, na medida em que torna as características do real dependentes do que por fim pensamos acerca delas. Mas a resposta é que, por um lado, a realidade é independente, não necessariamente do pensamento em geral, mas daquilo que você ou eu ou qualquer número finito de pessoas pode pensar; por outro lado, embora o objeto da opinião final dependa daquilo que a opinião é, todavia, o que essa opinião é não depende do que você ou eu ou qualquer outra pessoa pensa”.

Toda a discussão apresentada em relação ao pragmatismo de Peirce e como ele se relaciona com uma teoria da verdade serve para demonstrar que, ainda nesse caso, as conclusões a que as ideias de Peirce permitem chegar mantêm-se fiéis a uma concepção de pragmatismo como método que descreve o processo de construção do conhecimento humano. Ele não estabelece nenhum critério para seleção de hipóteses concorrentes, senão o de prevalência da hipótese mais plausível frente ao conjunto de crenças já estabelecidas intersubjetivamente. Esse é o cerne da distinção entre a formulação original do pragmatismo e a concepção como metafísica, proposta por William James.

Abbagnano (PRAGMATISMO, 2007, p. 784) resume a concepção metafísica do pragmatismo na ideia de que, nessa corrente, verdade é reduzida utilidade e realidade é reduzida a espírito. A redução do conceito de verdade ao de utilidade consiste na pequena — mas significativa — mudança em relação à ideia de consequências práticas que constituem as crenças. Em James, as crenças não são formadas apenas pelas consequências práticas (sensíveis) que se espera, mas também pelas consequências desejáveis; em outras palavras, pelo valor que o indivíduo atribui a elas (GEYER, 1914, p. 16; 17).

Essa dimensão da teoria atribui contornos psicológicos ao pragmatismo, o que pode ser demonstrado pelo conceito de “hipótese viva” que é elaborado por James. Segundo ele, é preciso diferenciar uma “hipótese morta”, que não gera um genuíno interesse a quem é proposta, de uma “hipótese viva”, que gera esse interesse (JAMES, 2001, p. 10). Como exemplo, poder-se-ia imaginar que, a partir do padrão cultural ocidental da contemporaneidade, hipótese morta seria a preferência por “Shochu” ao invés de “Toso”, ambas bebidas tradicionais japonesas. Por outro lado, uma hipótese viva poderia ser a perspectiva de que vinho chileno é melhor que californiano. De forma geral, um cidadão ocidental poderia considerar-se indiferente em relação à primeira hipótese, mas genuinamente interessado pela segunda. Tendo em vista essas “hipóteses vivas”, James considera que existe uma série de questões na vida humana que não permite uma análise meramente experimental (sensível), mas depende de uma “vontade de crer”, fruto da dimensão passional do ser humano. Um desses ramos, por exemplo, seria a moral, cujos problemas

[...] apresentam-se imediatamente como questões cujas solução não podem esperar por uma prova sensível. Uma questão moral não é apenas uma questão do que existe no plano sensível, mas do que é bom, ou do que seria bom se existisse. A ciência pode nos dizer o que existe, mas, para comparar os valores tanto do que existe como do que não existe, precisamos consultar não a ciência, mas o que Pascal chama de nosso coração (JAMES, 2001, p. 37-38).

Isso permitiu que James, por exemplo, utilizasse o método pragmático para observar fenômenos como a religião. Em sua obra *Pragmatismo* (JAMES, 2000), ele aponta que os pressupostos pragmáticos não são contra os da fé porque, se tiverem valor para a vida concreta, eles serão, pragmaticamente falando, verdadeiros.

Sua única prova da verdade provável é o que melhor funciona para orientarmos, o que melhor se adapta a cada aspecto da vida e se adequa com o conjunto das necessidades da experiência, sem omitir nada. Se as ideias teológicas fazem isto, se a noção de Deus em particular demonstra que assim o fazem, como poderia o pragmatismo negar existência de Deus? Não haveria sentido nenhum em considerar como “não verdadeira” uma noção que pragmaticamente falando resulta tão vantajosa (JAMES, 2000, p. 96, grifo do autor).

Além disso, James (2001, p. 40-41) aponta que existem situações em que o desejo de que algo seja verdade possui a capacidade de influenciar sua existência, como o relacionamento de um casal de amantes, que só pode ser realizado na medida em que uma das partes assume o risco trazido pelo desejo de que esse amor seja correspondido, muitas vezes sem qualquer prova empírica (sensível). Em suma, essa dimensão psicológica das consequências práticas para o pragmatismo aproximou a teoria de James a uma teoria da moral e, em diversos aspectos, aproxima sua perspectiva do utilitarismo, cuja felicidade também é parâmetro de análise para as consequências desejáveis. Kinouchi (2007, p. 219-220), nesse mesmo sentido, ao avaliar as características de subjetividade e valoração das crenças, o considera um “existencialista utilitarista”, na forma a seguir:

[...] defende que os efeitos da experiência religiosa sobre o indivíduo justificam a vida religiosa dessa pessoa. Não haveria assim motivo para descartar-se sumariamente, por exemplo, a crença na existência de Deus, visto que muitas pessoas efetivamente vivenciam os efeitos de uma tal crença. O que se nota é que o pragmatismo de James às vezes parece soar como uma espécie de existencialismo utilitarista.

Demonstrado porque se pode dizer que James reduz verdade a utilidade, pode-se apresentar os motivos pelos quais se afirma que ele considera realidade como espírito. Isso ocorre porque, à medida que as consequências psicológicas são levadas em consideração para avaliar os efeitos práticos das crenças, a análise desses efeitos só pode ser feita de modo subjetivo, individual. “Decidimos que essa ou aquela teoria resolve [uma questão] de forma sistemática mais

satisfatoriamente que outra, mas isso significa mais satisfatoriamente segundo cada um de nós, e cada indivíduo medirá de forma diferente seu nível de satisfação” (JAMES, 2000, p. 89).

Isso se contrapõe aos fundamentos de verdade a que chegou Peirce, cuja teoria pressupõe que ela seja um conhecimento intersubjetivo. Ao contrário, porquanto o nível de satisfação que cada crença possui depende da apreciação individual (JAMES, 2000, p. 91), a concepção de realidade formulada pelos pressupostos originais do pragmatismo foi redirecionada para as condições “de espírito” de cada indivíduo, que podem ser, inclusive, contraditórias. Compreende-se assim a afirmação de que James reduz verdade a utilidade e realidade a espírito. O pragmatismo de James se diferencia do de Peirce porque adota uma perspectiva utilitarista e subjetiva, divergindo da perspectiva estritamente “metodológica” (PRAGMATISMO, 2007, p. 784) de Peirce para um conhecimento com natureza intersubjetiva.

Em decorrência dos pressupostos do pragmatismo terem sido levados, como no exemplo de James, por searas diferentes da originalmente proposta por Peirce, ele decidiu alterar o nome da própria teoria, que passou a denominar “pragmaticismo”.

Assim, pois, o autor, vendo este seu filho "pragmatismo" promovido a tal ponto, sente que já é tempo de lhe dar um beijo de despedida e abandoná-lo a seus destinos mais elevados: enquanto que, a fim de servir a propósitos precisos de expressar a definição original, o autor anuncia o nascimento da palavra "pragmaticismo", que é suficientemente feia para estar a salvo de raptos (PEIRCE, 2005, p. 287).

Por ser o termo tradicionalmente consagrado, utilizar-se-á, nesta tese, a palavra “pragmatismo”, mas com a ressalva de que se busca fazer referência apenas a sua concepção original, tal qual proposta por Peirce. Para além das questões de nomenclatura, a diferenciação das teorias de James e Peirce leva à necessidade de fundamentação sobre o porquê, para esta tese, privilegiou-se a concepção deste último para a investigação do fenômeno jurídico.

Poder-se-ia questionar que a introdução de valores no pragmatismo proposta por James compatibilizaria melhor com a realidade do fenômeno jurídico, principalmente tendo em vista a aproximação entre direito e moral ocorrida no processo de transformação do direito após a Segunda Guerra Mundial. Para refutar essa percepção, é necessário lembrar que os pressupostos da teoria de James fundamentam uma concepção subjetiva das crenças. Nesse sentido, não são superadas as críticas que Müller aponta em relação à jurisprudência dos valores ou à tópica. Conforme visto, o Estado de Direito pressupõe a busca por soluções que sejam intersubjetivamente compartilhadas.

Ancorar a abordagem pragmática em um conhecimento intersubjetivo, tal qual Peirce propõe, não significa ignorar a dimensão valorativa e passional do ser humano. Para esta tese, a atividade jurisdicional existe para que as controvérsias não sejam resolvidas conforme concepções individuais do justo, mas pela forma compartilhada socialmente. Assim, as questões valorativas trazidas pelas transformações dos ordenamentos jurídicos são tratadas na medida em que puderem ser metódica e intersubjetivamente observadas. Müller (2009, p. 248) também leva em consideração valores, ao tratar que “[...] a análise do âmbito normativo também precisa [...] se ater aos ‘valores’ no sentido de concepções axiológicas socialmente eficazes” (grifo do autor). Assim, concepções axiológicas compartilhadas socialmente também são objeto de estudo no processo de concretização, mas não argumentos finais de fundamentação da norma de decisão. Portanto, reconhecendo-se as limitações próprias do conhecimento, o que o pragmatismo tenta fazer é ser um método capaz de “[...] fornecer uma hipótese não desprovida de probabilidade, dentro da linha geral do crescimento das ideias científicas, e ser capaz de ser verificada ou refutada por observadores futuros” (PEIRCE, 1980, p. 114).

Sob esses pressupostos, o estudo do direito fundamental de acesso à justiça a partir dos aportes teóricos de Müller e Peirce se apresentam como a construção de hipótese do sentido do termo, formada, primeiramente, pela compilação de dados linguísticos (legislação e literatura especializada) e dados da realidade (dados estatísticos da litigiosidade do Poder Judiciário) e, em um segundo momento, confirmada pelo estudo crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para assim, enquadrar-se na linha geral das ideias acerca do acesso à justiça. A verificabilidade dessa hipótese, por sua vez, é garantida pela descrição minuciosa da metódica utilizada e pela explicitação dos pressupostos teóricos.

Esse debate propõe, por fim, a elucidação da última característica da Teoria Estruturante do Direito, que é a vinculação ao Estado Democrático de Direito. Assim, propõe-se reler o sentido da concepção de justiça, termo extremamente poroso, para enquadrá-lo no quadro geral de desenvolvimento das democracias contemporâneas. Dessa forma, todos os pressupostos que fundamentam essa tese serão expressos, facilitando sua verificação futura.

2.4 UMA CONCEPÇÃO METÓDICA DE JUSTIÇA: PRESSUPOSTO PARA UM PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO ADEQUADO À VINCULAÇÃO POLÍTICA DA TEORIA ESTRUTURANTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O desenvolvimento das ideias de Müller e o auxílio da teoria pragmaticista levam à construção de uma metódica para a apreensão de um sentido do direito fundamental de acesso à justiça fundamentado intersubjetivamente. Uma das características desenvolvidas para justificar essa forma de abordagem empírico-pragmática do fenômeno jurídico é a compreensão de que o significado dos enunciados jurídicos ocorre como processo de concretização de sentido, sendo que o próprio contexto em que está envolto o caso interfere nessa concretização.

A verificabilidade desse processo (segurança jurídica) não representa uma capacidade de previsibilidade do resultado da concretização em período anterior à instauração da dúvida, mas a capacidade de recapitulação racional das etapas que levaram o julgador a alcançar o resultado apreendido.

Além da racionalidade do processo de concretização, a verificabilidade da decisão também compreende a adequação dessa decisão aos pressupostos de Estado Democrático de Direito. Esse ponto da Teoria Estruturante sugere, então, não só uma adequação metódica, mas também uma adequação política. Essa adequação política, no entanto, não se dará satisfatoriamente para os pressupostos desta tese, se realizada com base em concepções valorativas subjetivas, já que o Estado Democrático pressupõe que as decisões sejam adequadas aos valores intersubjetivamente partilhados.

Conforme depreendido da abordagem pragmaticista de Peirce, a verificabilidade da “veracidade” de uma crença só é possível dentro de um quadro geral de desenvolvimento de ideias concordantes entre si. Assim sendo, é preciso explicitar quais crenças constituem a compreensão de Estado Democrático de Direito.

2.4.1 O sistema político e o processo de concretização da norma jurídica em um Estado Democrático de Direito

Além do esforço sintetizador e da metódica empírico-pragmática, Müller (2013, p. 13) sustenta, como terceira característica da Teoria Estruturante do Direito, “[...] o engajamento não partidário, mas político em prol do Estado Social de Direito e a Democracia efetiva”. Essa

vinculação política para uma teoria jurídica é outro diferencial da Teoria Estruturante em relação ao positivismo, por exemplo. Em Kelsen (1998, p. 1), a ciência jurídica é compreendida como apartada de concepções morais, éticas ou de cunho político. Uma das consequências da adoção desse pressuposto é que a Teoria Pura do Direito busca fornecer uma teoria da interpretação geral, independentemente do local ou período em que se encontra o julgador (KELSEN, 1998, p. 1).

Em Müller, por outro lado, os sistemas políticos e jurídicos são considerados como cooriginários pela Lei Fundamental de determinada sociedade. Assim, tanto política quanto direito se enquadram na historicidade⁵⁶ em que ocorrem (MÜLLER, 2014, p. 20; GADAMER, 1999, p. 400-403)⁵⁷ e, por isso, o estudo dos ordenamentos é dependente de qual deles se está a analisar. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é impossível compreendê-lo sem a criticável — mas verdadeira — influência estrangeira que ele possui, principalmente europeia e americana. A racionalidade jurídica e o Estado de Direito, nesse sentido, não podem ser compreendidos sem serem inseridos no contexto político de dominação racional-burocrática e os pressupostos que formaram o capitalismo moderno.

Ao tratar do assunto, Max Weber (2004, p. 106) considerou que o modelo de produção capitalista se desenvolveu junto com o processo de desencantamento do mundo, termo utilizado por ele para significar “a eliminação da magia como meio de salvação”. No medievo, relações não empíricas ainda formariam parte do cotidiano social. Exemplo disso é a fé católica nos milagres realizados pelos sacerdotes religiosos, como a infalibilidade papal ou a transubstancialização do pão e vinho durante as missas (WEBER, 2004, p. 106). A percepção do “estado de graça” religioso também foi alterada por esse desencantamento do mundo. O

⁵⁶ “O ator social enfrenta suas tarefas e conduz seus juízos de valor por pressupostos conscientes e inconscientes. Que essa ‘atitude’ dependa de sua situação fática de vida, do papel, *status*, pertença a uma camada social e histórica de vida, tudo isso foi esclarecido pela denominação de conjunto da ‘pré-compreensão’ justamente para os modos de trabalho, designadamente à área especial de trabalho da metódica jurídica, e não pode mais ser contestado” (MÜLLER, 2014, p. 23, grifos do autor).

⁵⁷ “O nexo entre ‘metódica jurídica’ é condicionado, de ambos os lados, pela ordem da sociedade constituída pela Lei Fundamental. Daí que uma ‘metódica do direito geral’ também não é pressuposta aqui. Trata-se, antes, de uma metódica jurídica *desse tipo* de ordem jurídica e, no que diz respeito a proposições jurídicas [...] metodicamente relevantes [...] *desta ordem jurídica*. [...] Também não é possível fazer pesquisa empírica em sociedades diferentes com a mesma metódica; pelo contrário, as relações *sociais* do respectivo grupo de pessoas e da respectiva comunidade cultural são decisivas para as possibilidades da metodologia empírica” (MÜLLER, 2014, p. 20-1, grifos do autor). Exemplo disso é que a Teoria Estruturante foi desenvolvida para países que se pretendem Estados Democráticos de Direito, como o Brasil e a Alemanha. Afirma Müller (2013, p. 233): “[...] minha Teoria e metódica do direito são, até nos detalhes, feitas exatamente para este Estado Democrático de Direito Moderno — por exemplo, para o Brasil atual e para Alemanha atual — para sistemas deste tipo e com um *statute law* (e não para um *case lay system*)”.

caminho da retidão católica, alcançável pelo “meio sacramental de qualquer espécie” ou pela “descarga na confissão” é substituído pela necessidade de uma conduta regrada, um estilo de vida ascético que estimulava o controle metódico e, com isso, “uma conformação racional de toda a existência” (WEBER, 2004, p. 106).

Esse conteúdo ético do capitalismo, no plano político, pode ser vislumbrado por um modelo de legitimação da distribuição do poder com base na legalidade e na burocracia. Caracterizada pela despersonalização e calculabilidade de resultados, a dominação burocrática se impõe como arranjo mais adequado à economia de mercado que se formava, já que se apresenta como mais rápida, precisa e clara que os serviços honoríficos realizados pontualmente por aqueles que tinham a simpatia real⁵⁸ (WEBER, 1982, p. 251). A formação do Estado de Direito, nesse contexto, surge como configuração jurídica dessa dominação racional-burocrática e legitima-se sob os aspectos fundamentais de uma repartição de tarefas racionalmente fundamentada e a busca de consenso a partir da transparência (MÜLLER, 2014, p. 26). A racionalidade jurídica, assim sendo, tem duas funções: a de dominação e a de justificação.

As consequências da dominação racional e seus efeitos liberalizantes e antiditatoriais, que serviram, historicamente, para limitar as interferências estatais nas atividades de mercado, têm efeitos para além desse contexto mercantilista. Por mais fortes que sejam as críticas às consequências sociais e econômicas negativas do modo de produção capitalista, a dominação burocrática não compartilha com dominações carismáticas ou tradicionais a legitimidade da coação pela arbitrariedade livre ou pelas graças *senhoris* (WEBER, 1982, p. 252).

Assim, a racionalização da administração e do direito, mesmo quando usada como instrumento de dominação, também apresenta, para legitimar essa mesma dominação, os seus limites de atuação (MÜLLER, 2014, p. 134). Daí entender que

[...] de acordo com a experiência histórica, todo o desenvolvimento para formas autoritárias ou “totalitárias” de poder está ligado a uma desracionalização, a uma desmontagem das garantias de forma e processuais, a uma restrição das obrigações de publicidade e das instâncias de controle. Nesse caso, o poder atual suprime tendencialmente o poder constitucional característico de fases liberais (MÜLLER, 2014, p. 133).

⁵⁸ “A exigência da realização mais rápida possível das tarefas oficiais, além de inequívoca e contínua, é atualmente dirigida à administração, em primeiro lugar, pela economia capitalista moderna. As modernas empresas capitalistas de grande porte são elas mesmas, em regra, modelos inigualados de uma rigorosa organização burocrática. Suas relações comerciais baseiam-se, sem exceção, em crescente precisão, continuidade e, sobretudo, rapidez das operações” (WEBER, 1999, p. 2012).

Uma vez que o Estado de Direito é historicamente caracterizável e a racionalização é compreendida, a separação entre direito e política pode ser considerada mera ideologia e, uma vez superada, pode ser entendida em seu contexto global. Assim, ao se afirmar que o processo de concretização da norma jurídica depende de sua compatibilidade com os pressupostos do Estado de Direito, isso significa que a metódica utilizada, aproveitando-se das características dessa dominação racional, precisa ser capaz de apontar quando a decisão judicial foge a essa racionalidade e atende a critérios outros, como a dominação carismática ou tradicional, o que ocorre sempre que a decisão se pauta em princípios genéricos, concepções filosóficas ou qualquer tipo de eruditismo obscurecedor (MÜLLER, 2014, p. 132-134).

Com base nessas concepções, percebe-se que o Estado de Direito como estado de dominação racional permitiu a superação das amarras do Antigo Regime e precisa ser radicalizado no processo de concretização das normas jurídicas, a fim de manter a racionalidade e a transparência de suas etapas. Tal qual aponta Müller,

[...] foi função do Estado liberal de Direito possibilitar libertação política por meio de suas garantias, que reprimiram o aparelho estatal absolutista. Na sequência histórica de uma outra “dialética do iluminismo”, essa função começa a desenvolver seu efeito politicamente libertador, justamente por causa de sua formalidade, também para as camadas sociais que historicamente o (Estado liberal de Direito) tinham conquistado para si. Como forma de organização dessa chance de equilíbrio intrassocial, o Estado de Direito não foi historicamente ultrapassado e é digno de toda a defesa, por mais que esse desenvolvimento, por sua vez, também tenha limites sistematicamente condicionados (MÜLLER, 2014, p. 139).

O engajamento político da Teoria Estruturante do Direito não se esgota no Estado de Direito. Essa concepção deve ser completada com a concepção de democracia, pois compreende que são características interdependentes para prevenir autoritarismos, ao mesmo tempo que resguarda uma aplicação irrestrita e igualitária dos direitos dos indivíduos⁵⁹ (MÜLLER, 2013, p. 167).

Müller (2014, p. 57) sustenta, nesse sentido, que a ideia de democracia que defende a Teoria Estruturante significa um governo vinculado à soberania popular. A compreensão de democracia na Teoria Estruturante vai além da concepção em que, historicamente, foi formado o Estado de Direito. Fabriz e Ferreira (2001, p. 113) explicam que na democracia, na sociedade liberal-burguesa, “povo” se confunde com “corpo eleitoral”, compreensão que prestigia o

⁵⁹ “Sem os processos democráticos permanentes, em Estado de direito [sic] se solidifica em fachada formalística, podendo servir também aos regimes autoritários. Sem o Estado de direito consideravelmente realizado, a produção democrática de leis ficará “no ar”, representando apenas um mero papel dos documentos oficiais e livros didáticos” (MÜLLER, 2013, p. 167).

momento histórico em que os indivíduos “[...] deixam de ser objeto para atuarem como sujeitos da ordem política”. No entanto, também informam os mesmos autores que se trata de uma concepção precária, porque “povo” não é uma qualidade que pertence a todos os nacionais, mas apenas algumas parcelas que, a depender de cada ordenamento jurídico de cada Estado-Nação, possuem direitos políticos.

Müller (2014, p. 57) diz que a ideia de democracia está diretamente ligada à ideia de povo, pois se orienta pela ideia de governo inclinado à soberania popular. Nesse mesmo sentido, Fabríz (2003b, p. 77) sustenta:

Na concepção de Estado Democrático de Direito, o “povo” é justificador da constituição deste Estado. É ele quem confere todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, constituindo-se, portanto, no princípio a partir do qual admite-se a existência de um Estado regulador ou controlador, empreendedor ou liberal, progressista ou conservador, etc.

Essa ideia de “povo” deve ser explicada por suas dimensões, como “povo ativo”, “povo-legitimante” e “povo-destinatário”. A primeira se refere àquela parcela da vida dos indivíduos que reside no território de um Estado e toma atos de decisão para a distribuição de poder. Trata-se do indivíduo eleitor, que abrange não só os processos eleitorais periódicos, mas todos os meios de participação na administração pública, como referendos, plebiscitos, ações populares etc. Ele constitui “[...] a fonte de determinação do convívio social por meio das prescrições jurídicas devidamente legitimadas [...]” (FABRIZ, 2003a, p. 77). Não é em outro sentido que Müller (2003, p. 57) defende a ideia de que o “povo ativo” representa a pretensão de “[...] autocodificação das prescrições vigentes, com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político”.

Outra dimensão da ideia de povo se refere à “[...] instância global da atribuição de legitimidade democrática”. Trata-se daquela parcela de indivíduos sobre um território que, não exercendo seus direitos à cidadania, legitima os atos de governo por meio da aceitação tácita, não se rebelando contra eles (MÜLLER, 2003, p. 61). Fabríz (2003b, p. 80) explica, nesse sentido, que, na relação entre Estado e povo, “[...] de acordo com Müller, para que haja legitimação daquele por este, tem de haver, em contrapartida, o respeito por parte do Estados aos direitos fundamentais, individuais e políticos”.

Por fim, a terceira dimensão da ideia de povo encontra lugar como “destinatário de prestações civilizatórias do Estado”. Essa abordagem consegue abarcar todos os indivíduos que estão sob a jurisdição do Estado Democrático de Direito, pois trata-se daqueles indivíduos que são

afetados pelas políticas públicas ou atos de governo (MÜLLER, 2003, p. 76). A ideia de “povo-destinatário” diferencia-se da de “povo-legitimante” porque contempla também refugiados, migrantes, estrangeiros e qualquer outro tipo de indivíduo que não compartilha o *status* de cidadão. Nessa dimensão, os indivíduos são tratados conforme as regras de direitos humanos (MÜLLER, 2003, p. 76).

Pensada a partir dessas dimensões de “povo”, a democracia pode ser compreendida, primeiro, por seu núcleo envolvendo os direitos políticos, concernentes à liberdade de constituição de partidos e ao direito a voto, bem como, de forma ampla, ao princípio majoritário e à autodeterminação do povo; os direitos civis, que se referem à igualdade de direitos perante a lei, à proteção suficiente contra maiorias eventuais e à capacidade material para o exercício livre da vida civil; os direitos humanos, referentes à proibição de tratamento degradante, discriminatório ou capaz de atentar contra a dignidade humana (MÜLLER, 2013, p. 163).

Ao se somarem as compreensões de Estado de Direito e de democracia, tal qual formuladas, poder-se-ia alcançar, como sugestão de síntese, que a Teoria Estruturante do Direito, ao engajar-se politicamente em prol do Estado Democrático de Direito, pressupõe

[...] um Estado com direitos fundamentais, garantias processuais, preceitos de publicidade e controle, com resolução democrática dos conflitos, com limitação principal e controle jurídico de poder estatal e com igualdade e justiça social como normas respeitantes aos objetivos do Estado e de mandamentos e tarefas constitucionais (MÜLLER, 2014, p. 141).

A compreensão formulada de Estado Democrático de Direito não pode ser inocente, entretanto, e ignorar que a configuração própria da democracia brasileira não se sujeita irrestritamente à mesma história de formação dos Estados europeus e da América do Norte. A posição de colonizado e longamente escravista não afetou apenas a forma de desenvolvimento do capitalismo brasileiro⁶⁰. Também desenvolveu uma sociedade peculiar em que traços do

⁶⁰ Nesse sentido, aponta Florestan Fernandes (1976, p. 89-90, grifo do autor): “Não existiam [no Brasil] as condições e os processos econômicos que davam lastro ao funcionamento dos modelos econômicos transplantados nas economias centrais. Eles só podiam ser postos em prática, com eficiência e senso de ‘previsão econômica’, nas ações e relações econômicas nas quais a situação de mercado aqui imperante já reproduzia determinados requisitos institucionais das economias centrais. Isso se deu, de começo, apenas no mais elevado nível de comercialização [...]. Além disso, como a situação de mercado existente combinava, articuladamente, elementos heteronômicos com elementos autonômicos, boa parte dos modelos econômicos transplantados não tinham por meta criar processos econômicos de desenvolvimento interno análogos aos que eram produzidos pela integração das economias centrais. [...] Esse capitalismo não continha, porém, as mesmas características estruturais e funcionais do capitalismo vigente nas Nações dominantes”.

capitalismo moderno e da dominação racional ainda se misturam com outras formas de dominação (FAORO, 2001, p. 819-820).

Além de mitigar a separação entre o público e o privado (HOLANDA, 1995, p. 145-146), característica tendente das democracias europeias como consequência da dominação burocrática, essa peculiaridade também afetou o senso de cidadania brasileira e, com isso, a consolidação de direitos civis e políticos (CARVALHO, 2008, p. 219-221) que, na concepção da Teoria Estruturante, formam o núcleo do Estado Democrático de Direito. Assim, o engajamento político da Teoria Estruturante não possui, no Brasil, a mesma função de enquadrar uma metódica jurídica às vantagens sociais de um desenvolvimento endógeno e espontâneo da dominação racional. No caso brasileiro, esse esforço metódico se torna sobremaneira relevante porque precisa lidar com influências mais agudas de irracionalidade, nas diversas manifestações que ela desenvolveu nesse país, como a cordialidade⁶¹ ou o jeitinho⁶².

A metódica jurídica no processo de concretização da lei torna-se, nesse contexto, instrumento de auxílio em uma esfera maior de racionalização das relações interpessoais, reforçando a necessidade de evitar processos de decisão com bases irracionais. No caso brasileiro, o Estado de Direito e a democracia devem ser tratados como uma “ideia reguladora” que orienta a atividade do operador do direito para a superação desses obstáculos na construção de uma concepção republicana de sociedade.

O Estado republicano é “público”, i.e., do povo; e não a propriedade privada de partidos políticos, de “grandes famílias” e de grupos tradicionais e empresariais influentes. Existe aqui um problema estrutural do Brasil, conforme analisaram, por exemplo, Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro ou Darcy Ribeiro. A “República” no sentido enfático e a “Democracia” no sentido renovado se constituem por si mesmas: o fator decisivo da legitimidade de todo o poder público deverá ser concretamente o povo; e, onde esse fator ainda não for satisfatório, o povo deverá se transformar nesse fator.

⁶¹ “Cordialidade” é o termo utilizado por Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 146-147) para caracterizar um carisma no tratamento interpessoal entre os membros da sociedade brasileira que, se por um primeiro momento poderia enganar no sentido de ser uma vantagem social, na verdade esconde uma relativização da normatividade própria das civilizações desenvolvidas (dominação racional). Assim, a cordialidade é uma das influências de dominação não racional que ainda afetam o comportamento interpessoal brasileiro.

⁶² Expressão apresentada por Roberto DaMatta, ao relativizar a normatividade vigente comum na sociedade brasileira em decorrência da confusão entre o público e o privado. “Na forma clássica do ‘jeitinho’, solicita-se precisamente isso: um jeitinho que possa conciliar todos os interesses, criando uma relação aceitável entre o solicitante, o funcionário-autoridade e a lei universal. Geralmente, isso se dá quando as motivações profundas de ambas as partes são conhecidas; ou imediatamente, quando ambas as partes descobrem um elo em comum. [...] A verdade é que a invocação da relação pessoal, da regionalidade, do gosto, da religião e de outros fatores externos àquela situação poderá provocar uma resolução satisfatória ou menos injusta” (DAMATTA, 1986, p. 84, grifo do autor).

Isso significa *not last* uma modernização de mentalidade. Ao invés do “aos amigos tudo, aos inimigos a lei” e da cultura do “jeitinho” até agora quase universal no Brasil, passa deixar prevalecer a cordialidade no setor privado e na sociedade; mas cumpre desenvolver como uma ideia reguladora no sentido de Immanuel Kant e como objetivo para o futuro, nas áreas do Estado, do Direito e da Constituição, vencendo a miséria e em prol do povo: “Aos amigos tudo, a todos a lei da República democrática!” (MÜLLER, 2013, p. 170, grifos do autor).

A constatação das influências de ordem não racional na sociedade brasileira também levanta uma questão fundamental sobre o objeto de estudo desta tese. A análise do direito de acesso à justiça deve, por um lado, não se perder em concepções filosóficas ou valorativas que o termo “justiça” pode supor. Por outro lado, precisa se adequar a uma concepção pós-positivista e, assim sendo, não se satisfazer com um conceito legalista que a confunde com as relações processuais de competência ou os diversos procedimentos que existem no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, o último ponto a ser explicitado da base teórica que conforma esta tese é a construção de um conceito metódico para justiça, que seja racionalmente aferido e, ao mesmo tempo, que reconheça a inter-relação dos enunciados de texto e dos dados da realidade que formam a estrutura da norma jurídica, juntamente com a vinculação ao Estado Democrático de Direito.

2.4.2 Em busca de uma concepção metódica de justiça no quadro de um Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, em coerência ao exposto acerca da dominação racional, não possui em si mesmo uma compreensão substancial do justo. Quando o Direito reconhece garantias para os mais fracos, ele demonstra, na verdade, a característica da aplicabilidade irrestrita que a dominação racional exige⁶³ (MÜLLER, 2013, p. 156). Assim, o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais não pode ser visto como algo dado, mas fruto de concessões a contragosto após lutas sociais que precisam ser permanentemente reafirmadas (MÜLLER, 2013, p. 156-157). Quando demandas são propostas perante o Poder Judiciário, os cidadãos não estão em busca de sentenças ou decisões de todo o gênero, como se fossem um

⁶³ “Quando o direito concede aos fracos uma proteção um pouco mais além, estes não eram, na verdade, totalmente fracos. Ali, obrigaram os fortes a fazê-lo, para estes poderem continuar seu direito do mais forte sem incômodos por demais inconvenientes. Onde a força é mitigada, de tal forma, pelo direito, onde a situação dos explorados é mitigada por meio de dispositivos legais, ali não atua uma força de compensação justa inerente ao direito. Ali se torna evidente, mais uma vez, a aplicabilidade irrestrita do direito, até mesmo a serviço dos (não demasiadamente fracos) mais fracos” (MÜLLER, 2013, p. 156).

fim em si mesmas. Uma vez compreendidas as dimensões da democracia e a existência de “povo-legitimante” e “povo-destinatário”, os atos de jurisdição também devem se adequar ao processo de afirmação de garantias individuais e justiça social que formam a sociedade em que o julgador está inserido.

Do ponto de vista empírico, as pesquisas de Maria Tereza Sadek (2010, p. 11) demonstram que o jurisdicionado brasileiro espera “[...] justiça no mais amplo sentido do termo, como se coubesse ao juiz pronunciar-se tanto sobre questões que constam dos autos como sobre toda e qualquer iniquidade social”. Essa expectativa de justiça social, no entanto, é ponderada pela autoconsciência de uma sociedade que não age sob prismas estritamente racionais, mas também por relações irracionais de amizade ou reverência. No mesmo estudo, Sadek (2010, p. 3, grifo da autora) aponta que “[...] as leis não são vistas como universais, como balizadoras de comportamentos, mas, sobretudo, como instrumentos para punir ‘fracos’ e redimir poderosos”.

A racionalização da tutela jurisdicional, principalmente naqueles assuntos diretamente vinculados a direitos fundamentais, não é apenas uma necessidade para aperfeiçoamento do trabalho jurídico, mas também abarca uma função social das instituições do sistema de justiça em relação à ideia reguladora de Estado Democrático de Direito, que precisa ser permanentemente reafirmado. Na forma apresentada por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 61-62), os juízos e os tribunais não têm como única função a resolução de conflitos interpessoais. Além disso — e a partir disso —, o Poder Judiciário também tem funções políticas em relação à justiça social, bem como funções simbólicas de afirmar um senso geral de justiça.

À medida que o contexto brasileiro é posto em evidência, uma análise científica do direito fundamental de acesso à justiça precisa pressupor uma compreensão adequada da ideia de justiça. Na busca por uma compreensão metodológica para a justiça, serão analisadas três abordagens dessa ideia: justiça como revelação profética; justiça como respeito à tradição; justiça como cumprimento de uma promessa.

2.4.2.1 Justiça como revelação profética

A justiça como revelação profética está relacionada a métodos não verificáveis (auditáveis) de resolução heterônoma de conflitos. Paralelamente ao contexto de dominação em que está inserida, a justiça como revelação está enquadrada em um paradigma de dominação carismática.

Também denominada “dom da graça”, Weber (1982, p. 99) compreende como carisma uma característica física ou espiritual que outorga a determinado líder social a prerrogativa de resolver os conflitos interpessoais. Essa competência existe em decorrência de um fato extraordinário que atribui determinado “prestígio” ao julgador. Como tipo-ideal, Weber (2004, p. 215) ilustra essa forma de resolução de conflitos com base no que chama de “justiça de cádi”. Com esse rótulo, ele denomina todos os julgamentos proféticos estruturados da forma “está escrito, mas eu vos digo”. Retirado da cultura islâmica, esse exemplo considera que a autoridade do julgador é tamanha que ele pode, inclusive, alterar a tradição e decidir contra ela⁶⁴.

Uma forma comumente referida como justiça como revelação profética são as ordálias, utilizadas principalmente no início do medievo. As ordálias eram consideradas meios de evocar a sabedoria divina para julgar determinados casos, geralmente criminais (PILARCZYK, 1966, p. 87). Também denominadas “julgamento divino” (LEA, 1866, p. 176), as ordálias consistiam na submissão, por parte do acusado, de uma tarefa penosa que, se cumprida, era considerada como prova de inocência. Henry Lea (1866, p. 196) exemplifica que, em uma das formas de ordálias, o acusado deveria encontrar com as mãos nuas um anel ou uma pedra no fundo de um caldeirão de água fervente. Lan Pilarczyk (1966, p. 111) considera que existia um fundo racional nas ordálias, uma vez que essa forma de resolução de conflitos se inseria em um contexto em que a intervenção de Deus nas atividades cotidianas era entendida como algo comum.

Apesar disso, a compreensão de racionalidade utilizada nesta tese não significa concordância com as premissas existentes, mas uma forma de pensamento ou ação auditável (verificável). Nesse sentido, os motivos que levaram Deus a permitir o cumprimento da ordália por um acusado e não por outro continua sendo algo místico e, assim sendo, irracional.

A justiça genuinamente carismática atua sempre desta maneira: em sua forma pura, é o contraste extremo às vinculações formais e tradicionais, sendo independente tanto da santidade da tradição quanto das deduções racionalistas que partem de conceitos abstratos (WEBER, 2004, p. 327).

Ao analisar, de forma crítica, a atuação moderna da jurisdição e, em especial, a jurisdição constitucional, podem-se vislumbrar exemplos híbridos de justiça racional e carismática. Isso porque, quando o julgamento, pretensamente racional, é baseado em termos ambíguos ou

⁶⁴ Não se ignora a existência de críticas em relação à vinculação do julgamento de ordem carismática à figura do cádi ou qadí, autoridade jurisdicional em determinadas culturas islâmicas. Nesta tese, utiliza-se o exemplo para fins estritamente didáticos, na forma de um tipo-ideal, tal qual o método utilizada pelo próprio Weber. Acerca das críticas anteriormente mencionadas, cf. Rosen (1980-1981).

princípios gerais não metodicamente estruturados, as conclusões alcançadas ganham características similares às de uma revelação, visto que não verificáveis. Assim, alcança-se determinado entendimento supostamente fundamentado em uma escolha prévia realizada pelo constituinte, mas não é possível encontrar elementos de sustentação para isso, senão do próprio prestígio do julgador ou da posição que ocupa.

Não é em outro sentido que Müller (2009, p. 118-120) critica a atuação da corte constitucional alemã baseada na ideia de “natureza das coisas”, termo genérico para deixar de aplicar o ordenamento jurídico frente a uma concepção de direito natural. Na forma cotidiana, essa modalidade de justiça encontra obstáculos para se estabelecer como método principal de resolução de conflitos nas sociedades modernas, tendo em vista ser instável e incompatível com formas institucionalizadas (WEBER, 2004, p. 325). Por isso, é comum que, proporcionalmente ao aumento da complexidade social, essa forma de justiça seja alterada pelas concepções tradicional ou burocrática.

2.4.2.2 Justiça como respeito à tradição

O segundo modelo de compreensão para a ideia de justiça a ser investigado é aquele que vincula justiça ao respeito à tradição. Essa submissão à tradição é explicada por Weber (1982, p. 99) como a submissão a um “eterno ontem”, cuja fonte é a orientação humana para a conformidade e o habitual. Observada nas relações domésticas patriarcais e em determinados reinados, a justiça tradicional, baseada “ [...] na crença da inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre” (WEBER, 2004, p. 234), legitima a autoridade do “senhor” e seus sucessores, mas também limita sua atuação. Alasdair Macintyre (1994, p. 32) conceitua tradição como

[...] um argumento prolongado através do tempo em que certos acordos fundamentais se definem e se redefinem em termos de dois tipos de conflitos: aqueles com críticos e inimigos externos à tradição, que rejeitam todas ou ao menos partes chave dos acordos fundamentais, e aqueles internos, debates interpretativos pelos quais o sentido e a razão dos acordos fundamentais vêm a se expressar, e de cujo progresso constitui uma tradição.

Do ponto de vista do pragmatismo abordado nesta tese, a tradição pode ser entendida como uma crença no campo político-social de determinada sociedade. Assim, a orientação para conformidade, sugerida por Weber, é recontextualizada para ser compreendida como um hábito social. A justiça tradicional se aproxima de justiça de cunho racional por seu caráter intersubjetivo e orientado por normas. Por outro lado, essas normas não são estatuídas, mas

“sagradas” pela tradição (WEBER, 2004, p. 234). Assim, é possível surgir “[...] uma ordem juridicamente lábil, mas de fato muito estável, que restringe a esfera de arbitrariedade e graça do senhor em favor da esfera de vinculação à tradição” (WEBER, 2004, p. 239).

As normas de tradição geralmente eram produzidas por meio da estabilização de normas de revelação carismática e só poderiam ser alteradas por outras revelações dessa natureza (WEBER, 2004, p. 73-74). Há exemplo, na literatura clássica, que retrata um conflito entre o direito estatuído e a tradição. Trata-se do confronto entre Creonte e Antígona. Nessa peça de Sófocles (1997), a personagem Antígona relativiza os comandos do Rei Creonte, que castiga o irmão de Antígona com a proibição de realização de sepultamento de seu corpo. Na trama, Antígona considera que, apesar da regra promulgada por Creonte proibindo o sepultamento de seu irmão, deveria seguir as regras da tradição, estabelecidas pelos próprios deuses. O seguinte trecho é ilustrativo da questão:

Creonte: E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis?

Antígona: É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram (SÓFOCLES, 1997, p. 44-45).

Além de condicionar a legitimidade dos comandos do senhor, a justiça como tradição também dispõe dos “mais velhos” ou dos “anciãos” como julgadores das grandes questões que ocorrem na vida social. Às vezes, esse papel também cabe a um determinado líder religioso, mas a característica que o qualifica para tal função é o contato e a proximidade com as regras tradicionais (WEBER, 2004, p. 73). A justiça como tradição permite a criação de um ordenamento jurídico mais estável que a justiça carismática. Apesar disso, não é capaz de se desvencilhar de uma fonte mística de produção legislativa, seja pela necessidade de novas revelações naqueles momentos de atualização da tradição às demandas sociais mutáveis, seja por meio da vinculação a um julgador legitimado por suas características pessoais. A formação de uma concepção de justiça alheia às características irracionais da justiça como revelação e como tradição será estabelecida, nesse sentido, na terceira concepção de justiça a ser analisada: a justiça como cumprimento de uma promessa.

2.4.2.3 Justiça como cumprimento de uma promessa

Uma concepção metódica para o estudo da justiça precisa se afastar das compreensões da justiça como tradição e como revelação por conta de suas características irracionais. Em meio a um paradigma burocrático-racional, Weber explica que o processo de racionalização do Direito foi compreendido por duas características: generalização e sistematização. Diferente das ordálias, em que o resultado é consequência da vontade inteligível do divino, os argumentos que motivam a decisão racional precisam ser “disposições jurídicas”, ou seja, premissas (princípios/regras) que podem ser aplicadas ao caso em análise, mas também em qualquer caso semelhante (WEBER, 2004, p. 11-12). Essa construção, semelhante ao método de subsunção positivista, foi a primeira forma de construção de uma abordagem racional para o Direito, que foi superada, conforme se viu nesta tese, pelas perspectivas pós-positivistas.

A justiça como respeito à tradição já possuía, a sua maneira, uma compreensão de generalização. Ocorre que apenas a generalização não é bastante para se configurar uma compreensão racional de justiça. À medida que a complexidade social aumenta e o ordenamento jurídico é composto por uma gama de premissas (disposições jurídicas), não basta que elas sejam gerais, é também necessário que sejam racionalmente relacionadas, ou seja, sistematizadas. Nesse ponto, o direito como respeito à tradição relega os casos de dúvida na interpretação dos costumes às formas irracionais derivadas da justiça como revelação, atribuindo a decisão àquelas pessoas que, por suas características pessoais, tornam-se legítimas para “sistematizar” as crenças tradicionalmente consagradas.

Na primeira forma de positivismo, em que texto de lei e norma são confundidos, essas duas características de um direito racional foram construídas segundo a pressuposição de que o texto da lei poderia servir de premissa geral e as regras de resolução de antinomia como métodos de sistematização. A Teoria Estruturante, buscando superar as limitações do positivismo, diferenciou o texto e a norma e, o mais importante, inseriu dados da realidade como componentes da norma jurídica. Para fins de metódica, o texto da lei é o ponto de partida do trabalho do julgador e estabelece parâmetros democraticamente legitimados de julgamento.

Uma concepção que seja capaz de abarcar tanto a necessidade de racionalidade pleiteada pelo Estado de Direito quanto seja compatível com um processo de criação da norma jurídica, tal qual professada pela Teoria Estruturante, deve levar em conta que o texto da lei tem papel orientador para a construção da norma de decisão, mas não encerra em si a resposta para um

conflito de interpretação jurídica. Walter Kaufmann (1969, p. 214), ao investigar as origens da justiça, sugere uma compreensão de justiça como “cumprimento de uma promessa”. Trata-se de uma concepção alternativa àquelas que justificam a justiça em sentimentos como culpa ou vingança. Da mesma forma, essa ideia de justiça permite a compreensão da realidade de mudança de sentido com o desenvolvimento social, diferentemente da justiça como tradição.

Uma promessa depende que a pessoa que a tenha feito seja dotada de autoridade e a pessoa destinatária reconheça essa autoridade (KAUFMANN, 1969, p. 214). Isso é o que diferencia a promessa de uma ameaça e lhe atribui legitimidade. Essa legitimidade, como pode ser observada, não depende de revelações divinas, mas encerra no próprio relacionamento intersubjetivo dos afetados. Essa concepção se adapta bem às configurações do Estado Democrático de Direito contemporâneo, cujas sociedades são formadas a partir de textos constitucionais, deliberados por assembleias constitucionais, cuja autoridade é conferida pelo voto popular. A partir dessa concepção, a justiça como promessa vincula-se ao cumprimento da Constituição, não como um texto de comandos, à maneira das primeiras fases do positivismo, mas como um conjunto de promessas a serem efetivadas. Desse ponto de vista, a Constituição “apresenta-se como uma força conformadora da legitimação do poder no plano das relações sociais. Portanto, a Constituição deve ser observada como um conjunto de normas constitutivas de uma ordem político-jurídico justa” (FABRIZ, 2003a, p. 31).

Do ponto de vista jurídico, o órgão de decisão tem como função restabelecer o cumprimento dessas promessas, quando violadas. Por não se vincularem a considerações divinas ou tradicionais, a sistematização dessas promessas, quando são julgados casos de dúvida de interpretação da constituição, não pode ser feita com base em premissas irracionais. Mais uma vez, toda decisão precisa ter a pretensão de perpetuar a tarefa de generalização e sistematização do ordenamento jurídico. A partir dos aportes de Müller e Peirce, é possível dizer que toda decisão precisa auxiliar na estruturação do ordenamento jurídico. Assim, demanda atendimento às necessidades de generalização da norma aplicada (em todo caso, como este, será julgado assim) e sistematização das disposições jurídicas (em todo o caso, sob essas circunstâncias, esse argumento prevalece em relação àquele). A justiça como cumprimento de uma promessa é, nesse sentido, metodicamente útil, pois permite que os fundamentos da decisão sejam auditados conforme esses parâmetros de racionalidade. Além disso, nos casos em que foram observadas violações a esses parâmetros, é possível desconsiderá-los para uma compreensão estruturada do ordenamento jurídico.

Nesta tese, a construção teórica elaborada nesta seção auxilia na compreensão de que toda demanda jurídica é a proposição de uma dúvida acerca de direitos e deveres jurídicos. À medida que essa dúvida é submetida ao órgão julgador, inicia-se um processo de formação de crença, que busca ser estabelecida com o trânsito em julgado. À proporção que diversas decisões judiciais são tomadas, o pesquisador pode utilizar essa coletânea para entender o comportamento dos operadores do direito e orientar um sentido pragmático para o termo que se quer estudar. A compilação, dessa maneira, precisa atender aos requisitos de sistematicidade e generalidade, a fim de resguardar a vinculação da atuação jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Conforme o pesquisador busca sistematicidade e generalidade, ele pode desconsiderar aqueles casos que destoam desse quadro geral de desenvolvimento das ideias (no caso, acerca do direito fundamental de acesso à justiça). Vista dessa forma, é possível estudar a jurisprudência sem que o pesquisador submeta o direito a toda e qualquer prática de seus operadores (realismo), mas também não se distancie da realidade e nem negue a vinculação entre programa e âmbito normativos. É esse caminho que se percorre na tese para se alcançar a norma a ser concretizada, a partir da disposição constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna brasileira.

Sob esses pressupostos, foram apontadas as três características da Teoria Estruturante do Direito: o esforço sintetizador, a metódica pragmática e a vinculação ao Estado Democrático de Direito. Eles servirão de parâmetro para a elaboração do programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, apresentado na seção a seguir, e do âmbito normativo, mas terão especial importância nas seções 5 e 6, quando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal será estruturada como teste de indução e aperfeiçoamento da hipótese de norma jurídica formulada nas seções 3 e 4.

3 O PROGRAMA NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONSTITUCIONALISMO DE 1988

O objetivo desta tese é resolver o seguinte problema de pesquisa: quais os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação do acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário em um contexto de morosidade sistêmica? Para tanto, adotaram-se, na segunda seção, os pressupostos da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, junto com aportes teóricos do pragmatismo de Charles Sanders Peirce e a concepção de justiça de Walter Kaufmann.

A Teoria Estruturante do Direito apresenta-se como um pensamento pós-positivista que reconhece uma dimensão pragmática da linguagem e fundamenta nela o sentido de norma jurídica, para além de sua dimensão semântica⁶⁵ (MÜLLER, 2013, p. 122). Assim, o ordenamento jurídico não se esgota no conjunto de textos de leis que o compõe, mas volta-se ao “[...] trabalho comprometido com o Estado de Direito e a democracia” que é exercido pelos titulares de funções jurídicas⁶⁶ (MÜLLER, 2013, p. 121). Conforme explicita Müller (2000, p. 55) “[...] os fundamentos de uma hermenêutica jurídica que aponta para além do positivismo legalista só foram obtidos a partir da observação do trabalho jurídico na *praxis* e na ciência”.

⁶⁵ Não se ignoram as diversas correntes sobre a arquitetura linguística ou, em outras palavras, dimensões da linguagem. Cf. Blühdorn (1997). Apesar disso, convencionou-se adotar, nesta tese, a nomenclatura formulada por Charles Morris (1985). Segundo esse autor, a linguagem pode ser explicada em termos de semiose, que é “[...] o processo em que algo funciona como signo” e implica analisar a relação entre “veículo signico” (símbolo) e “*designata*” (objeto); e os efeitos que o signo gera em determinado interprete (MORRIS, 1985, p. 27). Dentro dessas considerações, Morris (1985, p. 31) aponta três dimensões da semiose. A dimensão sintática representa o estudo da relação que os signos possuem entre si. É prevalente em estudos gramaticais e lógicos, em que há a preocupação com “[...] caracterizar com precisão orações primitivas, analíticas, contraditórias e sintéticas, assim como a demonstração e a derivação. Sem fugir do ponto de vista formal, foi possível distinguir entre signos lógicos e descritivos, definir signos sinônimos e orações equivalentes, caracterizar o conteúdo de uma oração, lidar com paradoxos lógicos, classificar certos tipos de expressões e esclarecer as expressões modais de necessidade, possibilidade e impossibilidade” (MORRIS, 1985, p. 45). A dimensão semântica de semiótica “[...] se ocupa da relação entre os signos e seus *designata* e, portanto, com os objetos que podem denotar ou que, de fato eles denotam”. Nesse sentido, busca identificar as regras semânticas para aplicação de determinado signo a um objeto ou situação (MORRIS, 1985, p. 57). Os conceitos são exemplos de regras semânticas (MORRIS, 1985, p. 60) na medida em que descrevem quais características um objeto deve possuir para poder ser denominado com aquele signo. A dimensão pragmática resulta da “[...] relação dos signos com seus intérpretes” (MORRIS, 1985, p. 67) e se ocupa dos “[...] aspectos bióticos da semiose, quer dizer, de todos os fenômenos psicológicos, biológicos e sociológicos que se apresentam no funcionamento dos signos” (MORRIS, 1985, p. 68) de forma que “[...] os signos são ‘verdadeiros’ na medida em que determinem corretamente as expectativas de seus usuários, e desta forma expressam mais plenamente o comportamento implicitamente presente na expectativa ou na interpretação” (MORRIS, 1985, p. 72, grifo do autor).

⁶⁶ “Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática — sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização” (MÜLLER, 2000, p. 54).

A norma jurídica é, então, produzida pelos operadores do direito à medida que esses agentes são provocados, por um caso de conflito social, a produzir uma solução jurídica que seja argumentativamente sustentável dentro do quadro geral de ideias que formam as concepções de democracia e o Estado de Direito daquela comunidade jurídica (MÜLLER, 2013, p. 125). Essa vinculação à democracia e ao Estado de Direito significa que o jurista não é livre na construção da norma jurídica e seu trabalho deve ser auditável em termos de metódica jurídica. Assim, “[...] o método como caminho da concretização do direito, que se emprenha pela plausibilidade, conduz a uma coerção limitada à exposição racional das razões da decisão, com isso possivelmente também uma maior racionalidade da aplicação do direito” (MÜLLER, 2013, p. 87).

O processo de aplicação do direito em Müller, denominado concretização, se orienta pela estrutura da norma. Ao se recapitular essa característica da Teoria Estruturante do Direito (desenvolvida na base teórica desta tese), lembra-se que, conceitualmente, a norma possui uma ideia normativa orientadora (programa normativo) e um âmbito da vida a ser regulado (âmbito normativo) (MÜLLER, 2009, p. 15; 2013 p. 36). Nesse sentido, o processo de concretização pode ser analisado com base em três momentos. Primeiro, um processo parcial na interpretação do texto normativo, que constitui o programa normativo. Segundo, um outro processo parcial, mas voltado à análise de dados empíricos, em que se identifica o âmbito normativo. Terceiro e último, um processo final em que os resultados parciais são somados e formam o processo global de concretização (CANOTILHO, 2003, p. 1216).

O objetivo desta seção é realizar a primeira etapa do processo de concretização dos enunciados pertinentes da Constituição Federal de 1988, com a finalidade de alcançar os fundamentos constitucionalmente adequados para a desjudicialização e limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público ao Poder Judiciário. Segundo Müller (2013, p. 125), quando um jurista depara com um caso (um problema jurídico), real ou fictício, ele inicia o processo de concretização avaliando os elementos distintivos da questão; selecionando, com base em seu conhecimento especializado, os tipos legais pertinentes e formulando, com o auxílio dos elementos de concretização, hipóteses prováveis sobre o texto da norma.

Em relação à seleção dos tipos legais pertinentes, o problema de pesquisa apresentado nesta tese tem como objeto os parâmetros constitucionais de desjudicialização de demandas e o limite de acesso do Estado ao Poder Judiciário. Por isso, o enunciado normativo selecionado como

pertinente para a aferição da resposta à pergunta é o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que disciplina:

Art. 5º.

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...] (BRASIL, 1988).

A busca por hipóteses sobre o sentido do texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é orientada pelos elementos de concretização denominados *strictore sensu* (MÜLLER, 2000, p. 70). Müller (2000, p. 89; 2013, p. 126) elenca uma série de elementos de concretização que se enquadram nessa denominação, que podem ser resumidos nos cinco métodos tradicionais de interpretação: gramatical, genético, histórico, sistemático e teleológico⁶⁷.

A utilização desses métodos tradicionais de interpretação não significa um retorno aos pressupostos positivistas. Como teoria pós-positivista, e não antipositivista, Müller (2009, p. 77) explica que

[...] o afastamento dos métodos do positivismo, compreendidos como absolutos, não precisa levar ao seu banimento da ciência jurídica; é mais recomendável reconhecê-los na sua legitimidade relativa e utilizá-los, no âmbito dessa relativização, na aplicação do direito com intenção racionalizadora.

Canotilho (2003, p. 1210-1211) aponta que os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico eram utilizados pela hermenêutica clássica na medida em que geravam uma dupla relevância ao texto da lei. Ao mesmo tempo que texto da lei era o ponto de partida da interpretação, também nele estava seu limite. Assim, eram utilizados com o objetivo de “desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito”. Enquanto isso, Müller utiliza-os como pontos de vista auxiliares verificáveis para explicitar as etapas de formulação das hipóteses sobre o sentido do texto da norma e, com isso, manter o processo de concretização vinculado ao Estado de Direito (MÜLLER, 2013, p. 85-86). Em

⁶⁷ Os métodos tradicionais de interpretação são comumente referidos à obra de Savigny (2001), denominada *Metodologia jurídica*. Nessa obra, o conceito de interpretação restringe-se ao texto da lei: “[...] a lei deve ser objetiva, ou seja, deve se expressar diretamente. Por este motivo, todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais (por exemplo, conhecimento da linguagem da época). A interpretação torna-se fácil se o intérprete se coloca no ponto de vista da lei, mas apenas se for possível conhecer esse ponto de vista por meio da própria lei. Fala-se, geralmente, que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas isso é meia verdade, porque depende da intenção do legislador desde que apareça na lei” (SAVIGNY, 2001, p. 10).

outras palavras, Müller (2013, p. 11), com a utilização desses elementos, mantém o texto da lei como “[...] dado de entrada do processo de trabalho chamado concretização”.

Por outro lado, a utilização desses métodos se diferencia da hermenêutica clássica, primeiramente, porque eles não encerram o processo de concretização, necessitando ser globalmente considerados com o âmbito normativo. Além disso, sua utilização não gera conclusões dedutivas (necessárias) sobre o texto da lei, mas hipóteses de trabalho que, conforme visto com o aporte teórico do pragmatismo de Peirce, passam por um processo gradativo de verificabilidade, tanto dentro do próprio processo de concretização, quanto por meio das demais concretizações realizadas no futuro.

Em um procedimento, que ganha gradualmente em precisão por meio da verificabilidade recíproca da(s) prescrição(prescrições) jurídica(s) considerada(s) relevante(s) junto aos componentes para elas relevantes do conjunto dos fatos e, inversamente, dos componentes do conjunto dos fatos — tratados, à guisa de hipótese de trabalho, como relevantes junto à norma que lhes é provisoriamente atribuída (ou junto a várias prescrições jurídicas) —, os elementos normativos e os elementos dos conjuntos dos fatos assim relacionados “com vistas à sua reciprocidade” continuam sendo concretizados, igualmente “com vistas a reciprocidade”, uns junto aos outros (e sempre com a possibilidade de insucesso, i. e., da necessidade de introduzir outras variantes de normas ou normas à guisa de hipótese de trabalho) (MÜLLER, 2000, p. 64, grifos do autor).

Em ordenamentos jurídicos democráticos, cujo direito constitucional é codificado, os enunciados jurídicos do texto são parâmetros intersubjetivamente aceitos para a regulamentação da vida social e resolução de conflitos interpessoais. Por isso, o processo de concretização das cláusulas constitucionais costuma ser iniciado com a busca dos sentidos atribuíveis ao enunciado de determinado artigo constitucional (método gramatical), mesmo sendo ressalvada sua precariedade (MÜLLER, 2000, p. 72).

Na tradução de Peter Naumann da obra de Müller (2000) é utilizada a expressão “sentido literal” para expressar o termo alemão “*Wortsinn*”. Nesta tese, preferiu-se utilizar a expressão “sentidos atribuíveis ao enunciado” porque a expressão “sentido literal” poderia dar a impressão equivocada de que a utilização do método gramatical teria como função, na Teoria Estruturante do Direito, realizar um estudo estritamente sintático ou semântico do enunciado constitucional⁶⁸. Conforme afirmado, a inserção da dimensão pragmática da linguagem na Teoria Estruturante do Direito faz com que o método gramatical também abarque essa dimensão. Isso significa que não se trata de “[...] uma diferença linguística (“gramatical”) dos

⁶⁸ Cf. nota de rodapé nº 1 (MÜLLER, 2000).

textos das normas, mas a eficácia da pré-compreensão (jurídica) que demonstra que o texto da norma [...] possa afigurar-se ao jurista “menos claro”, “mais amplo” ou “mais determinado” (MÜLLER, 2000, p. 73, grifos do autor).

A título de exemplo, a interpretação gramatical do art. 18, §1º da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar que “Brasília é a Capital Federal” não demanda, em regra, dados sociológicos, estatísticos ou históricos para a formulação das normas jurídicas para os casos concretos em que esse enunciado é relevante. Da mesma forma o art. 21, inciso VII, que diz ser de competência da União a emissão de moeda, ou o art. 31, §3º, que estabelece que as contas dos Municípios devem ficar sessenta dias anualmente à disposição de qualquer contribuinte para apreciação. Os arts. 18, 21 e 31 da Constituição Federal de 1988 são considerados mais determinados porque são mais eficazes em gerar pré-compreensão jurídica (MÜLLER, 2000, p. 73). Mantendo-se a coerência com uma abordagem do pragmatismo de Peirce, significa que a leitura dessas prescrições constitucionais cria hábitos mais difíceis de serem postos em dúvida pelos operadores do direito.

O diverso ocorre, geralmente, em casos que envolvem normas de direitos fundamentais. Enunciados sobre direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*), à liberdade religiosa (art. 5º, VI) ou à intimidade (art. 5º, X), por si só, não geram pré-compreensões jurídicas aptas a criar crenças para a resolução dos conflitos sociais.

Diante do pano de fundo da sua pré-compreensão não-jurídica, [...] os enunciados talvez se afigurem ao não-jurista igualmente “claros” ou “não-claros” em termos de conteúdo. Já no quadro da sua pré-compreensão materialmente informada e orientada dos problemas jurídicos e das normas, o jurista compara os âmbitos das normas das prescrições em pauta, dos quais ele conhece as linhas mestras ou os pormenores, com os seus textos (MÜLLER, 2000, p. 73-74, grifos do autor).

Sendo assim, compreende-se que até mesmo o método gramatical depende da estrutura da norma jurídica, de forma que

[...] o aspecto gramatical (só aparentemente unívoco) frequentemente obriga a decidir-se por um entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados na linguagem cotidiana e na linguagem jurídica e em parte também entre os diferentes significados jurídicos. Isso somente é possível porque também o “método” gramatical não diz respeito ao texto da norma, mas à norma (MÜLLER, 2000, p. 74, grifo do autor).

Disso, deriva-se outra consequência da inserção da dimensão pragmática da linguagem ao método gramatical: a influência da posição normativa do texto como um fator tipológico que altera as possíveis pré-compreensões de seu enunciado (MÜLLER, 2000, p. 64 e 73).

Explicou-se, no desenvolvimento da base teórica desta tese, que existem normas que são mais ou menos vinculadas materialmente (MÜLLER, 2000, p. 57). Em alguns casos-limite, como enunciados sobre prazos, limites de idade ou datas, o âmbito normativo é produzido pelo próprio direito⁶⁹, de forma que o método gramatical, por isso só, permite a elaboração de hipóteses satisfatórias sobre a norma jurídica. A depender da posição que ocupam (normas de competência, determinações dos objetivos do Estado, determinação da forma de Estado, direitos fundamentais) (MÜLLER, 2000, p. 60-61), as normas possuem critérios de estruturação diferentes.

Tendo isso em vista, o item 3.1 desta seção tem como função iniciar o processo de concretização do preceito presente no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, nessa seara, utiliza o método gramatical (nos termos aqui definidos) como primeiro elemento de concretização. Por conta disso, serão analisados os sentidos atribuíveis ao enunciado constitucional por meio das pré-compreensões jurídicas existentes e por meio da posição normativa que ele ocupa (como direito fundamental). Em relação às pré-compreensões jurídicas existentes, será utilizada, como fonte de pesquisa, a literatura especializada sobre direito constitucional, de forma a se extrair quais concepções os juristas têm dado ao enunciado em análise. Em relação à análise da posição normativa do art. 5º, inciso XXXV, avalia-se como a natureza de direito fundamental afeta as pré-compreensões que se tem sobre esse dispositivo constitucional. Essa “natureza” será identificada à medida que se utilizam, também da literatura especializada, aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais.

A análise dos sentidos atribuíveis a um determinado enunciado constitucional, no entanto, raramente ocorre a partir da observação apenas do artigo a que ele se refere. Também são analisados os sentidos atribuíveis a outros artigos constitucionais correlatos (método sistemático) e o conteúdo de outros materiais legais não normativos, como os fundamentos legislativos para sua promulgação (método genético) e documentos históricos (método histórico). O método sistemático permeia a construção de toda a seção e nem poderia ser diferente. Isso porque, já no item 3.1, ele é utilizado na medida em que, além do art. 5º, inciso

⁶⁹ A expressão “construído pelo próprio direito” faz referência à expressão de mesmo sentido utilizada por Müller (2000, p. 57): “O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito”. Ao dizer que o âmbito normativo é “construído” ou “gerado” pelo direito, não significa identificar norma jurídica com seu texto, que, para determinado caso, apenas dados linguísticos foram necessários para a construção da norma jurídica de decisão.

XXXV, outros artigos que compõem o bloco de constitucionalidade⁷⁰ são analisados, como o do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988), a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988) e, em especial, o direito humano à proteção judicial presente no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012). Então, a extração dos “sentidos atribuíveis ao enunciado” não se dá a partir de sua análise isolada (do art. 5º, inciso XXXV), mas do conjunto de disposições constitucionais correlatas.

Já no item 3.2, os métodos sistemático, genético, histórico e teleológico auxiliam na compreensão do processo de afirmação histórica do preceito fundamental do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (item 3.2.1); na compreensão da formulação do seu enunciado no processo constituinte (item 3.2.2); na compreensão da ampliação das garantias constitucionais pela Constituição de 1988 (item 3.2.3) e das alterações legislativas que afetaram o sentido desse enunciado (item 3.2.4). Ao final desta seção, no item 3.3, apresentam-se duas hipóteses de trabalho, construídas com base nesses elementos de concretização, para o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, para que auxiliem na busca pelos fundamentos constitucionalmente adequados à limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário.

3.1 O SENTIDO ATRIBUÍVEL AO ENUNCIADO DO ART. 5º, INCISO XXXV, A PARTIR DAS PRÉ-COMPREENSÕES JURÍDICAS E A SUA CONDIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme apresentado, o método gramatical utilizado no processo de concretização da Teoria Estruturante do Direito não se confunde com uma abordagem filológica ou lexicográfica (MÜLLER, 2000, p. 74). Ao contrário, no início do processo de concretização já existe uma antecipação de sentido por meio das pré-compreensões do jurista. Quando esses fatores são levados em consideração na formulação do programa normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, observa-se que sua redação (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), do ponto de vista semântico, não geraria muita

⁷⁰ Tal como explica Pedra (2006, p. 140-141), “bloco de constitucionalidade” é um termo produzido pela literatura especializada francesa e remete ao termo “bloco legal”. Utilizado pelo direito administrativo francês, esse termo “[...] enfatiza o princípio da constitucionalidade, pelo qual somente uma norma constitucional pode revogar outra norma constitucional”. Nesse contexto, não apenas normas positivadas na constituição teriam esse *status*, mas também normas “materialmente” constitucionais, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Para os fins desta tese, “bloco de constitucionalidade” está sendo utilizado como conjunto de regras e princípios pertinentes ao tema do acesso à justiça, como a cláusula do devido processo legal e seus consectários.

dúvida ao não jurista e aparentaria ser clara que não se pode impedir o Poder Judiciário de apreciar pedido algum.

Por outro lado, o jurista possui pré-compreensões próprias das dúvidas (conflitos) que se relacionam à possibilidade de acesso ou não ao Poder Judiciário. Sabe, por exemplo, que o direito processual disciplina regras de competência e de requisitos para ajuizamentos de ações, bem como prazos de prescrição, decadência ou preempção. Assim, o sentido do art. 5º, inciso XXXV, se demonstra mais obscuro que aquele sugerido pelo sentido vulgar da expressão, na medida em que, nem sempre, apenas seu teor é capaz de gerar crenças necessárias para a resolução dos conflitos. Essas pré-compreensões, no entanto, não podem ser utilizadas de forma oculta ou arbitrária. A função do processo de concretização como metódica jurídica é exatamente ser capaz de racionalizar o uso de tais pré-compreensões, tornando-as verificáveis e compatíveis com os imperativos do Estado de Direito⁷¹.

Nesta subseção, serão analisados dois tópicos sobre o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O primeiro refere-se à natureza de direito fundamental desse preceito. Assim, avalia-se qual o seu nível de vinculação material e quais elementos constituem essa vinculação. O segundo refere-se à influência desse preceito na competência jurisdicional do Poder Judiciário, avaliando a extensão das prerrogativas desse Poder.

3.1.1 A posição normativa do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e a influência da natureza de preceito fundamental no processo de concretização do direito fundamental de acesso à justiça

O art. 5º, inciso XXXV, está inserido no Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988, que tratam “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, respectivamente. Fabriz (1999, p. 164) explica que se trata de trechos que “[...]”

⁷¹ “As verdadeiras dificuldades começam no momento em que os preconceitos produtivos, que ensejam materialmente a compreensão, devem ser separados dos que impedem a compreensão correta, a concretização conforme a norma. Essa separação não se pode dar anteriormente; ocorre na própria compreensão. Assim, a reflexão e racionalização dos preconceitos tanto produtivos quanto destrutivos — visto do ângulo da norma — se tornam igualmente uma tarefa da teoria estruturante da norma. Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais; com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que ignorou e silenciou sobre eles” (MÜLLER, 2013, p. 68-9).

refletem, em muito, a efetiva participação popular por via direta, na elaboração da nova ordem constitucional, que se instalou no país em 5 de outubro de 1988”.

Bulos (2012, p. 87) considera que esse título tem a função de regulamentar a “[...] disciplina constitucional dos direitos fundamentais do homem [...]” como um rol não exaustivo, mas concentrado, de “[...] princípios informadores de toda a ordem jurídica, os quais consignam diretrizes interpretativas para a resolução de problemas constitucionais e infraconstitucionais”.

A questão da natureza principiológica dos direitos fundamentais é assunto trabalhado nas mais diversas obras de direito constitucional e filosofia do direito. Em Dworkin (2002, p. 35-46), princípios jurídicos são parâmetros de decisão que precisam ser observados pelo julgador, por imperativos de justiça, equidade ou moralidade, e não possuem qualquer dependência com uma determinada situação econômica, política ou social. Eles possuem uma diferença lógica das regras porque não explicitam as condições para sua utilização, nem as consequências de sua não observância. Assim, não atuam sob a lógica dual de “aplica” ou “não aplica”, mas a partir de relações de dimensão e peso.

Enquanto isso, Alexy (2015, p. 90) considera que princípios são “mandamentos de otimização”, caracterizando-se “[...] pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida correta de seu cumprimento não depende apenas das condições reais, mas também das jurídicas”. Ávila (2009, p. 180), por sua vez, tenta diferenciar princípios e regras segundo as características de que os primeiros são finalísticos, prospectivos e possuem pretensão de complementariedade, enquanto regras são descritivas, retrospectivas e pretendem ser suficientes para o processo de decisão.

Dentro dessa discussão, a Teoria Estruturante do Direito possui uma abordagem diferenciada. A expressão de Bulos, ao tratar direitos fundamentais como “princípios informadores de toda a ordem jurídica”, não implicaria, à luz da Teoria Estruturante, defender que a forma de aplicação dos direitos fundamentais (por serem princípios) é diferente da forma de aplicação das demais regras. As etapas do processo de concretização de uma norma jurídica, seja uma norma de competência, seja um direito fundamental, mantêm-se as mesmas. A peculiaridade das normas de direitos fundamentais é a sua forte vinculação à democracia e ao Estado de Direito (MÜLLER, 2013, p. 137). Os direitos fundamentais, nesse sentido, não fogem a estrutura de qualquer norma jurídica, mas demandam maior esforço na construção de seu âmbito normativo.

Do ponto de vista da teoria normativa, os direitos fundamentais constituem normas no sentido amplo, ainda que sua concretização possa trazer consigo peculiaridades. Entre outras coisas, essas dificuldades decorrem do fato de que âmbitos normativos que abrangem dados reais e que são fortemente marcados pela singularidade, e (em parte) não especialmente produzidos pelo direito, como crença religiosa, consciência e culto, arte e ciência, casamento, família, associação e ordenamento de propriedade, bem como a inclusão em um texto normativo dos programas normativos que asseguram e reconhecem tais âmbitos, só podem ser captados de forma imprecisa e por meio de palavra-chave (MÜLLER, 2009, p. 271).

O problema de considerar direitos fundamentais como princípios sujeitos a métodos de ponderação é que eles tendem a sugerir métodos irracionais de decisão. Isso é particularmente temeroso em países de regime “*civil law*”, onde não há uma cultura de vinculação aos precedentes. Quando Dworkin apresentou a concepção de princípios a partir de parâmetros de julgamentos que poderiam ser aplicados conforme condições de peso, ele também apresentou uma teoria de forte defesa à vinculação de precedentes. Ao defender uma posição de “direito como integridade”, Dworkin a diferencia de uma teoria convencionalista, ou seja, em que as leis têm preponderância, da seguinte forma:

Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos — direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção — que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípios como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la (DWORKIN, 1999, p. 164).

Assim, mesmo nos casos em que ocorrem decisões pautadas em valorações subjetivas, o dever de coerência da necessidade de vinculação ao precedente cria uma relação equitativa entre os casos passados e futuros, criando objetividade no sistema de justiça como um todo⁷². Quando métodos pouco racionais são aplicados em comunidades jurídicas com pouca vinculação das decisões anteriores, métodos de ponderação tornam-se “[...] uma mistura feita a partir de aspectos materiais e sugestão linguística, de pré-compreensão obscura e participação afetiva no problema jurídico concreto” (MÜLLER, 2009, p. 281). Nesse sentido, a objetividade proposta pela Teoria Estruturante do Direito é aquela possível em países com cultura jurídica de *statute*

⁷² Nesse contexto, Dworkin considera que a concepção de direito como integridade sustenta que “[...] direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa” (DWORKIN, 1999, p. 120).

*law*⁷³ e propõe que a coerência seja gradualmente construída no sistema de justiça na medida que os julgadores devem fundamentar as decisões com base em um processo metódico e verificável.

Como fontes de pré-compreensões jurídicas, a literatura especializada no Brasil indica diversas nomenclaturas para explicar o preceito fundamental que é resguardado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Direito de ação, direito de acesso à justiça, princípio de inafastabilidade da jurisdição⁷⁴ e direito à proteção judicial são alguns exemplos dessa diversidade de referências. Direito de ação remete à concepção mais tradicional em relação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (DINAMARCO, 2010, p. 434).

Influenciada pela fase autonomista da ciência processual⁷⁵, essa perspectiva compreende que o processo é “[...] uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes” (BÜLOW, 2003, p. 7) e, nesse sentido, se consubstancia em um direito autônomo e abstrato dirigido ao Estado, que tem o dever de exercer a função jurisdicional⁷⁶ (CINTRA, GRINOVER, DINARMARCO, 2003, p. 252). Sob essa perspectiva, o preceito enunciado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 não possuiria qualquer vinculação material, não se reconhecendo uma perspectiva teleológica ou mesmo se

⁷³ Reprisa-se que, em entrevista, Müller (2013, p. 233) diz: “Ora, minha Teoria e metódica do direito são, até nos detalhes, feitas exatamente para este Estado Democrático de Direito moderno — por exemplo, para o Brasil atual e para a Alemanha atual — para sistemas deste tipo e com um *statute law* (e não para um *case law system*)”.

⁷⁴ Variações dessa nomenclatura são “indeclinabilidade da jurisdição” (LEITE, 2014, p. 158) e “inafastabilidade do controle judicial” (BULOS, 2017, p. 640).

⁷⁵ Dinamarco (2010, p. 123-127) aponta 3 fases metodológicas na história do processo civil. A primeira, denominada fase de sincretismo, refere-se àquele momento em que o processo não era vislumbrado como uma ciência própria. “O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, ou seja, ele era confundido com o mero procedimento quando definiam como uma sucessão de atos e nada se dizia sobre a relação jurídica entre os sujeitos”. A segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, destaca-se por representar o início da formulação de uma concepção metodologicamente autônoma para o processo. Nessa segunda fase, o processo não é compreendido como “[...] um modo de exercício dos direitos, colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz — a tutela jurisdicional”. Por fim, a terceira fase, denominada instrumentalista ou teleológica, é aquela em que se “[...] privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo”.

⁷⁶ Não se ignoram as demais teorias da ação, como a concreta e a eclética. Todavia, sobre a teoria abstrata, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 252) “[...] o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito”.

preocupando com uma análise dos seus efeitos práticos na vida dos jurisdicionados (CINTRA, GRINOVER, DINARMARCO, 2003, p. 43).

Esse posicionamento está superado, de forma que mesmo os autores⁷⁷ que mantêm a nomenclatura “direito de ação” ressalvam as novas conotações que o direito de ação precisa abarcar. Assim, direito de acesso à justiça representa uma nomenclatura mais moderna, que alinha as concepções de acesso ao Poder Judiciário a um movimento internacional em busca de aumentar a efetividade do processo (CINTRA, GRINOVER, DINARMARCO, 2003, p. 128). Nesse contexto, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) sustentam que acesso à justiça representaria duas funções que o sistema jurídico deveria possuir: igualdade de acesso a todos e capacidade para produzir resultados social e individualmente justos.

Assim entendido o direito de acesso à justiça, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 passa a ser compreendido junto com outros enunciados constitucionais, como o art. 5º, inciso LIV⁷⁸ (devido processo legal), e LXXVIII⁷⁹ (razoável duração do processo) (CINTRA, GRINOVER, DINARMARCO, 2003, p. 33) e, para além desses, também os enunciados dispostos nos documentos internacionais de proteção a direitos humanos, como o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012) e o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009). Em resumo, todos os enunciados do bloco de constitucionalidade relacionados à atuação jurisdicional. Essa ordem jurídica justa é efetivada, nesse sentido, na medida em que são resguardados esses preceitos fundamentais. Conforme explica Abelha (2016),

[...] sendo o “devido processo legal” a raiz de todos os demais princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional, tem-se que os postulados constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, juiz natural, acesso à prova, duração razoável do processo etc. nada mais são do que desdobramentos do “devido processo legal”, que, quando exercitados no processo, culminam no que se chama de “processo justo ou tutela jurisdicional justa”. Portanto, justa é a tutela jurisdicional que consegue pôr em prática todos os princípios do devido processo legal, com o adequado equilíbrio entre os mesmos, de forma a alcançar um resultado que possa ser tido como “justo” (ABELHA, 2016, p. 94, grifos do autor).

⁷⁷ Fazem menção à nomenclatura “direito de ação” Montenegro Filho (2009) e Bulos (2017), mas ambos fazem as ressalvas aqui apresentadas.

⁷⁸ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988)

⁷⁹ Art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Compreendido isso, o estudo do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 não pode ignorar esse quadro mais amplo em que se insere o direito fundamental de acesso à justiça, nos moldes das compreensões mais modernas desse enunciado. Assim, ao delimitar a pesquisa da presente tese ao estudo do art. 5º, inciso XXXV (e utilizar os demais artigos como suporte), fez-se uma seleção das dimensões do acesso à justiça à luz do problema de pesquisa, que se refere aos fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário.

Sob esse ponto de vista, as nomenclaturas “princípio de inafastabilidade da jurisdição” e “direito à proteção judicial” atuam como designações que delimitam essa dimensão do direito fundamental de acesso à justiça, mas não se ignora que fazem parte de uma compreensão maior de acesso à justiça. Essas expressões inserem-se em contextos diferentes. O “direito à proteção judicial” possui maior relevância em documentos internacionais e constituições estrangeiras. Já o “princípio de inafastabilidade da jurisdição” é mais utilizado na literatura especializada brasileira em referência direta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Tendo em vista que esses dois direitos precisam ser aplicados concomitantemente quando se aplica o ordenamento jurídico brasileiro (FABRIZ, 2009, p. 49), suas características e peculiaridades serão analisadas em tópicos separados, na forma a seguir.

Ressalta-se, desde logo, a diferença de sentido com o que se empregará as nomenclaturas “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Isso porque, conforme explica Jayme (2008, p. 81), a despeito da similitude que possuem suas prescrições, a aplicação dos direitos humanos tem consequências jurídicas diferentes daquelas decorrente da aplicação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, “Direitos fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na Constituição de um Estado, contextualizados histórica, política, cultural, econômica e socialmente” (JAYME, 2003, p. 26). Enquanto isso, direitos humanos guardam

[...] 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 relevam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2001, p. 33).

Disso se pode derivar que “[...] direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, gozando de proteção jurídica no âmbito estatal, reservando-se o emprego da expressão direitos humanos para as convenções e declarações internacionais” (JAYME, 2003, p. 27).

3.1.1.1 O direito humano à proteção judicial no ordenamento jurídico internacional

O direito à proteção judicial é expressão internacionalmente consagrada, manifestando-se em diversos documentos regionais e globais de proteção a direitos humanos. Ele se faz presente no corpo jurídico do direito internacional público contemporâneo desde 1948, quando, na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, foi promulgada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (ESPIELL, 1989, p. 41).

Direito à justiça.

Art. XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer valer seus direitos. Também deve dispor de um processo simples e breve pelo qual a justiça a ampare contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, algum dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, p. 23).

Trindade (2006, p. 1-2) argumenta que o art. XVIII da Declaração Americana serviu de inspiração para o art. VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, em ambas as declarações, a inserção desse preceito teve como função fazer com que os Poderes Judiciais do plano nacional pudessem servir como instrumento de proteção de direitos humanos contra a arbitrariedade dos poderes públicos. A Declaração Universal (ORGANIZACIÓN DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 6) disciplina o seguinte:

Artigo VIII. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Outro marco no processo de afirmação do direito à proteção judicial foi a Convenção Americana de Direitos Humanos, que permite a “[...] tutela dos direitos inerentes a todo o ser humano, consignados em um tratado de caráter regional [...]” (JAYME, 2003, p. 114). Em seu art. 25, dispõe-se que:

Toda pessoa tem o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro meio efetivo perante os juízes ou tribunais competentes que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, a lei ou a presente Convenção, ainda que tal violação seja cometida por pessoas que atuem no exercício de suas funções oficiais (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, p. 39-40).

A principal diferença da consagração do direito fundamental à proteção judicial na Convenção em relação as outras duas declarações é seu caráter de *hard law*⁸¹, ou seja, capacidade de ser exigível por meio de instrumentos jurídicos.

Observa-se, desde logo, que os arts. 18 e 25 trazem uma clara perspectiva de proteção contra o Estado, o que pode ser comprovado pela ênfase nos trechos “amparo contra atos de autoridade” e praticados “por pessoas que atuem no exercício de suas funções oficiais”, da Declaração e da Convenção Americanas, respectivamente. Além disso, a abertura material da CF de 1988, por meio do art. 5º, §2º⁸², garante, ao direito à proteção judicial, declarado na Convenção Americana de Direitos Humanos, a estatura de direito constitucionalmente protegido, tornando a Convenção “[...] manifestação viva da expansividade dos direitos fundamentais, admitida na Constituição da República, o que permite modernizar o elenco desses direitos e ampliar o âmbito de proteção dos indivíduos [...]” (JAYME, 2008, p. 96). Mas não só por isso. O direito fundamental de acesso à justiça já é protegido, também, por meio do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Assim, coexiste como direito fundamental e humano ao mesmo tempo. Desde o ato de ratificação e depósito⁸³ da Convenção Americana, o Estado brasileiro reconheceu a todos submetidos a sua jurisdição o direito humano de poder se socorrer do Poder Judiciário para que sejam resguardados os preceitos previstos nesse diploma internacional. Reconheceu, ainda, um dever de instituir meios idôneos para que o acesso ao Poder Judiciário fosse efetivo.

Courtis (2006, p. 39) explica que a efetividade dos meios para acessar o Poder Judiciário possui duas dimensões, uma normativa e uma empírica. Do ponto de vista normativo, significa a existência de procedimentos adequados de provocação da jurisdição, com competência para prevenir ou reparar qualquer violação a direitos humanos. No que se refere ao aspecto empírico,

⁸¹Diplomas internacionais com natureza de *hard law* são o modo mais tradicional de acordos entre Estados-Nações, de forma que eles possuem caráter jurídico e podem ser exigíveis. Apesar disso, as chamadas declarações de direitos possuem natureza de *soft law*, o que significa que as partes que as ratificam declaram sua vontade de fazer cumprir as disposições nelas presentes, mas não são obrigatórias, tendo uma margem de apreciação sobre a conveniência de seu cumprimento (MAZZUOLI, 2011, p. 156-157). Nesse sentido, corretas são as palavras de Krohling (2009b, p. 33): “Se, para alguns, a Declaração [Universal dos Direitos Humanos] não possui valor normativo que assegure a universalidade dos direitos humanos consagrados, outros instrumentos internacionais foram criados que confirmam sua validade. Daí surgem pactos e convenções importantes que deram, sob os auspícios da ONU, um caráter de legitimação a esses direitos”.

⁸²Art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸³Flávia Piovesan (2006b, p. 49-50) explica que o depósito é a última etapa no processo de formação de um tratado internacional, que ocorre com a comunicação aos demais Estados-Parte que foram realizados todos os procedimentos previstos no ordenamento jurídico interno para o seu aceite.

o Estado se obriga a garantir que os instrumentos processuais legalmente assegurados contem com as condições institucionais e políticas necessárias para alcancem seus objetivos. Exemplo desse caráter empírico do direito humano à proteção judicial pode ser visto no caso *Abrill Alosilla e outros vs. Perú*⁸⁴, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2011. Nessa oportunidade, a Corte IDH condenou o Estado do Perú por violação ao direito humano de proteção judicial, apesar de as vítimas terem tido acesso a uma decisão definitiva pela Corte Constitucional do país.

Nesse precedente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011, p. 23) explicou:

75. A respeito, a Corte assinalou que o artigo 25.1 da Convenção contempla a obrigação dos Estados-Parte garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos fundamentais. Dita efetividade supõe que, além da existência formal dos recursos, estes deem resultados ou respostas às violações de direitos contemplados seja na Convenção, na Constituição ou nas leis. Nesse sentido, não podem considerar-se efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou mesmo pelas circunstâncias particulares de determinado caso, resultem ilusórios. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade fique demonstrada na prática, porque faltam os meios de executar suas decisões ou por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça. Assim, o processo deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial mediante a aplicação idônea deste pronunciamento.

Apesar de não utilizar a terminologia de Müller, a análise de Courtis (2006) explicita a relação da estrutura normativa do direito fundamental à proteção judicial e demonstra a vinculação material que esse preceito possui. Nesse sentido, o direito à proteção judicial é violado quando a atuação jurisdicional não for capaz de efetivar direitos fundamentais.

No caso *Abrill Alosilla e outros vs. Perú*, essa violação ocorreu porque a Corte não respeitou regras de verificabilidade e racionalidade da decisão, desrespeitando o devido processo legal. Além disso, uma violação à proteção judicial pode ocorrer quando os obstáculos de acesso à jurisdição não estão no procedimento, mas nas condições políticas que inibem a utilização do Poder Judiciário, ou, ainda, a efetividade de suas decisões. Isso ficou comprovado no caso *Velasquez Rodrigues vs. Honduras*, quando se observou uma tolerância do poder público em relação à violação de direitos humanos, por meio da utilização de formalismos ou motivos fúteis

⁸⁴Em resumo, o caso *Abrill Alosilla e outros vs. Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011) trata da diminuição dos salários de funcionários da empresa pública peruana Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, por meio de um decreto (Decreto-Lei n° 25879) com efeitos retroativos.

para não apreciação das demandas, bem como um cenário de intimidação a advogados e juízes⁸⁵.

Esses exemplos corroboram a concepção de que direitos humanos possuem forte vinculação material, inclusive o direito à proteção judicial que, por sua vez, “[...] constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas também do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção” (CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS, 1997, p. 22). Ao discorrer sobre o tema, Trindade (2006, p. 16) sustenta que se trata de “[...] um verdadeiro direito ao Direito, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico — a níveis tanto nacional quanto internacional — que efetivamente salvaguarde os direitos fundamentais da pessoa humana”.

Esse caráter de garantia também é observado por Jayme (2003, p. 329-330), ao dizer que “[...] a proteção judicial tem aspectos garantísticos, ao assegurar o acesso à jurisdição, e prestacionais, ao impor ao Estado o dever de prover uma estrutura que torne material e humanamente possível prover a tutela jurisdicional [...]”.

Cabe ressaltar que toda a importância dada ao direito humano à proteção judicial não implica considerá-lo um direito absoluto. A Corte IDH (2002, p. 29) reconhece que o Estado possui alguma discricionariedade para limitá-lo e segue a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) para estabelecer os parâmetros dessa prerrogativa estatal. A Corte EDH precisou enfrentar alguns casos em relação ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que é resguardado no art. 6º, I, da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁶ (CONSELHO DA

⁸⁵ Em resumo, o caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988) trata do desaparecimento de um estudante da Universidade Autônoma de Honduras imputado a pessoas vinculadas às Forças Armadas do país. Sobre a violação do direito fundamental à proteção judicial, constou que “68. O assunto toma outra dimensão, no entanto, quando se demonstra que os recursos são negados sem chegar ao exame de mérito destes, ou por razões fúteis, ou se se comprova a existência de uma prática ou política ordenada ou tolerada pelo poder público, cujo efeito é de impedir que certos demandantes utilizem os recursos internos que, normalmente, estariam ao alcance dos demais. Em tais casos, esses recursos se convertem em formalidade que carece de sentido” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988, p. 15).

⁸⁶ Conforme tradução realizada quando da ratificação da Convenção pela Assembleia da República de Portugal: “Qualquer pessoa tem direito a que 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. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça” (CONSELHO DA EUROPA, 1978, p. 2136).

EUROPA, 1978). Segundo a Corte EDH, o principal motivo para estabelecer limitações ao acesso ao Poder Judiciário é regulamentação de condições de admissibilidade dos processos.

Entre os diversos casos julgados, a Corte EDH estabeleceu dois parâmetros para avaliar quando restrições de acesso ao Poder Judiciário ofendem o preceito do art. 6º, I, da Convenção Europeia. Formou-se uma jurisprudência segundo a qual as restrições de acesso precisam, necessariamente, perseguir um “interesse legítimo” e, ao mesmo tempo, precisa representar um meio proporcional para alcançar a sua finalidade. Para exemplificar a questão, é possível comparar os casos *R. P. e outros v. Reino Unido* e *Stanev v. Bulgária*. Em ambos os precedentes, são discutidas questões de validade de normas de restrição de acesso ao Poder Judiciário por pessoas com deficiências mentais.

Em *R.P. e outros v. Reino Unido*, a Corte EDH (2013, p. 20-24) reconheceu que os Estados-Parte podem condicionar o acesso das pessoas com distúrbios mentais à existência de um representante, desde que esse representante seja idôneo no dever de resguardar os interesses dessas pessoas e as mantenha informadas sobre as atitudes e as decisões que possam impactá-las. Nesse caso, a proteção da própria pessoa foi considerada um fim legítimo e a necessidade de representação uma medida proporcional, absolvendo o Reino Unido da acusação. Já em *Stanev v. Bulgária* (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 56), o Estado demandado foi condenado porque a Corte EDH considerou que a necessidade de representação deixa de ser proporcional quando o que se pede em juízo é a restauração da capacidade legal. Ficou estabelecido, inclusive, que a Bulgária poderia adotar medidas para evitar um excesso de litigância ou demandas temerárias⁸⁷, mas que a negativa automática de acesso, nessa situação, feriria o direito humano à proteção judicial.

Esses precedentes da Corte EDH não apenas reforçam que existem condições materialmente vinculadas ao direito à proteção judicial, como também demonstram que elas podem ser das mais variáveis naturezas. Não é em outro sentido que se estabeleceu que o direito de acesso ao Poder Judiciário “[...] por sua própria natureza exige regulação pelo Estado, regulação que pode

⁸⁷ Nesse sentido, estabeleceu a Corte EDH: “242. Entretanto, o Estado continua livre para determinar o procedimento segundo o qual o acesso direto pode ser realizado. Ao mesmo tempo, a Corte considera que não seria incompatível com o Artigo 6 que a legislação nacional adote certas restrições de acesso ao Poder Judiciário nessa esfera, com o único objetivo de assegurar que as cortes não sejam sobrecarregadas com demandas excessivas e manifestamente infundadas. No entanto, parece claro que esse problema pode ser resolvido de outras formas; meios menos restritivos que a negativa automática ao acesso direto, por exemplo, pela limitação da frequência em que as demandas podem ser ajuizadas ou pela introdução de um sistema de avaliação prévia de admissibilidade com base no caso”.

variar no tempo e no lugar de acordo com as necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1975, p. 15).

Outra característica do direito humano à proteção judicial, influenciada pela teoria geral desses direitos, é a relação própria que possui no que tange à titularidade e ao destinatário⁸⁸ de seu comando. A abordagem mais tradicional dos direitos humanos os considera como prerrogativas pertencentes às pessoas humanas e cujo destinatário das obrigações é sempre o Estado. Essa concepção é denominada eficácia vertical dos direitos humanos e está vinculada ao processo histórico de afirmação desses direitos, formado a partir de uma contraposição do indivíduo ao Estado⁸⁹. Sob essa perspectiva, Sarlet (2001, p. 327) explica que

[...] se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que a autorize.

Essa concepção foi ampliada, mais hodiernamente, para se compreender que os direitos humanos não possuem apenas uma eficácia vertical, mas também horizontal. Trata-se daquelas situações em que os particulares, dentro das suas relações interpessoais, também estão submetidos aos preceitos de direitos fundamentais. Nesse sentido, Fabríz (2009, p. 60) explica:

Os instrumentos jurídico-políticos e institucionais do Estado Democrático de Direito somente poderão funcionar adequadamente se houver a conscientização por parte da sociedade civil, cabendo a ela encampar a ação no sentido de que o postulado do bloco de direitos superiores seja aplicado às múltiplas relações sociais, sejam elas entre indivíduos ou entre indivíduos e o poder estatal.

É o caso, por exemplo, da Constituição do Chile (1980) que, em seu art. 6º, assim expressa:

⁸⁸ O termo “destinatário” é aqui utilizado no sentido de aquele contra quem o titular do direito pode invocá-lo para fazer cessar ato ou ameaça de sua violação. A utilização desse termo com o mesmo sentido pode ser vista em Alexy (2015, p. 194), quando diz que “RabG. Desse esquema decorrem coisas diversas, dependendo do que se coloque no lugar de a, b, e G. São extremamente importantes, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, as diferenças entre as relações obtidas se se insere como *a* — o titular do direito — uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; ou como *b* — o destinatário — o Estado ou um particular; ou como *G* — o objeto — uma ação positiva ou uma abstenção”.

⁸⁹ Explica Perez Luño (2004, p. 29, grifo do autor): “O termo ‘direitos fundamentais’, *droits fondamentaux*, aparece na França por volta do ano de 1770 no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A expressão alcançou logo especial relevo na Alemanha, onde sob a denominação de *Grundrechte* articulou-se de modo especial através da Constituição de Weimar de 1919, o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de todo o ordenamento jurídico-político”.

Os órgãos do Estado devem submeter sua ação à Constituição e às normas ditas conforme ela, e garantir a ordem institucional da República. Os preceitos desta Constituição obrigam tanto aos titulares ou integrantes destes referidos órgãos como a todas as pessoas, instituição ou grupo. [...] (CHILE, 1980).

Alcalá (2003, p. 74-75) fundamenta que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se relaciona à compreensão de que possuem força vinculante *erga omnes*:

Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais outorga segurança jurídica a tais direitos; impede o desenvolvimento de uma ética dupla na sociedade, uma nas relações com o Estado e outra para as relações entre particulares; tudo isso considerando que muitas das principais ameaças aos direitos não provêm apenas do Estado, mas também, e principalmente, dos poderes econômicos e sociais fáticos da própria sociedade civil.

Isso faz com que se formule a ideia de que os direitos fundamentais são dotados de uma “ambivalência”, posto que “[...] ‘valem’ (ou são oponíveis) em relação a dois sujeitos passivos: a) o Estado, e b) os particulares (ou os outros homens)” (CAMPOS, 1989, p. 24). Ocorre que, quando analisados a partir da formação do sistema internacional de direitos humanos, a eficácia horizontal do direito fundamental à proteção judicial é apenas indireta. Isso advém do fato de o sistema interamericano de direitos humanos não responsabilizar particulares por violações a direitos humanos. Os Estados-Parte do sistema interamericano se reconhecem como garantidores da promoção dos direitos humanos em suas respectivas jurisdições⁹⁰. Assim, a responsabilidade dos Estados por atos de terceiros perante o sistema internacional ocorre apenas naquelas situações em que se vislumbre uma falha do dever estatal de respeitar direitos ou não adotar as diligências necessárias para resguardar que terceiros também não violem direitos humanos⁹¹.

⁹⁰ Art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992b), “1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

⁹¹ Exemplo dessa posição de garantidor da eficácia horizontal dos direitos humanos dos Estados-Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos pode ser observado por ocasião do julgado do caso Albán Cornejo e outros vs. Equador, pela Corte IDH em 2007. O precedente trata de erro médico que levou ao falecimento da vítima. Segundo a Corte IDH (2007, p. 35) “119. A responsabilidade estatal pode surgir quando um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de natureza pública afete indevidamente, por ação ou omissão, alguns dos bens jurídicos protegidos pela Convenção Americana. Também pode advir de atos realizados por particulares, como ocorre quando o Estado deixa de prevenir ou impedir condutas de terceiros que vulnerarem os referidos bens jurídicos. Nesta ordem de considerações, quando se trata de competências essenciais relacionadas com a supervisão e fiscalização da prestação de serviços de interesse público, como a saúde, seja por entidades públicas ou privadas (como é o caso de um hospital privado), a responsabilidade resulta pela omissão do cumprimento do dever de supervisionar a prestação de serviço para proteger o respectivo bem”.

Nessa situação, preceitos fundamentais resguardados na Convenção Americana (BRASIL, 1992b) como vida (art. 4º), integridade pessoal (art. 5º) ou liberdade de pensamento (art. 13), apesar de serem direitos oponíveis tanto ao Estado quanto a particulares, somente geram responsabilidade internacional à medida que o próprio Estado os violar, seja por medidas diretas, seja indiretas.

Pelo mesmo motivo, o sistema interamericano não contempla o Estado (ou as pessoas jurídicas de forma geral) como titulares de direitos humanos. Violações aos bens e direitos das pessoas jurídicas de direito privado podem, ainda, dar ensejo à provocação da tutela internacional, mas na medida em que refletem nos direitos de seus proprietários⁹². As pessoas jurídicas de direito público, por sua vez, podem, no âmbito internacional público, serem titulares de direitos na medida em que firmam acordos com outros organismos internacionais. Esses direitos, no entanto, não se confundem com os direitos humanos (CAMPOS, 1989, p. 56).

Assim, resta resumido que o direito à proteção judicial, reconhecido internacionalmente e incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, prescreve, por um lado, que “Toda pessoa tem o direito, em prazo razoável, a ter solucionado o litígio por meio de um procedimento realizado em contraditório, através de um provimento efetivo, emitido pelo juiz natural” (JAYME, 2003, p. 327) e, por outro lado, um dever estatal de assegurar que existam recursos processuais adequados e condições políticas e institucionais seguras para que o Poder Judiciário possa resguardar direitos fundamentais violados por atos do próprio Estado ou de particulares. O âmbito normativo desse preceito se observa na própria efetividade da tutela jurisdicional e seu titular exclusivo é a pessoa humana.

3.1.1.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição no ordenamento jurídico interno

Apresentadas as considerações acerca da designação “proteção judicial”, pode-se avaliar a expressão “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, que é de construção semanticamente

⁹² Por exemplo, no caso em que a Corte IDH (2001, p. 9) expressa: “29. Esta Corte considera que apesar da figura das pessoas jurídicas não ter sido reconhecida expressamente pela Convenção Americana, como houve no Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, isto não restringe a possibilidade que sob determinadas circunstâncias o indivíduo possa acudir o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para fazer valer seus direitos fundamentais, ainda que os mesmos estejam cobertos por uma figura ou ficção jurídica para efeitos de admitir quais situações possam ser analisados por este Tribunal, sob o marco da Convenção Americana. Neste sentido, esta Corte já analisou a possível violação de direitos de sujeitos em sua qualidade de acionistas”.

negativa e, nesse ponto, se aproxima mais da formulação linguística enunciada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Conforme apreendido por Tavares (2017, p. 598), na medida em que enuncia “a lei não excluirá”, percebe-se que o destinatário primeiro desse comando é o legislador infraconstitucional, retirando-lhe a competência de limitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário. Não é por outro motivo que José Afonso da Silva (2017, p. 433) considera que essa cláusula resguarda o princípio da separação dos poderes, instituindo uma limitação do Poder Legislativo frente ao Judiciário.

Além disso, Bulos (2017) adverte que o enunciado “lei” deve ser interpretado na direção de abarcar tanto seu sentido formal quanto material. Isso significa que não apenas os atos normativos produzidos pelo Poder Legislativo encontram essa limitação, mas qualquer órgão ou poder que esteja no exercício da atividade legislativa, seja de forma típica ou atípica: “[...] emendas constitucionais, decretos legislativos, resoluções, lei complementares, ordinárias e delegadas não podem ser objetos de propostas tendentes a impedir, direta ou indiretamente, a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito” (BULOS, 2017, p. 640).

Assim como no art. 25 da Convenção Americana, não há, no enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, palavras-chave que tradicionalmente indicam vinculações materiais, como “justiça”, “bem-estar” etc. Por outro lado, ao referenciar “lesão ou ameaça a direito”, esse preceito fundamental assume a mesma vinculação material que a normativa internacional, resguardando a finalidade de proteção judicial à promoção de direitos fundamentais. Sob esse ponto de vista, a adição da expressão “ameaça” torna a fórmula constitucional mais ampla que a normativa internacional, resguardando, explicitamente, a possibilidade de provocar a jurisdição quando houver apenas o risco de lesão a direito. Marinoni e Mitidiero (2017, p. 781) consideram que, ao fazer menção à “ameaça”, o ordenamento jurídico obriga o Estado a garantir que existam meios adequados para “[...] propiciar a tutela inibitória e ter, a sua disposição, técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela”.

Tal qual no âmbito internacional, o preceito fundamental do art. 5º, inciso XXXV, não resulta em uma proibição absoluta de regulamentação das condições de admissibilidade de demandas perante o Poder Judiciário. Do ponto de vista exclusivo do próprio texto constitucional, existe limitação explícita ao Poder Judiciário na justiça desportiva. No art. 217, §1º da CF/88 consta: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após

esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (BRASIL, 1988). Marinoni e Mitidiero (2017, p. 781) consideram que se trata de uma limitação temporal, já que, após o julgamento pela justiça desportiva, ou decorrido o prazo estipulado, o Poder Judiciário pode disciplinar a questão.

Além dessa limitação, os mesmos autores (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 781) mencionam que a Constituição Federal de 1988 também previu expressamente uma limitação em relação à amplitude da competência do Poder Judiciário, em que vedou a “[...] revisão de mérito de punições disciplinares militares” em seu art. 142, §2º⁹³.

Também a regulamentação processual infraconstitucional disciplina uma série de limitações para a provocação jurisdicional. Nessa seara, Mendes e Branco (2017 p. 420) consideram que

[...] regras sobre capacidade processual, competência, obrigatoriedade ou não de atuação de advogado, prazo para propositura da ação, efeito vinculante de decisões de outros tribunais, coisa julgada não de ser consideradas, em princípio, normas destinadas a conferir a conformação ao direito de proteção judicial efetiva, ou, por outro lado, consideradas como resultado de colisões com outro direitos ou deveres, que apontam para restrições externas ao direito tomado amplamente em sua concepção *prima facie*.

As considerações de Mendes e Branco reconhecem determinadas limitações de direito de acesso ao Poder Judiciário, mas as justificam conforme resultados de técnicas menos racionais de ponderação de direitos. A Teoria Estruturante também permite considerar válidas essas restrições, mas o motivo é a avaliação do âmbito material do direito de acesso à justiça, de forma que compreende que essas limitações, para serem adequadas, precisam apresentar, como efeitos práticos, uma tutela judicial capaz de assegurar os direitos e as garantias fundamentais.

Já em relação à titularidade do preceito resguardado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, Mendes e Branco (2017, p. 420) consideram que são titulares desse direito tanto as pessoas naturais quanto as de personalidade jurídica de direito público (interno ou estrangeira) ou privada.

Sobre essa questão, observa-se que, em relação às pessoas jurídicas de direito privado, a defesa da existência de “direitos das pessoas jurídicas” é mais expressiva e esses direitos têm sido, inclusive, tutelados de forma indireta no sistema interamericano de direitos humanos, na medida em que se entende que pessoas naturais são afetadas por arbitrariedades, omissões ou aquiescências estatais em relação a bens ou direitos dessas pessoas jurídicas. O tema torna-se

⁹³ O art. 142, §2º da Constituição Federal de 1988 expressa: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares” (BRASIL, 1988).

mais controverso quando se discute a titularidade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário para as pessoas jurídicas de direito público porque, se o âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça é a promoção de direitos humanos, o Estado seria, ao mesmo tempo, titular e destinatário do mesmo direito. Campos (1989, p. 57) defende que mesmo

[...] nas situações excepcionais em que se aceita atribuir um direito subjetivo ao Estado dentro de um ordenamento jurídico, tal direito subjetivo está desprovido da natureza que, com outros fundamentos filosóficos, históricos, ou políticos, revestem os direitos humanos.

É clara a diferença de contexto filosófico e social em que se inserem os direitos humanos e aqueles direitos conferidos às pessoas jurídicas de direito público. Por outro lado, as pessoas jurídicas de direito público utilizam-se do Poder Judiciário como se fossem pessoas naturais, tendo acesso, inclusive, a remédios constitucionais como o mandado de segurança que, do ponto de vista histórico, foram postos “a disposição dos indivíduos para que defendam seus direitos fundamentais contra o ataque ilegal dos agentes públicos” (JAYME; MAIA, 2013, p. 545, tradução nossa). Com esse impasse, poder-se-ia tecer duas linhas de raciocínio. A primeira considera, segundo a orientação dos argumentos de Campos (1989), que as pessoas jurídicas de direito público não são titulares de nenhum direito fundamental ou humano, nem do direito de acesso à justiça. Pelo contrário, o seu comportamento deveria ser compatível com um fomento ao acesso à justiça das pessoas naturais.

A justificativa para as pessoas jurídicas de direito público utilizarem o Poder Judiciário como se pessoas naturais fossem poderia ser fundamentada como uma outorga, por parte do processo constituinte, de direitos (mas não humanos ou fundamentais) a essas pessoas jurídicas. Essa distinção entre direitos (humanos/não humanos; fundamentais/não fundamentais) se basearia no fato de as constituições não terem como função apenas declarar direitos, mas também criar órgãos, distribuir poderes e atribuir competências.

Tendo isso em vista, o acesso ao Poder Judiciário pelas pessoas jurídicas de direito público teria como motivo o fato de ter sido dado a este Poder a competência de dirimir outros conflitos de competência e distribuição de poderes dos órgãos estatais. Assim, o Poder Judiciário teria duas competências: (i) resguardar a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, quando a demanda envolver uma pessoa natural ou, em determinados casos, uma pessoa jurídica de direito privado; (ii) elucidar questões de competências que ficaram mal resolvidas entre as pessoas jurídicas de direito público. Ao utilizar o exemplo da Argentina, Campos (1989) entende que

[...] quando focamos no caso dos Estados federais, ou com alguma descentralização regional que se aproxime da federal, nos acostumamos — talvez como concessão ao sentido vulgar mais que ao rigor do conceito — empregar a terminologia de “direitos” para postular faculdades ou competências das entidades estaduais frente à Federação, ou vice-e-versa. Assim, falamos de um “direito” das províncias argentinas a seus recursos naturais para reivindicar sua integridade territorial perante o Estado federal, ou o “direito” de usar seu poder tributário local perante o mesmo Estado federal. Mas em tais casos o que se pretende acentuar é um “poder reservado” diante dos avanços da Federação sobre suas partes (CAMPOS, 1989, p. 57, grifos do autor).

Assim, questões entre Estados federados ou entre diferentes instâncias do Poder Público, bem como questões entre os três poderes seriam discussões sobre competências, e não propriamente sobre direitos de propriedade, no caso do exemplo. Essas discussões podem permear questões de direitos fundamentais, não para essas mesmas pessoas de direito público, mas na medida em que a distribuição de competência pode afetar indiretamente direitos humanos das pessoas naturais. O impasse que surge desse posicionamento é a aplicação da máxima pragmática ao raciocínio⁹⁴. Conforme visto na base teórica desta tese, adotou-se a concepção de que o sentido de um termo se esgota nos efeitos práticos que ele gera. Nesse sentido, a única diferença em relação aos efeitos práticos de violações de bens ou direitos de pessoas jurídicas e de pessoas naturais é que, nesse último caso, é possível provocar a jurisdição internacional nas situações em que o Estado, por si só, não realize as medidas de reparação necessárias.

Essa diferença nas consequências práticas permite uma distinção de nomenclatura, já adotada por parte da doutrina⁹⁵, podendo ser designados como direitos humanos aqueles consagrados internacionalmente (e passíveis de judicialização nos órgãos internacionais) e direitos fundamentais aqueles resguardados em termos de direito positivo dentro dos Estados Nacionais (passíveis de judicialização nos órgãos internos). No entanto, do ponto de vista do direito interno, não há qualquer diferença prática no direito de acesso ao Poder Judiciário das pessoas jurídicas de direito público e as pessoas naturais. Pelo contrário, determinadas pessoas jurídicas de direito público ainda possuem prerrogativas processuais mais vantajosas que as pessoas naturais⁹⁶.

⁹⁴ Conforme apresentado na construção da base teórica que guia esta tese, a máxima pragmática é considerada por Peirce (2008, p. 73) a premissa para alcançar um sentido seguro dos objetos e evitar cair em distinções que são apenas aparentes. A máxima é expressa da seguinte forma: “Considere-se quais efeitos que concebivelmente teriam atuações práticas, os quais imaginamos que o objeto de nossa concepção possua. Então, nossa concepção desses efeitos é o conjunto de nossa concepção do objeto”.

⁹⁵ Por exemplo, em Silva (2005, p. 176 e 178).

⁹⁶ A título de exemplo, o art. 183 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disciplina: “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal” (BRASIL, 2015a).

Nesse sentido, criar uma distinção entre o direito fundamental de acesso à justiça para as pessoas naturais e o direito (não fundamental) de acesso às pessoas jurídicas de direito público, sendo que ambos os objetos de análise geram os mesmos efeitos práticos, seria perder-se em palavras. Reforça-se que, na forma explicada por Peirce (2005, p. 72), não há distinção real entre dois objetos se os efeitos não possuem alguma diferença prática.

Realizadas essas críticas, a segunda linha de raciocínio reconhece que as pessoas jurídicas de direito público podem ter direitos fundamentais. Para essa perspectiva, direitos são quaisquer prescrições legais exigíveis judicialmente. Assim, prerrogativas e prescrições sobre competência e atribuições de órgãos públicos também são consideradas direitos desses mesmos entes. De igual forma, na medida em que possuem a legitimidade para ir a juízo para fazer valer essas prerrogativas, os entes públicos são titulares do direito à proteção judicial. O reconhecimento de que pessoas jurídicas (de forma geral) podem ser titulares de direitos fundamentais é mais forte nos ordenamentos jurídicos europeus, em que há alguns casos de reconhecimento explícito dessa titularidade. No Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CONSELHO DA EUROPA, 1952) reconhece-se o direito de propriedade tanto às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas⁹⁷. Na Constituição espanhola (ESPANHA, 1978, p. 34), é reconhecida às pessoas jurídicas a legitimidade para ajuizar o recurso de amparo, que é o meio processual apto para provocar o Tribunal Constitucional espanhol na proteção de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente (SOLÍS et al., 2007, p. 184-185).

Na Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1974, p. 739), esse reconhecimento é mais amplo, formulado da seguinte maneira: “Art. 12º. [...] 2. As pessoas colectivas [jurídicas] gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Ao tratar da Constituição portuguesa, Canotilho (2003, p. 421) concorda que, no momento em que são atribuídos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, surge a necessidade de categorizar dois tipos de direitos: aqueles direitos fundamentais que são “direitos do homem” e aqueles cuja titularidade também pertence a “pessoas não identificadas com cidadãos de ‘carne e osso’”. Além disso, a forma enunciada pela constituição portuguesa lança ao intérprete o desafio de avaliar quais direitos e deveres são “compatíveis com a natureza” das pessoas jurídicas, questionamento que, ainda

⁹⁷ “Artigo 1 – Proteção à propriedade. Toda pessoa natural e jurídica tem direito ao gozo pacífico de seus bens. Ninguém deve ser privado de seus bens, exceto no interesse público e sujeito às condições previstas por lei e pelos princípios gerais do direito internacional” (CONSELHO DA EUROPA, 1952).

segundo Canotilho (2003, p. 421), só pode ser resolvido com a observação do âmbito normativo do direito fundamental a ser objeto de concretização⁹⁸.

Nesse ponto de vista, o direito de acesso à justiça (no sentido de possibilidade de exigência de uma resposta jurisdicional que respeite o devido processo legal) não disciplina apenas a relação entre as pessoas naturais entre si ou entre as pessoas naturais e o Estado. Também se aplicam as mesmas possibilidades de proteção judiciária no relacionamento entre os entes públicos. A expressão “entes públicos” é aqui utilizada para significar que não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas também entidades jurídicas despersonalizadas dentro de uma mesma pessoa jurídica de direito público podem se socorrer do Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, dos conflitos interorgânicos⁹⁹ de órgãos públicos como as câmaras municipais (Poder Legislativo municipal) e a Prefeitura (Poder Executivo municipal) (CARVALHO FILHO, 2002, p. 165).

Nos casos em que o Poder Executivo viola direito legalmente assegurado de outro órgão ou invade sua competência (CARVALHO FILHO, 2002, p. 165), como, a título de exemplo, deixar de repassar o duodécimo do crédito orçamentário ao Poder Legislativo (art. 168 da Constituição Federal de 1988), esse órgão público recebe legitimidade extraordinária para pleitear em juízo o cumprimento da lei (BUENO, 2007, p. 357). Sobre o assunto, Vitor Nunes Leal (1960) afirma que

[...] é impossível negar certos direitos das câmaras municipais, reconhecidos em texto expresso das constituições estaduais e das chamada [sic] leis orgânicas dos municípios. Não resta dúvida que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbido da função deliberativa na esfera local. Sendo, entretanto, um órgão independente do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas consequências na própria esfera municipal), sua competência privativa, envolve, necessariamente, direitos, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas (LEAL, 1960, p. 424-439).

⁹⁸ “Determinar quais os direitos e deveres ‘compatíveis com a natureza’ das pessoas colectivas depende do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 421, grifo do autor).

⁹⁹ Carvalho Filho (2002) avalia: “Quando se cuida de órgãos subalternos, os eventuais conflitos que venham a surgir podem muito bem ser dirimidos pelos órgãos superiores. Se duas Divisões de um Departamento administrativo assumem posições contraditórias, é o Diretor do Departamento que vai traçar a posição a ser obedecida. O problema, porém, ocorre quando o conflito se instala entre os órgãos basilares das pessoas públicas, como por exemplo, um conflito entre uma Assembleia Legislativa e o Executivo do Estado. Ou entre a Câmara Municipal e a Prefeitura. Ou, ainda, entre um Tribunal estadual e o Poder Executivo” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 365). A esse problema é dado o nome de conflitos interorgânicos.

Sob esses pressupostos, percebe-se que o âmbito material em que se insere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, enunciado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é mais amplo em relação ao direito à proteção judicial presente no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O dispositivo constitucional, nesse sentido, abarca uma proteção a qualquer ato de ilegalidade, independente das partes envolvidas.

Disso não se pode concluir, entretanto, que eles sejam independentes. Conforme mencionado no tópico anterior, a abertura material, preconizada pelo art. 5, §2º da Constituição Federal de 1988, gera uma relação de complementariedade entre esses dispositivos normativos que, nas palavras de Piovesan (2006b, p. 23), pode ser entendida como um “[...] equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna [...]”. A formulação do programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça não pode ignorar as conotações internacionais que esse preceito possui.

A última questão que envolve o art. 5º, inciso XXXV, é o termo “do Poder Judiciário”, que na expressão desenvolvida pela literatura especializada brasileira foi substituída por “jurisdição”. Para analisar essa diferença, foi reservado o próximo tópico.

3.1.2 O impacto do enunciado constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal na atribuição da atividade jurisdicional do Poder Judiciário

No tópico anterior, foi possível observar, com o auxílio do método gramatical (no sentido da Teoria Estruturante do Direito) e do método sistemático, que a natureza de preceito fundamental influencia na concretização do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e indica que ele possui vinculação com as condições materiais de efetivação de direitos fundamentais.

Analisando a formulação linguística própria do art. 5º, inciso XXXV, mencionou-se, também, que se trata de uma cláusula vinculada às características de distribuição de atribuições entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (característica da separação dos poderes) (SILVA, 2017, p. 433; TAVARES, 2017, p. 598). Nesse sentido, Bastos (2000, p. 213) chega a resumir a prescrição do art. 5º, inciso XXXV, da seguinte forma:

Isto significa que lei alguma poderá autoexcluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação.

Apesar de o enunciado fazer menção diretamente ao “Poder Judiciário”, o termo utilizado por parte da literatura especializada brasileira (BULOS, 2017, p. 639; LEITE, 2014, p. 158; MONTENEGRO FILHO, 2009, p. 172) é “jurisdição”. A avaliação acerca dessa pré-compreensão será feita por meio de três assuntos tratados neste tópico: o conceito de jurisdição; a existência ou não de um monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário; a relação do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, com a possibilidade de uma jurisdição condicionada.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 23) buscam elucidar a ideia de jurisdição a partir de sua origem histórica. Nesse sentido, afirmam que a jurisdição surgiu no século III d. C., no processo de transição da preponderância de uma justiça privada para uma justiça pública. O pretor romano, nesse contexto, deixou de indicar um árbitro para resolver os conflitos que lhe eram apresentados e passou a julgar, por ele mesmo, o mérito dos conflitos.

Junto a isso, o outro elemento histórico que compõe o conceito de jurisdição é a separação dos poderes de Estado, com referência a entes relativamente autônomos, que permitiu distribuir para cada um deles uma função preponderante ou, como é comumente denominada pela literatura especializada, uma função típica (BUENO, 2007, p. 241), em que “jurisdição” é uma dessas funções, junto com a “administração” e a “legislação”¹⁰⁰.

Humberto Theodoro Júnior, ao tratar da diferença entre “jurisdição”, “administração” e “legislação”, acredita que jurisdição se diferencia de legislação na medida em que a primeira se volta ao direito em concreto, à luz de um conflito, enquanto a segunda cuida do direito em abstrato (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 148). A distinção entre jurisdição e administração, por sua vez, está na terceiridade da jurisdição, que não atua como *inter partes* no conflito (no caso Administração e administrado), mas como *imperium super partes* (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 155).

Nessa seara, ainda não são unívocas as posições acadêmicas sobre quais características (regra semântica) compõem a concepção de jurisdição. Dinamarco e Lopes (2016, p. 78-79), ao considerarem jurisdição uma “[...] função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concreto [...]”, enfatizam a característica da inevitabilidade e da substituição da jurisdição. A inevitabilidade decorre do

¹⁰⁰ “É pela completa separação de tais funções que se confere ao Judiciário a função jurisdicional, por meio da qual se controla e assegura o império da lei, submetendo a ele tanto as pessoas comuns como os demais agentes do poder estatal, ou seja, os que exercem as funções do Executivo e do Legislativo” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 147).

fato de que o poder estatal “[...] não é exercido na medida em que o desejem ou aceitem os particulares, mas segundo os desígnios e decisões do próprio Estado, expressos pelos agentes regularmente investidos”. O caráter substitutivo, por sua vez, se manifesta à proporção que o poder de decisão deixa de pertencer às partes (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 78).

Além dessas duas características, Bueno (2007, p. 243-249) ainda adiciona a imperatividade, que significa ser as partes compulsoriamente submissas ao resultado da tutela jurisdicional; a imutabilidade, que significa, uma vez aperfeiçoada, a tutela jurisdicional não poder ser rediscutiva; a indelegabilidade, que significa ter a Constituição já determinado aqueles órgão que possuem a função jurisdicional, não podendo haver transferências; e a inércia, que abarca a concepção segundo a qual a função jurisdicional só é prestada se a parte a requerer.

O estudo das características que compõem a jurisdição foi pertinente em uma série de debates no mundo jurídico. Para além de fundamentar as diferenças entre as funções do Estado (legislação, administração e jurisdição), também serviu de base para avaliar se deveria ser tratada como uma função apenas do Poder Judiciário, apenas estatal ou independente do Estado. A perspectiva mais tradicional, e já superada, considerava que jurisdição era uma função monopolizada pelo Poder Judiciário. Silva (2017, p. 434) ainda faz menção a essa ideia, mas não a fundamenta, nem a aprofunda. Tal posição não encontra grandes adeptos por conta do exercício da atividade jurisdicional, de forma atípica, pelos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que a própria Constituição prevê o exercício da jurisdição por outros órgãos, além do Poder Judiciário, por exemplo, no caso do julgamento do *impeachment*, realizado pelo Legislativo (TAVARES, 2017, p. 599).

Sendo assim, fica claro que a própria Constituição cuidou de atribuir a função jurisdicional para outros poderes em determinados casos, mesmo que não seja sua função preponderante. O inverso também é verdadeiro, o Poder Judiciário, saindo dos limites de sua função jurisdicional típica, desempenha funções atípicas, por exemplo, ao realizar um concurso público (atividade administrativa) ou, ainda, quando estabelece regras próprias de organização (atividade legislativa) (BUENO, 2007, p. 241).

Por outro lado, há autores que ainda defendem que a jurisdição é um monopólio estatal, de forma que a sentença arbitral¹⁰¹, por exemplo, não constitui uma jurisdição privada. Bueno (2007, p. 246) sustenta que falta à tutela arbitral a característica da inafastabilidade, já que, em relação ao Estado-juiz, é ilegítima a negativa da prestação jurisdicional, sendo uma das faces compreendidas no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Dinamarco e Lopes (2016), apesar de considerarem, tal qual Bueno, que as características da jurisdição são a inevitabilidade e a substitutividade, discordam dele e reconhecem o caráter jurisdicional da arbitragem.

É do passado a crença em um monopólio estatal da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos, esta com o foco lançado exclusivamente sobre a jurisdição estatal. Há notórias diferenças entre essas duas espécies de jurisdição [judicial e arbitral], mas não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição. Também a jurisdição arbitral é exercida com fundamento em um poder, mas, diferentemente do que se dá com a jurisdição estatal, a fonte do poder do árbitro não é o *imperium* soberano do Estado, como a do Estado-juiz, mas a vontade bilateral das partes que houverem optado pela arbitragem, sem a qual esta não será admissível (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 78-9).

Sob os pontos de vista aqui observados, pode-se inferir que, pelo atual estado de desenvolvimento científico do tema, não há que se falar que apenas o Poder Judiciário exerce jurisdição, assim como não se pode dizer que é uma função exclusivamente estatal. Se é verdade que não é apenas o Poder Judiciário ou o Estado que exercem jurisdição e o preceito do art. 5º, inciso XXXV, estabelece a “inafastabilidade da jurisdição”, cabe refletir se esse princípio se aplicaria aos outros órgãos quando no exercício jurisdicional ou não.

André Ramos Tavares (2017, p. 597) considera que a característica da inafastabilidade só se aplica ao Poder Judiciário. Nesse sentido, considera que o entendimento “inafastabilidade da jurisdição” tem que ser alterado para “inafastabilidade do Poder Judiciário”, já que não é mais apenas o Judiciário que exerce jurisdição. Por outro lado, Dinamarco e Lopes (2016, p. 80) lembram que a inafastabilidade também se faz presente na arbitragem, mas de uma forma própria. Ao contrário da tutela judicial, o árbitro só se faz presente quando convencionado pelas

¹⁰¹ Ao conceituar arbitragem, Dinamarco e Lopes (2016, p. 31) explicam: “O juízo arbitral, ou arbitragem, consiste no julgamento do litígio por pessoa escolhida consensualmente pelas partes (o árbitro), mediante trâmites bastante simplificados e menor apego a parâmetros legais rígidos (o possível julgamento por equidade — Lei nº 9.307, de 23.9.96, art. 2º — Lei de Arbitragem/LA). Exclui-se esse meio quanto a direitos não disponíveis (art. 1º c/c. art. 25), justamente porque resulta de uma convenção entre as partes (convenção de arbitragem — LA, art. 3º), com renúncia à jurisdição estatal — e o julgamento não é feito por um juiz estatal, mas por árbitro, cidadão privado”.

partes e nos limites que elas queiram, entretanto, uma vez regulada a convenção, torna-se ilícita a recusa ao processo arbitral ou ao cumprimento de sua decisão.

No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional reforçou essa inevitabilidade da jurisdição arbitral após a válida estipulação do compromisso arbitral quando, no art. 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelece:

Art. 7º Existindo cláusula arbitral compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designado o juiz audiência especial para tal fim (BRASIL, 1996).

Assim, percebe-se que é possível manter a expressão “inafastabilidade da jurisdição” na medida em que o Poder Judiciário tem o condão de dar efetividade à submissão das partes ao juízo arbitral. Da mesma forma, o Poder Judiciário pode decretar a nulidade da sentença arbitral produzida de forma contrária à lei, conforme art. 33 da Lei nº 9.307/1966 (BRASIL, 1996).

Sob esse ponto de vista, o Poder Judiciário soma a função de averiguar se os demais órgãos que exercem a jurisdição desempenham essa atividade com respeito ao devido processo legal. Assim, mesmo que a sentença arbitral tenha “[...] os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário [...]” (BRASIL, 1996), a esse Poder fica atribuída a responsabilidade de avaliar os requisitos de validade das decisões produzidas no exercício da atividade jurisdicional pelos demais órgãos, além de servir como garantia para se assegurar a inafastabilidade da cláusula arbitral pactuada. O mesmo ocorre no caso em que o Poder Legislativo exerce a função jurisdicional atípica para realizar o julgamento de *impeachment*, situação em que o Poder Judiciário não pode apreciar o mérito da questão, mas pode controlar judicialmente a regularidade de seu procedimento (MENDES; BRANCO, 2017, p. 416).

Uma vez observado que o Poder Judiciário não possui o monopólio da jurisdição, cabe questionar se o preceito do art. 5º, inciso XXXV, de alguma forma regula as condições para a provocação da tutela judicial. Para Tavares (2017, p. 597) esse enunciado teria o condão de eliminar do ordenamento jurídico brasileiro a ideia de “jurisdição condicionada” de forma que, salvo algumas exceções, a configuração da ameaça ou lesão a direito já abriria para o jurisdicionado a possibilidade de tutela judicial, independentemente de terem sido esgotadas ou não outras instâncias de resolução de conflitos.

Também Montenegro Filho (2009, p. 173) afirma que o enunciado constitucional sob análise proíbe a ideia de uma tutela judicial condicionada, sustentando, para além das concepções de Tavares, que, a partir dele, institui-se a premissa, diferente da do direito administrativo francês, em que o Poder Judiciário pode realizar o controle dos atos da Administração Pública. No mesmo sentido, Bueno (2007) afirma:

Em função da amplitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, todo ato que violar ou ameaçar direito, mesmo que proveniente do próprio Estado (funções executivas, legislativas ou, até mesmo, jurisdicionais, isto é indiferente), é “justiciável”, entendido o neologismo como a possibilidade de aquele ato (praticado ou meramente ameaçado) ser contrastado e controlado plenamente perante o Poder Judiciário (BUENO, 2007, p. 243).

Parte da literatura especializada (TAVARES, 2017, p. 598; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 779; BULOS, 2017, p. 641), ao fazer menção a essa pré-compreensão, a partir do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, fundamenta-a pela comparação com o regime anterior, da Constituição de 1967. Assim sendo, torna-se pertinente aprofundar a análise dessa pré-compreensão com o auxílio do método histórico, a ser realizado no tópico seguinte.

Desde logo, é possível inferir, com base nos três assuntos abordados (conceito de jurisdição, monopólio da jurisdição e jurisdição condicionada ao Poder Judiciário) que o enunciado disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, além de disciplinar que o Poder Judiciário é uma garantia do cidadão na promoção de direitos fundamentais, conforme observado no item 3.1.1, também revela pré-compreensões sobre a relação desse Poder com os demais órgãos que, igualmente, exercem atividade jurisdicional. Sob tal ponto de vista, o Poder Judiciário atua atribuindo ou retirando validade desses diversos fóruns de resolução de conflitos.

3.2 O PROGRAMA NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA DINÂMICA LEGISLATIVA

No tópico 3.1 buscou-se explicitar pré-compreensões sobre o “sentido atribuível” ao enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Foram apresentadas pré-compreensões que podem ser classificadas em duas categorias. A primeira diz respeito à vinculação material que esse preceito possui, por ser um direito fundamental. A segunda diz respeito ao relacionamento do Poder Judiciário com outros órgãos que também exercem

atividade jurisdicional. Cabe, neste tópico, utilizar os demais elementos de concretização *strictore sensu* para que auxiliem na elucidação e crítica às pré-compreensões apresentadas. Para tanto, podem-se fazer algumas considerações teóricas sobre sua utilização para manter o compromisso de explicitação das premissas que guiam a presente tese.

Reprisando, as interpretações histórica, genética, sistemática e teleológica são pontos de vista auxiliares para racionalizar o processo de formulação de hipóteses sobre a norma jurídica. Elas “[...] estão estreitamente aparentadas à interpretação gramatical: também elas são meios de interpretação do texto (mais precisamente, de outros textos, em parte normativos, em parte não normativos, ao lado do teor literal da prescrição implementada)” (MÜLLER, 2000, p. 77). Especialmente sobre os métodos genético e histórico, eles podem auxiliar a detalhar as possíveis hipóteses de formulação do programa normativo, na medida em que buscam dar respostas a perguntas do tipo

[...] como se chegou à presente formulação? Que ideias acerca do sentido e que intenções de regulamentação conduziram — por um lado, historicamente e sem ligação com o direito vigente, por outro lado, de forma igualmente histórica, mas com ligação genética com ele — à presente formulação da norma jurídica? (MÜLLER, 2000, p. 77).

Assim sendo, esse tópico é dividido em quatro temas. O primeiro trata da utilização do método histórico e observa quais condições históricas estavam presentes nos textos constitucionais anteriores à Constituição de 1988 e deram início à tradição dessa formulação linguística para representar o direito à proteção judicial. O segundo tema trata da formulação do enunciado linguístico do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal no processo constituinte de 1988. Pela utilização do método genético é avaliado o processo de construção do enunciado, desde sua primeira proposta de redação até a redação aprovada. O terceiro tema fala da consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e explicita, principalmente, as garantias constitucionais de natureza processual que, desde a Constituição, já visavam a resguardar os direitos fundamentais nela declarados. O quarto tema, por sua vez, discorre sobre as alterações legislativas posteriores e seu impacto nas pré-compreensões do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da CF. Esse tópico destaca as mudanças realizadas pela reforma do Poder Judiciário a partir da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

3.2.1 O princípio da inafastabilidade da jurisdição: resposta a períodos autoritários

O método histórico compartilha, junto ao método genético, a condição de um elemento autônomo de concretização, visto que possui como parâmetro um documento intersubjetivamente verificável:

[...] somente os aspectos históricos e genéticos podem ser nitidamente distinguidos dos outros aspectos, em virtude da sua vinculação a textos não-normativos (a regulamentações anteriores comparáveis ou aos materiais legislativos); mas eles também estão integralmente entrelaçados a outros aspectos, quanto ao seu objeto. Além disso não se deve esquecer que também os textos com prescrições comparáveis já não mais vigentes, bem como os textos dos materiais legislativos, devem ser interpretados; e apesar de seu caráter não-normativo, eles devem ser interpretados em princípio com os mesmos meios válidos para os textos de normas. Em formulação mais precisa, a interpretação histórica e a interpretação genética são subcasos da interpretação sistemática. Só que os pontos de vista por elas aduzidos não se originam em outras prescrições do direito vigente (como normalmente ocorre na interpretação sistemática), mas — identificados com ajuda da história do direito e do Direito Comparado histórico — de normas anteriores autóctones ou estrangeiras, de textos não-normativos na forma de decisões, definições e enunciados doutrinários sobre essas prescrições anteriores e de textos não normativos na forma de materiais legais (MÜLLER, 2000, p. 79).

Assim sendo, neste tópico serão analisadas as Constituições anteriores a de 1988 para buscar uma comparação histórica sobre as origens do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição vigente. Além disso, a literatura especializada mais uma vez auxiliará na aferição do contexto em que as Constituições anteriores foram promulgadas e as condições políticas e sociais em que estavam inseridas. Antes disso, no entanto, cabe fazer uma ressalva.

Uma avaliação histórica do preceito fundamental de acesso à justiça também passa pela ressalva acerca da influência da produção acadêmica estrangeira sobre o tema. Quando lido à luz do Projeto Florença, o tema do acesso à justiça nos países participantes desse estudo ganha uma explicação sistematizada¹⁰³. Sob uma análise macroscópica, o relatório do Projeto Florença apresentou três ondas de acesso à justiça como metáfora didática para divulgar as principais reformas que aconteceram ao redor do mundo no que tange ao sistema legal de acesso à justiça e ao Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 3).

¹⁰³ As duas principais virtudes da pesquisa realizada são: (i) a grande extensão em relação ao número de países analisados, o que permite uma análise macroscópica e comparativa em relação a diversos sistemas legais; (ii) a compreensão de que a discussão do acesso à justiça é a discussão em relação às estruturas e procedimentos que regem o sistema legal de resolução pacífica de controvérsias. Nesse sentido, o relatório do Projeto Florença nutre a necessária perspectiva de recusa “[...] a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos ou instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 3).

Consoante o processo de afirmação de direitos de minorias marginalizadas na década de 1960, a primeira onda caracteriza aquelas medidas que buscaram facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que não possuíam condições econômicas para custear um processo judicial. As medidas mais comuns adotadas foram o financiamento estatal de advogados para cidadãos carentes, bem como a isenção de custas e emolumentos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-49). Nesse mesmo sentido, explica Wanderley Junior (2003, p. 24) que medidas dessa monta promovem “[...] a igualdade de acesso ao direito, ‘tratando desigualmente os desiguais’, mas apenas para garantir que estejam em igualdade de condições, impedindo que as diferenças sociais e econômicas sejam um obstáculo ao tratamento igualitário”.

Ao se objetivar ultrapassar os obstáculos econômicos para o acesso ao Poder Judiciário, essas medidas ampliaram o grau de proteção judicial dos indivíduos menos favorecidos, ao mesmo tempo que reforçaram as expectativas em relação à efetivação dos novos direitos, que podem ser entendidos como promessas do Estado Social. Além disso, abre-se espaço para a afirmação da tese de identidade entre Poder Judiciário e acesso à justiça, o que se procurará distinguir nesta pesquisa.

Em sentido semelhante à primeira, a segunda onda nasceu da percepção de que, além dos obstáculos econômicos para uma plena acessibilidade ao Poder Judiciário, a lógica individualista do processo civil também consistiria em um entrave para a proteção de determinados direitos: os direitos difusos. Assim, foi necessária a criação de instrumentos processuais próprios para tutelar interesses coletivos que não comportam que todos os indivíduos interessados estejam em juízo, como é o caso das questões ambientais e consumeristas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-51).

Já a terceira onda descrita no Projeto Florença aborda a questão do "acesso à justiça" de forma holística, não mais pensando em questões específicas. Em um contexto de crise do Estado Social, já na década de 1980, a última onda descrita por Cappelletti e Garth (1988, p. 27) sintetiza um conjunto de reformas realizadas pelos países participantes do Projeto em seus sistemas legais, que vão desde mudanças administrativas e estruturais nas varas e tribunais até as reformas de direito material e processual, a fim simplificar a aplicação do direito. Outra dimensão também abarcada por essa onda é a criação de métodos de desjudicialização de demandas com o incentivo a formas alternativas de resolução de conflitos.

A sistematização proposta pelo Projeto Florença, por mais que seja uma importante fonte de estudo, não representa o processo de transformação do sistema legal brasileiro. Primeiro, pela razão de o Brasil não ter participado dessa pesquisa; segundo, porque o processo de desenvolvimento do Estado brasileiro não se deu nos moldes dos países centrais, mas conforme lógica própria. Junqueira (1996, p. 390-391) explica que o desenvolvimento do tema de acesso à justiça como efetividade de direitos fundamentais se realizou no Brasil com o processo de abertura política após o regime militar. Ainda assim, não se enquadrava em um contexto de desmantelamento do Estado Social, mas pela identificação da exclusão de parcela significativa da população do exercício de direitos sociais básicos.

O surgimento do tema de acesso à justiça na produção acadêmica brasileira foi fortemente influenciado pelas pesquisas de Boaventura de Souza Santos e pode ser dividido, tal qual proposto por Junqueira (1996, p. 391), em dois eixos: O primeiro eixo consiste nas pesquisas sobre acesso coletivo à justiça que, na primeira metade da década de 1980, marcaram o movimento acadêmico, na forma de buscar atender às demandas sociais emergentes do processo de redemocratização. O segundo eixo é a pesquisa pelos mecanismos estatais e não estatais de resolução de conflitos, cujo principal tema são os juizados especiais de pequenas causas. Esse eixo se consolidou na segunda metade da década de 1980 (JUNQUEIRA, 1996, p. 391). Percebe-se que a construção do tema do acesso à justiça foi realizada em meio a um contexto de “[...] construção de direitos dos setores subalternizados da sociedade [...]” (JUNQUEIRA, 1996, p. 399), tendo em vista a observação do sociólogo português, ao identificar que um setor da sociedade brasileira estava submetido a uma produção de direito paralela ao direito estatal.

Feita essa ressalva, pode se proceder a uma análise histórica orientada pelo processo legislativo brasileiro sobre o tema. Os primeiros indícios de regulamentação preocupada com efetividade de acesso ao Poder Judiciário remontam às Ordenações Filipinas (1603), que buscaram estabelecer assistência jurídica gratuita aos necessitados e, posteriormente, à criação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros que, entre suas funções, se prestava a atender pessoas carentes (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 77).

A primeira regulamentação dessa natureza, em nível constitucional, ocorreu na Constituição de 1934 que, em seu art. 113, item 32, disciplinava: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” (BRASIL, 1934). O avanço na matéria, promovido pela Constituição de 1934, apesar disso, foi suplantado pela Constituição de 1937.

Não apenas por suprimir o artigo sobre a assistência judiciária, mas também por limitar a extensão do controle judicial em relação aos atos do Poder Legislativo e Executivo.

Desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 300¹⁰⁴, em 1892, impetrado por Rui Barbosa, foi submetido à Corte Constitucional brasileira avaliar suas prerrogativas para, tal qual a tradição norte-americana, interferir em questões políticas quando elas envolvem violações a direitos individuais. Essa tese foi acatada pela Corte Constitucional brasileira em 1898 (MENDES; BRANCO, 2017, p. 414).

Assim, o processo de afirmação do papel do Poder Judiciário no fomento aos direitos fundamentais foi interrompido pela Constituição de 1937. Por um lado, o art. 94 desta Constituição estabeleceu: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”; por outro lado, no art. 96, parágrafo único,

Art. 96 [...]

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente submetê-la ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal (BRASIL, 1937).

A redemocratização e a promulgação da Constituição de 1946 marcou o retorno ao processo de afirmação do Poder Judiciário na proteção dos direitos individuais e foi nessa oportunidade que, no art. 141, §4º, dentro do Capítulo II (Dos Direitos e Garantias individuais), o constituinte estabeleceu:

Art. 141. [...]

[...]

§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[...] (BRASIL, 1946).

Sobre o tema, Mendes e Branco (2017, p. 414) esclarecem:

Os célebres ensinamos de Rui Barbosa influenciaram decisivamente a formulação do art. 141, §4º, da Constituição de 1946, precedente remoto do atual art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988. A intenção do constituinte era romper com a ordem

¹⁰⁴Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo referido advogado em favor do Senador Eduardo Wandenkolk, que, em virtude de decretos do então Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, que estabeleciam estado de sítio e suspensão de garantias, foi preso por conspiração. Nesse sentido, cf. íntegra da decisão (BRASIL, 1891).

constitucional conformada pela Constituição polaca (de 1937), que prescrevia em seu art. 94 ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer questão exclusivamente política”.

Tendo isso em vista, percebe-se que a origem histórica da formulação negativa do direito à proteção judicial na Constituição Federal de 1988 decorre de uma característica própria do processo de afirmação do Poder Judiciário nas questões políticas e no controle da legalidade frente à arbitrariedade estatal. O preceito foi repetido no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967 e na EC nº 1, de 1969, em seu art. 153, § 4º. Com o endurecimento do regime militar, a EC nº 7, de 13 de abril de 1977, mudou a redação do referido enunciado, que passou a adotar a seguinte formulação:

Art. 153. [...].

[...]

§4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão do pedido.

[...] (BRASIL, 1977).

A nova redação criou o instituto da jurisdição condicionada, uma limitação geral de ingresso ao Poder Judiciário para se discutir atos da Administração Pública (TAVARES, 2017, p. 598). Nesse sentido, o jurisdicionado só poderia rever atos da administração depois que percorresse todas as instâncias da esfera administrativa. Dessa forma, parte da doutrina (TAVARES, 2017, p. 598; BULOS, 2017, p. 640) considera que a promulgação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 e o retorno da formulação sem a condicionante representam o fim da jurisdição condicionada, junto com a redemocratização, resgatando a ideia do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais principalmente frente ao Estado. Do ponto de vista político, representa, também

[...] o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido de construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2009, p. 28).

Sobre os detalhes de formulação do art. 5º, inciso XXXV, pode-se aproveitar do método genético para auxiliar na busca pelas razões sobre a peculiaridade da sua formulação linguística, o que é destinado ao tópico 3.2.2 desta seção.

3.2.2 A construção do preceito fundamental do art. 5º, inciso XXXV, no processo constituinte de 1988

Em 2013, a Câmara dos Deputados (BRASIL, 2013a) publicou o nono livro da série Obras Comemorativas, que teve como objeto apresentar o processo de construção do art. 5º da Constituição Federal. Essa referência torna-se, nesse sentido, uma rica fonte para utilização do método genético, a fim de compreender a influência do processo histórico de afirmação das prerrogativas do Poder Judiciário no constitucionalismo brasileiro, visto no tópico anterior. O processo constituinte brasileiro de 1988 não contou com um texto-base inicial, de forma que, nos primeiros meses de atuação da Assembleia Nacional Constituinte, todos os membros apresentaram sugestões que guiaram os relatores das comissões (BRASIL, 2013a, p. 18). Em relação à atual redação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, a publicação da Câmara dos Deputados identificou 14 sugestões com teor similar. Dentre essas sugestões, algumas se aproximam mais do texto original da Constituição de 1946 e outras buscam inovar.

A sugestão do constituinte João Paulo (PT/MG), por exemplo, repete a fórmula “Sugere que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão individual” (BRASIL, 2013a, p. 1810). Já outras sugestões ampliam ou restringem a formulação linguística. A sugestão do constituinte José Ignácio Ferreira (PMDB/ES), por exemplo, adiciona a expressão “[...] lesão ou ameaça a direitos e interesses legítimos” (BRASIL, 2013a, p. 1804). Por um lado, essa redação amplia o enunciado ao adicionar o termo “ameaça”, mas a restringe ao explicitar a condição de serem “legítimos”.

Já a sugestão de Nelson Carneiro (PMDB/RJ) propôs redação que ressaltasse a necessidade de futura regulamentação, da seguinte forma: “Sugere que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito, nas condições que especifica” (BRASIL, 2013, p. 1806).

Outra ideia que foi sugerida por diversos constituintes foi a adição do termo “coletivo” junto a direitos individuais, para romper a ideia de que a proteção judicial incidiria apenas nos direitos de tradição liberal/individualista. Por exemplo, a sugestão de Ronaldo Carvalho (PMDB/MG) prevê “[...] qualquer lesão ao direito coletivo ou individual” (BRASIL, 2013a, p. 1809).

A partir dessas sugestões, duas subcomissões propuseram redações para o anteprojeto. A primeira foi a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias. No anteprojeto, a redação original desse preceito constava no art. 33 e disciplinava: “A lei não

poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual ou a interesse coletivo” (BRASIL, 2013a, p. 178). Essa primeira sugestão de redação, além de repetir, em diversos pontos, a redação iniciada pela Constituição de 1946, também ampliou seu conteúdo para abarcar os interesses coletivos. Nesse sentido, a primeira emenda proposta, pelo então deputado Uldurico Pinto, sugeria alterar o final para “interesse individual, coletivo ou difuso” (BRASIL, 2013a, p. 379), sob a seguinte justificativa:

A inclusão de lesões a direitos ou interesses individuais, coletivos ou difusos impõe-se por dever de justiça e imperativo democrático, a fim de evitar as odiosas restrições do §4º do art. 153 da Constituição de 1969, impostas pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977.

Desde logo, observa-se que as limitações à jurisdição pelas condições impostas pelo regime anterior fizeram parte das discussões dos constituintes. Ademais, o adjetivo “odiosas”, para as restrições, dá bem o tom da amplitude desejada, compreensível em um momento de ânsia por cidadania, típica de processos de redemocratização.

Paralelamente, a segunda subcomissão que adicionou o preceito em seu anteprojeto foi a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, que estabelecia, para o art. 1º do anteprojeto “São direitos e garantias individuais: [...] V – a segurança jurídica; a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito; [...]” (BRASIL, 2013a, p. 178).

Esse anteprojeto recebeu sete sugestões de emendas. As emendas tiveram, em regra, dois objetivos: ou sugeriam enfatizar o caráter de garantia contra atos do poder público ou sugeriam explicitar que essa garantia também deveria abarcar direitos coletivos e difusos. Em todos os casos, diversas emendas, em suas justificativas, enfatizavam a necessidade de romper com a restrição de prévio esgotamento das instâncias administrativas, imposta pela EC nº 7, de 1977 (BRASIL, 2013a, p. 178).

Por exemplo, a emenda da constituinte Anna Maria Rattes (PMDB/RJ) propunha a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, inclusive quando decorrente de atos do poder público”. Sua justificativa também reforça essa dimensão de defesa do cidadão contra o Estado.

JUSTIFICATIVA:

Embora se trate de princípio jurídico universalmente aceito, com o advento de Estado Novo a legislação sobre desapropriação excluiu da apreciação do Poder Judiciário, no processo desapropriatório, a discussão da legitimidade do ato desapropriatório. Com

a Revolução de 1964, diversos atos administrativos, ou mais precisamente, do Poder Executivo foram subtraídos da apreciação do Poder Judiciário. Isto constitui uma situação de exceção ao Estado de direito, cujo fundamento principal está no direito de submeter ao Poder Judiciário toda lesão do direito individual, inclusive as lesões decorrentes de atos administrativos, e de se defender perante este poder contra o arbítrio dos demais poderes do Estado. Por outro lado, tem ocorrido o arbítrio e mesmo o sectarismo político nas desapropriações por parte de governadores e prefeitos. Torna-se, pois, conveniente explicitar melhor e mais incisivamente o texto constitucional (BRASIL, 2013a, p. 398-399).

Ao final, a redação manteve-se “não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito”, o que permaneceu quando a proposta foi enviada para a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, até que, já na Comissão de Sistematização, a aprovação de emendas sobre a importância de uma formulação linguística que abarcasse os direitos coletivos e difusos, mas também as vias preventivas de violação a direitos¹⁰⁵, o Primeiro Substitutivo do Relator estabeleceu a seguinte fórmula linguística: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos” (BRASIL, 2013a, p. 180). Assim, coube ao Plenário e à Comissão de Redação realizar a finalização da disposição topográfica do enunciado no art. 5º e em um inciso próprio (BRASIL, 2013a, p. 181).

Essa análise genética da construção da formulação linguística do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal permitiu confirmar aspectos comuns que acompanham a análise das pré-compreensões que gravitam em torno de seu enunciado. O enunciado tal qual disposto na Constituição Federal de 1988 teve como fundamento genético reforçar o papel do Poder Judiciário na proteção de direitos e impedir que os demais poderes restringissem a capacidade de o Poder Judiciário rever seus atos que violassem direitos fundamentais.

A aplicação do método genético ao enunciado do art. 5º, inciso XXXV, permite inferir que o constituinte teve como objetivo retirar os obstáculos normativos que impediam uma efetiva proteção aos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, principalmente no que tange aos atos ou às omissões realizados pelo Estado. No entanto, junto com a garantia geral de inafastabilidade, também foram afirmadas outras garantias, que formam um todo sistemático para a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos do homem. Cabe ao próximo tópico realizar o estudo da consagração dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988.

¹⁰⁵Nesse sentido, a proposta do constituinte José Ignácio de Ferreira (PMDB/ES), parcialmente aprovada, sugeria a adição do termo “ameaça” sob a justificativa de que o “[...] princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ter abrangência maior, estendendo-se às vias preventivas e a situações subjetivas que não consubstanciam direitos claramente titularizados” (BRASIL, 2013, p. 1234-1235).

3.2.3 O acesso à justiça na Constituição Federal de 1988 e a consagração dos direitos fundamentais

No tópico 3.1 desta seção, discorreu-se sobre a vinculação material do preceito da “proteção judicial” ou “inafastabilidade da jurisdição”. Na oportunidade, avaliou-se que o direito fundamental de acesso à justiça possui, como uma de suas dimensões, a existência de condições normativas e condições empíricas para proteção e prevenção a violações a direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 deriva de um contexto histórico e social. Daury Cesar Fabriz (1999, p. 158) afirma:

Com o processo de democratização do Brasil houve a motivação em torno da elaboração de uma nova Constituição, por uma assembleia constituinte que, além de legítima, também fosse livre, soberana, autônoma e exclusiva. Tal motivação, partido dos vários setores da sociedade civil brasileira, pôs em relevo o debate, que ocorreu em todos os níveis da sociedade (FABRIZ, 1999, p. 158).

Apesar da descrença nas instituições e da interferência das forças políticas do regime anterior, o processo constituinte foi marcado pela mobilização popular que, principalmente por meio de emendas populares, “[...] resumiam as lutas e as reivindicações populares que iniciaram-se ainda nos anos de chumbo do regime militar”.

Apelidada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, como “A Constituição Cidadã” (SARMENTO, 2009, p. 26), sua construção e elaboração foram influenciadas por esse contexto político e social, de forma que, do ponto de vista normativo, a proteção a direitos e garantias fundamentais permeia todo o texto. Isso já pode ser observado na estrutura topográfica da Constituição. As demais constituições brasileiras iniciaram a regulamentação pela forma e organização do governo e do Estado. Isso é diverso na Constituição de 1988, que

[...] consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais — no seu segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais —, só voltando-se depois disso à disciplina da organização estatal. Essa inversão topológica não foi gratuita. Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas (SARMENTO, 2009, p. 30).

Além disso, o processo constituinte cuidou para que, já em seu texto, fossem garantidas medidas processuais de acesso ao Poder Judiciário na proteção do indivíduo frente às arbitrariedades estatais.

O objetivo de realização da cidadania implicou a previsão de inúmeros instrumentos e recursos de participação popular: o referendo, o plebiscito, a iniciativa legislativa [...] e ainda: o mandado de segurança coletivo (legitimação de entidades políticas, profissionais, de classe e de interesses afins para propor mandado de segurança, até então restrito às pessoas físicas — art. 5º, LXX —, a ação civil pública — já existente em nível de lei ordinária —, a extensão da titularidade para impetrar ação de inconstitucionalidade às associações sindicais e de classe [...] etc. (TAVARES, 1991, p. 103).

José Afonso da Silva (2005, p. 442) conceitua parte desses novos instrumentos processuais como “remédios constitucionais”, “[...] no sentido de meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais”.

Cada um desses remédios busca sanar ou evitar a violação a um determinado direito fundamental. O *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII) visa a resguardar o direito de locomoção; o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII) protege a esfera íntima do indivíduo em relação a seus dados pessoais em bancos de dados públicos; o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) garante ao cidadão a aplicabilidade imediata à norma de direito fundamental não regulamentada infraconstitucionalmente; e o mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX) protege todo direito líquido e certo não abarcado pelos demais (art. 5º, LXIX) (SILVA, 2005, p. 445-453).

O *habeas corpus* é o instrumento jurídico de proteção a direitos fundamentais mais antigo da tradição jurídica ocidental, remontando a Magna Carta de 1215. “No início não era vinculado à ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito de *due process of law*” e utilizado, inclusive, em matéria civil (SILVA, 2005, p. 445). Sob esse ponto de vista, a origem das garantias constitucionais tem como pano de fundo a proteção do devido processo legal. Resguardado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal sob a forma “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]”, compreende a concepção derivada do direito anglo-saxão de que atos de constrição de bens ou de privação de liberdade só são válidos quando se submetem as formas processuais (RAMOS, 2007, p. 102).

Essa compreensão é, mais hodiernamente, vinculada não só às formas processuais para limitação de direitos fundamentais, mas aos valores do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, indicam Dinamarco e Lopes (2016):

A essa cláusula atribui-se uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do (*substantive due process of law*) (DINAMARÇO; LOPES, 2016, p. 75).

Tal vinculação, nesse sentido, também se dirige ao Poder Judiciário no exercício das suas atribuições. Isso significa que o enunciado brasileiro do devido processo legal se vincula à própria promessa de cidadania e promoção de direitos fundamentais.

Ao proclamar genericamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV), quis a Constituição brasileira pôr esses valores sob a guarda dos juízes, não podendo ser atingidos por atos não jurisdicionais do Estado. Quis também proclamar a autolimitação do Estado-juiz no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas das demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira (DINAMARÇO; LOPES, 2016, p. 75).

Conforme visto no desenvolvimento da base teórica desta tese, uma compreensão metodicamente útil de justiça implica considerá-la o cumprimento de uma promessa. A compreensão do momento político e institucional em que se inseriu a promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto, permite corroborar o entendimento de Fabríz:

O acesso à justiça expressa, na Constituição, de forma simbólica, a demanda reprimida por direitos, negados na vigência do período ditatorial. Nesse sentido, democracia, cidadania e acesso à justiça são dimensões interdependentes da convivência constitucional (FABRIZ, 2007, p. 1).

Assim, observa-se, com base na consagração dos direitos e garantias fundamentais, realizada pela Constituição Federal de 1988, que a concretização do direito fundamental de acesso à justiça precisa resguardar, como característica do quadro geral de ideias que formam a Constituição, a promessa de assegurar a ampla cidadania aos brasileiros.

3.2.4 As reformas institucionais e processuais pós-Constituição Federal de 1988: respostas legislativas às dificuldades práticas de implementação do direito fundamental de acesso à justiça

Nos tópicos anteriores, foi possível estabelecer que o processo constituinte originário objetivou reforçar as prerrogativas do Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais e nas limitações das arbitrariedades do Poder Legislativo e, especialmente, do Executivo. Neste tópico, por sua vez, cabe analisar como as reformas legislativas após o processo constituinte

afetaram a compreensão original do direito fundamental de acesso à justiça. Ribeiro (2008, p. 486) considera que

[...] a partir do início da década de 1990, várias foram as legislações que procuraram dotar o sistema judicial brasileiro dos requisitos que o permitissem atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de maneira ágil, menos complexa e mais transparente. Em consequência, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, no intuito de que o judiciário se consubstanciasse em uma instituição apta para mediar conflitos de interesses e tensões sociais. Dentre as principais mudanças introduzidas no funcionamento do sistema judicial brasileiro nos últimos anos tem-se a criação dos Juizados Cíveis e Criminais; a publicação da Emenda Constitucional nº 22, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar e a Emenda Constitucional nº 45.

Acerca dos juizados especiais, Lazzari (2016, p. 33) explica que a ideia de juízos especializados em causas de menor complexidade está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1984, mas foi com a sua constitucionalização, em 1988, e sua regulamentação infraconstitucional, em 1995, que eles assumiram a posição de instrumentos de vanguarda para a modernização do sistema de justiça brasileiro.

No mesmo sentido, a EC nº 22, de 18 de março de 1999, autorizou o legislador infraconstitucional a regulamentar a criação de Juizados Especiais na Justiça Federal (BRASIL, 1999) e a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, estabeleceu varas de competência exclusiva para casos de violência doméstica contra a mulher (BRASIL, 2006a). Ocorre, como lembra Sadek (2004, p. 95), que o

[...] objetivo central desses juizados não [era] resolver a crise do Judiciário, mas democratizar o acesso, propiciar um espaço para o desenvolvimento de uma nova mentalidade e para o tratamento processual mais adequado de causas de menor complexidade, tornando a instituição um serviço público capaz de chegar a soluções de controvérsias (julgamento e execução), de forma barata e rápida.

Assim, Lazzari (2016, p. 36) aponta que

[...] os juizados especiais atendem ao pressuposto de facilitar o acesso à justiça, pela via simplificada e de baixo custo, porém a estrutura organizacional do Poder Judiciário não está dimensionada para processar os novos pleitos sociais advindos especialmente da população mais carente.

A efetivação de uma universalização de acesso ao Poder Judiciário foi impedida por um grave gargalo institucional. O Poder Judiciário, na história do constitucionalismo contemporâneo, sempre foi pensado a partir de um modelo institucional para lidar com uma sociedade que tivesse níveis razoáveis de justiça social, certa estabilidade e conflitos jurídicos que fossem

prioritariamente individuais. Esses pressupostos estavam muito distantes da realidade brasileira (FARIA, 2004, p. 104).

Assim, o alargamento e o aperfeiçoamento do direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como a crença do Poder Judiciário como instituição de consagração do direito de acesso à justiça, como explica Boaventura de Souza Santos (2011, p. 30), criam uma expectativa que, posteriormente, é acompanhada da frustração gerada pelo problema da incapacidade do Poder Judiciário em lidar com toda essa demanda por efetivação de direitos. Nesse sentido, a EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, teve objetos bastante ambiciosos no aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro. Ribeiro (2008, p. 486) resume a EC nº 45/2004 a partir de uma medida de enfrentamento de três problemas centrais: (i) excessiva duração do processo; (ii) complexidade dos procedimentos judiciais; (iii) falta de transparência da prestação jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 já resguardava o princípio da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, mas a EC nº 45/2004 cuidou de, além de reafirmar as dimensões do direito fundamental de acesso à justiça, explicitar a dimensão da celeridade de um processo que alcança seu escopo de produzir um resultado justo.

Não basta ainda que o poder público dê garantias de amplo acesso à Justiça, conforme obriga a CF/88 (inciso XXXV do art. 5º). Seu dever é ministrar uma Justiça célere, dentro do que se considera um prazo razoável de duração do processo. E se o Judiciário não pode ainda oferecer essa necessária celeridade processual, o Estado não pode ficar inerte, sob pena de estar violando um mandamento constitucional. Deverá, assim, a esfera de poder público competente providenciar os meios que garantam a celeridade da tramitação processual (SILVA, 2006, p. 25).

Para tanto, além de consagrar o preceito fundamental da razoável duração do processo, também foram adotadas medidas de proporcionalidade entre a quantidade populacional e a quantidade de magistrados e tribunais, distribuição imediata das demandas, criação do Conselho Nacional de Justiça e sistema de plantão para garantir um funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional (RIBEIRO, 2008, p. 470).

De forma geral, as medidas promovidas pelo legislador após constituinte de 1988 permitem aferir que, enquanto na Constituição de 1988 houve uma nítida preocupação em declarar a proteção judicial e impedir que as atribuições do Poder Judiciário fossem arbitrariamente limitadas, resguardando normativamente esses preceitos, as reformas posteriores se

preocuparam com a dimensão empírica da efetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido, Ribeiro (2008, p. 470) explica:

Essas alterações introduzidas na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro têm como finalidade não apenas viabilizar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a qual se caracteriza pelo direito à informação; pelo direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; pelo direito à pré-ordenação dos 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.

Nesse sentido, ao dizer “[...] direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça [...]”, Ribeiro se alinha à compreensão formulada ao longo desta seção, de que o direito fundamental de acesso à justiça possui uma vinculação material que não depende apenas dos instrumentos e das regras processuais, mas também das condições sociais e políticas adequadas para a realização da tutela jurisdicional efetiva, ou seja, à efetiva proteção dos direitos fundamentais.

3.3 A FORÇA NORMATIVA CONCRETA E A VINCULAÇÃO MATERIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: DUAS HIPÓTESES DE TRABALHO

Ao longo desta seção, os métodos de concretização *strictore sensu* foram utilizados para permitir a primeira etapa do processo de concretização dos artigos pertinentes do ordenamento jurídico brasileiro para responder à pergunta sobre os fundamentos constitucionalmente adequados e inadequados de limitação de acesso do Estado (pessoas jurídicas de direito público) ao Poder Judiciário. Nesse sentido, tratou-se, no tópico 3.1, com a utilização dos métodos gramatical e sistemático, predominantemente, das pré-compreensões jurídicas do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal presentes na literatura especializada.

Com base nesse primeiro esforço, foi possível explicitar pré-compreensões de duas dimensões. A primeira refere-se ao fator tipológico do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, que, na condição de preceito fundamental, vincula-se materialmente à necessidade de promoção de direitos fundamentais. A leitura desse enunciado, junto com o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e as concepções contemporâneas de acesso à justiça, permitiram inferir que, por um lado, a tutela jurisdicional cumpre a função de servir de garantia do cidadão frente

ao Estado e, por outro lado, serve como diretriz geral para a resolução de qualquer conflito juridicamente relevante.

Nesse sentido, as pessoas jurídicas de direito público podem ser consideradas titulares do direito fundamental de acesso à justiça por causa do aspecto mais amplo do âmbito em que se insere o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Isso, no entanto, não autoriza uma relativização do direito humano à proteção judicial, cuja titularidade é exclusiva da pessoa humana.

As pré-compreensões advindas do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e do art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos devem se complementar:

Os direitos humanos estão intimamente relacionados à democracia e ao Estado de Direito: sem seu exercício prático, não há processo democrático nacional nem transnacional. E o direito subjetivo a democracia de todo o ser humano (quarta geração) baseia-se nos direitos humanos (MÜLLER, 2013, p. 137).

A segunda dimensão de pré-compreensões explicitadas a partir do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, foi sua vinculação à forma de Estado brasileiro que, nesse contexto, significa a vinculação desse enunciado ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, o enunciado sob análise reforça as atribuições do Poder Judiciário na promoção do princípio da legalidade e limita os poderes de interferência do Executivo e do Legislativo à atividade do Poder Judiciário.

A fim de aprofundar essas pré-compreensões, no tópico 3.2 foram utilizados outros métodos de interpretação *strictore sensu* (histórico, genético, e, mais uma vez, sistemático) para a formulação do programa normativo do preceito fundamental de acesso à justiça. Do ponto de vista histórico, observou-se que, desde sua primeira formulação, na Constituição Federal de 1946, o preceito tem como objeto romper com as interferências do Poder Executivo no Judiciário. Assim, percebeu-se que, historicamente, as duas dimensões das pré-compreensões apresentadas (o papel do Poder Judiciário no fomento dos direitos fundamentais e limitações constitucionais de interferência dos demais Poderes na atividade jurisdicional), caminham juntas no processo de afirmação histórica de direitos fundamentais no Brasil.

Para entender as peculiaridades desse tema no processo constituinte de 1988, foi utilizado o elemento de concretização genético para averiguar o processo de formulação do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A utilização desse método permitiu observar que os constituintes já estavam alinhados com uma concepção mais moderna de acesso à justiça

(tendo em vista que compreendiam questões jurídicas de direitos difusos) e buscaram, nesse sentido, uma cláusula ampla de garantia. Essa cláusula ampla de garantia veio acompanhada de uma série de garantias especiais, ou seja, de instrumentos processuais já assegurados na Constituição (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção etc.), e que visam à proteção dos direitos fundamentais nela resguardados. Por fim, observou-se que diversas medidas pós-Constituição de 1988 buscaram levar em consideração as condições empíricas para uma realização efetiva das atribuições do Poder Judiciário. A maior parte das medidas visou a aumentar a capacidade de processamento do Poder Judiciário e algumas buscaram incentivar meios de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário.

Levados esses pontos de vista auxiliares em consideração e, tendo explicitado a função de cada um deles nas pré-compreensões sobre os sentidos atribuíveis ao enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é possível formular, com auxílio do método teleológico, hipóteses sobre seu programa normativo. Cabe, nesse contexto, fazer uma ressalva sobre a utilização do método teleológico e a inserção de noções axiológicas no processo de concretização.

Os métodos gramatical, genético e histórico possuem lastro em fontes intersubjetivamente aferíveis na medida em que fazem referência a textos normativos (enunciados de lei), textos não normativos vinculados a textos normativos (atas de proposições e debates para a formulação do enunciado normativo) e documentos históricos. O método teleológico, por sua vez, não possui esse lastro. A ausência de um lastro intersubjetivamente aferível faz com que a utilização do método teleológico, seja, por vezes, mais propenso a atuar como

[...] uma bacia de confluência de valorações subjetivas ou ao menos subjetivamente mediadas de natureza referida ou não referida a normas, na sua totalidade de natureza preponderantemente determinada pela política do direito e da constituição ou pela política em geral. Com igual frequência ele serve de rótulo para tais pontos de vista materiais do âmbito da norma que normalmente se escondem por trás de clichês como “conformidade ao fim”, “praticabilidade”, atrás de ideias funcionalmente não esclarecidas sobre a “natureza da coisa”, a “essência do instituto jurídico”, a “consideração de dados sociais e políticos” ou através de outros expedientes (MÜLLER, 2000, p. 78, grifos do autor).

Nos termos da base teórica desenvolvida nesta tese em relação à racionalidade do Estado de Direito, o método teleológico é propenso para decisões de fundo irracional, que se estruturam em relações quase proféticas sobre a vontade do legislador ou do texto objeto da Constituição. Sendo assim, a Teoria Estruturante do Direito utiliza o método teleológico como um método racionalizador, que auxilia na formulação de hipóteses, mas é dependente dos outros métodos

de concretização. Ele é útil no esforço sintetizador de um esquema conceitual teórico que racionalize os diversos pontos de vista dos demais métodos de concretização em uma concepção global sobre a prescrição do ordenamento jurídico para o caso. No entanto, é preciso estar atento às seguintes observações de Müller:

A interpretação teleológica não é um elemento autônomo da concretização, já que pontos de vista de “sentido e finalidade” da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentabilidade com a ajuda dos outros elementos. A suposição de uma “*ratio*” que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização desqualifica-se enquanto “avaliação” ou “ponderação” subjetiva descolada da norma. Mas a pergunta pelo “sentido e [pela] finalidade” da norma concretizanda é um enfoque indagativo distinguível e com isso autônomo no trabalho com elementos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos, bem como com os elementos da concretização desenvolvidos além dos cânones. No seu quadro e sob seu controle o argumento a partir do “*telos*” da prescrição (via de regra ainda não satisfatoriamente implementada) pode oferecer adicionais pontos de vista auxiliares de boa serventia” (MÜLLER, 2000, p. 79, grifos do autor).

Da mesma forma, a Teoria Estruturante do Direito não deixa de reconhecer que, na concretização da norma jurídica, há presença de determinadas noções axiológicas. No entanto, esses “valores” não podem ser pontos de vista exclusivos ou independentes. Eles precisam se basear em uma abertura do programa normativo para tanto, bem como serem sustentados por outros métodos de concretização, tal qual ocorre com a interpretação teleológica¹⁰⁶ (MÜLLER, 2009, p. 248-249).

Feitas essas ressalvas, é possível argumentar, com o apoio dos resultados parciais alcançados pelos outros pontos de vista auxiliares, mediados pelos métodos de concretização gramatical, sistemático, histórico e genético, duas relações de “sentido e finalidade” para a norma preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A primeira finalidade a ser tratada como hipótese de programa normativo para o direito fundamental de acesso à justiça é fundamentada na sua condição de preceito fundamental e, nesse sentido, uma garantia de promoção de direitos fundamentais. Isso pôde ser observado tanto no primeiro grupo de pré-compreensões, quanto na formulação histórica do preceito nas diversas constituições brasileiras. No processo constituinte de 1988, essa vinculação material também ficou reforçada, não apenas de garantia geral do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, mas dos diversos instrumentos processuais já resguardados no corpo constitucional.

¹⁰⁶ Nas palavras de Müller (2009, p. 248-249) “A legitimidade jurídico-constitucional das concepções axiológicas pode, dessa maneira, ser inserida na concretização da norma de um modo mais passível de comprovação do que a partir de uma compreensão não-metódica da norma, que não trata a disposição legal nem como algo idêntico a seu texto literal e/ou como algo categoricamente separado do ‘fato’”.

A partir desses métodos de concretização, observa-se que o direito fundamental de acesso à justiça está envolto em um processo histórico de afirmação de direitos fundamentais, que se verifica tanto em nível nacional quanto internacional. Isso traz à baila a perspectiva de que o primeiro sentido atribuível ao programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça se insere em “[...] uma nova cultura jurídica humanista [...]”, em que se leva

[...] em consideração o complexo de princípios e valores característicos da sociedade em geral, vigentes em nossa época, cujo esforço coletivo, a partir de uma participação efetiva de todos os cidadãos, instituições e segmentos que compõem a totalidade da sociedade, possam implementar um Direito que realmente aproxime-se das reais dimensões humanistas do homem, na preservação incondicional da vida, da dignidade e da integridade da pessoa humana, visando ainda, à defesa do Direito como elemento de aglutinação, desenvolvimento e transformação social (FABRIZ, 1999, p. 242).

Sendo assim, pode-se formular como hipótese do programa normativo a percepção de que “o direito de acesso ao Poder Judiciário deve retroalimentar o direito fundamental de acesso à justiça”. A primeira aplicação dessa hipótese é que a atribuição de titularidade às pessoas jurídicas de direito público do direito de acesso à justiça só se justifica na medida em que auxiliar um quadro geral de efetivação de direitos fundamentais aos cidadãos. Com tal característica, complementam-se os sentidos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e defende-se que:

O direito de acesso democrático à jurisdição — função estatal de defesa da legalidade e proteção da cidadania — demanda que o Estado tenha compromisso com a realização dos direitos por meio de uma prestação jurisdicional adequada e independente, compromissada com a verdade e pronta a decidir pela justiça, mesmo que isso signifique decidir contra o próprio Estado. O compromisso do Poder Judiciário é com a Constituição e com as leis, e deve atuar para efetivar e proteger a ordem pública e a supremacia da Lei Fundamental (WANDERLEY JUNIOR, 2003, p. 24).

Também observado quando da utilização do método histórico e sistemático, o segundo grupo de pré-compreensões produzidas pelo método gramatical vincula o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, a uma proteção de separação de poderes. Essa segunda “finalidade” do enunciado auxilia a explicar porque ele não é idêntico à formulação presente em constituições estrangeiras ou em documentos internacionais, que disciplinam um direito fundamental à proteção judicial. No caso brasileiro, essa relação da cláusula de acesso à justiça na formulação linguística de uma “inafastabilidade da jurisdição” também tem, por razões históricas e políticas, a finalidade de evitar que se repitam casos em que o Legislativo ou Executivo buscam limitar a extensão das atribuições do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, como ocorreu com as Constituições Federais de 1937 e de 1967.

Assim, um dos sentidos atribuíveis à expressão “A lei não excluirá” surge na forma de um imperativo de respeito, por parte dos demais Poderes, à independência do Judiciário e às suas funções de resguardar direitos fundamentais e de controlar atos dos demais Poderes, o que não abarca o sentido de proibição da existência de limites racionalmente controláveis de acesso ao Poder Judiciário. Quando Müller sustenta a inarredável vinculação da Teoria Estruturante ao Estado Democrático de Direito, ganha relevo essa hipótese de sentido atribuível ao texto constitucional, consistente na afirmação da separação dos poderes como inibidora do arbítrio e garantidora dos direitos fundamentais. Por essa concepção, não se extrairia a norma de acesso irrestrito ao Poder Judiciário, abrindo espaço para uma investigação sobre a existência de fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado).

Ainda em relação a esse tópico, a formulação “inafastabilidade da jurisdição”, somada à observação da dinâmica legislativa na regulamentação do direito fundamental de acesso à justiça, permitiu inferir que o Poder Judiciário é considerado, tradicionalmente, o guardião principal da legalidade, mas que diversos fóruns de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário têm surgido para atender a gargalos de ordem empírica na efetividade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. Assim, a inafastabilidade do Poder Judiciário, proposta pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal em um ordenamento que, aos poucos, tem se tornado mais plural em relação à descentralização da atividade jurisdicional (para entidades públicas e privadas), faz sugerir, com um segundo sentido ou finalidade para o enunciado em análise, que cabe ao Poder Judiciário atribuir ou retirar validade desses diversos fóruns de resolução de conflitos, inclusive em relação a si mesmo, na medida em que ele pode averiguar se as condições para efetivação da justiça (que pode ser resumida pela aplicação do princípio do devido processo legal) são atendidas.

Em resumo, a utilização dos métodos de interpretação *strictore sensu* permite a explicitação das pré-compreensões que formam as duas hipóteses de trabalho sobre o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, quais sejam: (i) prerrogativa do Poder Judiciário para garantir o princípio da separação dos poderes e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pela avaliação do cumprimento da norma do devido processo legal; e (ii) necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça;

Com isso se cumpre, até este ponto, a primeira etapa do processo de concretização dos enunciados pertinentes para dar resposta à pergunta sobre “quais [são] os fundamentos constitucionalmente adequados para limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário”. Nesse sentido, buscou-se, por meio dos elementos de concretização, explicitar pré-compreensões jurídicas que envolvem o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e outros enunciados correlatos para, então, abduzir hipóteses sobre o sentido da norma jurídica referente ao direito fundamental de acesso à justiça.

As duas hipóteses propostas serão verificadas na quinta seção desta tese, de forma que serão analisados precedentes do STF para avaliar se elas são capazes de explicar e racionalizar seu comportamento jurisprudencial. Entretanto, antes dessa etapa de verificação, por se observar que a hipótese acerca da retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça possui uma dimensão empírica e materialmente vinculada, é necessário fazer uma investigação dos dados da realidade que são pertinentes para a concretização do seu sentido. A retroalimentação entre o acesso ao Poder Judiciário e o acesso à justiça só pode ser aferida na medida em que dados de outras ciências auxiliem a demonstrar o *modus operandi* do Poder Judiciário e das partes que nele estão em conflito.

Assim sendo, cabe à quarta seção desta tese indicar esses dados da realidade que são pertinentes para avaliar aquelas condições prejudiciais à retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e direito fundamental de acesso à justiça, principalmente no que tange ao comportamento do Estado (pessoas jurídicas de direito público) em juízo.

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA E A MOROSIDADE SISTÊMICA BRASILEIRA COMO COMPONENTE DO ÂMBITO NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A partir da adoção da Teoria Estruturante do Direito, apresentada na segunda seção desta tese, foi possível compreender que a norma jurídica é o resultado de um processo de concretização que une elementos linguísticos (programa normativo) e elementos da realidade (âmbito normativo). Além disso, com base na terminologia adotada pelo uso do pragmatismo, também foi identificado que toda tutela jurisdicional se constitui como processo de construção de uma crença que visa a solucionar uma dúvida (conflito).

A concretização da norma (crença), nesse sentido, tem a finalidade de criar um hábito para que a dúvida seja sanada e, com isso, possa gradualmente ganhar o *status* de verdade. Na seara jurídica a formulação de uma verdade permite uma uniformização do tratamento das demandas e prevenção de novos processos. Essa crença tem natureza intersubjetiva e, por isso, o seu processo de concretização precisa ser transparente, verificável e ser compatível com o quadro geral de outras crenças que formam o Estado Democrático de Direito brasileiro. Por conta disso, o processo de concretização adota uma metódica que incentiva a explicitação dos argumentos e pressupostos utilizados.

Coube apresentar, na terceira seção, as hipóteses sobre o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça. Nessa etapa, concluiu-se que, com base no texto constitucional de 1988, pode-se aferir que o direito fundamental de acesso à justiça não se confunde com o direito de acesso ao Poder Judiciário. Além disso, identificou-se que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 possui, por sua estrutura tipológica, um âmbito normativo parcialmente construído pelo próprio direito (como uma norma de competência) e parcialmente vinculado materialmente (como uma norma de direito fundamental).

Em relação à construção do âmbito normativo pelo próprio direito, propôs-se, como hipótese (hipótese 1), que o Poder Judiciário tem prerrogativa de garantir o princípio da separação dos poderes e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pela avaliação do cumprimento da norma do devido processo legal (como a mediação, arbitragem, autotutela e o próprio Poder Judiciário), pela aferição de observância do devido processo legal. Essa hipótese vem acompanhada da proposta de reformulação do entendimento sobre a regra de inafastabilidade do Poder Judiciário, reduzindo seu sentido.

Em relação à parte materialmente vinculada do âmbito normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, identificou-se que o direito fundamental de acesso à justiça exige, do sistema de justiça, uma situação geral de correção dos atos de violação de direitos fundamentais (ato de descumprimento de promessas legais). Ao relacionar essa compreensão com a função jurisdicional do Poder Judiciário, propôs-se, como hipótese (hipótese 2), a existência de uma normatividade concreta do direito fundamental de acesso à justiça que pode ser resumida na seguinte expressão: “necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário”. Isso significa que a evocação de acesso ao Poder Judiciário só é constitucionalmente adequada na medida em que representar mais acesso à justiça.

A hipótese 1, defendida na terceira seção da tese (prerrogativa para resguardar a separação dos poderes e a aplicação do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos), excluiu da Constituição Federal a compreensão segundo a qual são inconstitucionais quaisquer atos de desjudicialização de demandas. A hipótese 2 também possui a capacidade de legitimar atos de desjudicialização, mas, por ser materialmente vinculada, necessita da extração de dados da realidade relevantes para avaliar se o quadro de judicialização brasileiro impede a retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Conforme sustentado na apresentação da base teórica desta tese, os dados relevantes que compõem o âmbito do caso para a formulação de uma norma jurídica podem ser classificados em duas categorias. A primeira refere-se àqueles dados que completam o sentido do texto legal (como os dados antropológicos para o cumprimento do dever de proteção das culturas indígenas). A segunda abarca os dados que confrontam a normatividade concreta da constituição e, por isso, precisam ser alterados (por exemplo, os dados referentes à desigualdade de oportunidades de ingresso no ensino superior em relação ao direito fundamental de isonomia, com a conseqüente constitucionalidade das cotas étnico-raciais).

Assim sendo, cabe agora, nesta quarta seção, avançar na metódica de concretização da norma do direito fundamental de acesso à justiça para identificar quais dados da realidade são relevantes diante do programa normativo (hipótese 2) e constituem o âmbito da norma desse

direito¹⁰⁷. Em outras palavras, quais dados são relevantes para se aferir se a retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário está acontecendo ou não. Pode-se adiantar que se defende, nesta seção, que a morosidade sistêmica decorrente de um fenômeno de excesso de litigância é um dado relevante para a norma de direito fundamental de acesso à justiça e, nesse contexto, confronta-se com a normatividade concreta do programa normativo do texto constitucional (hipótese 2) e legítimas medidas que buscam inibir o excesso de litigância para afirmar a necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário.

As fontes de dados empíricos sobre a judicialização brasileira utilizadas são as pesquisas oficiais produzidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁰⁸, em que se destacam a participação da série de relatórios *Justiça em Números*, as pesquisas produzidas pela Advocacia-Geral da União (AGU)¹⁰⁹, como também aquelas produzidas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹¹⁰ como fonte governamental complementar; pesquisas produzidas pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB)¹¹¹, como fonte de dados produzidos por órgãos de classe, e pesquisas produzidas pela Fundação Getúlio Vargas

¹⁰⁷ Ao se recapitular as etapas do processo de concretização, tal qual descrito por Müller (2013), p. 125), pode-se alcançar a seguinte explicação: “O jurista, que precisa solucionar um caso de direito constitucional, parte, bem como em outras áreas do direito, das circunstâncias de fato, i.e., do tipo legal, que ele formula profissionalmente [*insight* que deu origem a este trabalho acadêmico e experiência do pesquisador para avaliar os aspectos preliminares de estudo relevantes para sua elaboração]. Com esses traços distintivos, ele constrói, a partir do conjunto de textos da constituição, hipóteses sobre o texto da norma, que ele pode considerar ‘provavelmente pertinentes’ segundo seu conhecimento especialização [terceira seção desta tese]. Dessas hipóteses ele chega aos fatos genéricos empiricamente vinculados a elas (ao lado dos fatos individuais do caso). O conjunto desses fatos genéricos, o âmbito material [*Sachbereich*], ele reduz, em regra, de trabalho [sic] ao âmbito do caso [*Fallbereich*], por razões de economia. Com ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza linguística, i.e., com ajuda dos dados linguísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o âmbito da norma [*Normbereich*] [quarta seção desta tese]. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente ‘em um caso como este’ [...]” [seção 6 desta tese] (MÜLLER, 2013, p. 125).

¹⁰⁸ São utilizadas as seguintes pesquisas produzidas pelo CNJ: *Justiça em Números 2017*, *Justiça em Números 2016*, *Supremo em Ação 2017*, *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*, *100 maiores litigantes 2010*, *100 maiores litigantes 2011*, *A execução fiscal no Brasil e o impacto no judiciário*.

¹⁰⁹ Dados sobre a litigância do Estado em juízo adquiridos por meio da Lei de Acesso à Informação (SERVIÇO DE INFORMAÇÕES AO CIDADÃO, 2018).

¹¹⁰ As pesquisas do IPEA utilizadas são: *Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal e Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*.

¹¹¹ Utilizou-se a pesquisa *O uso da justiça e o litígio no Brasil*.

(FGV)¹¹² e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)¹¹³ como centros de pesquisa independentes.

Em relação a essas fontes, é importante ressaltar que a utilização de seus dados ocorre de maneira crítica e sistemática. A utilização é crítica porque se observam algumas incompatibilidades de dados, muito provavelmente causadas porque cada fonte utiliza diferente banco de dados e diversos métodos de análise. A utilização é sistemática porque, a partir de uma leitura das diversas fontes, são encontrados denominadores comuns na análise de desempenho do Poder Judiciário. Isso visa a mitigar essas incongruências, de forma que, apesar de existentes ressalvas ao longo desta seção, não gerem prejuízo à análise do quadro geral da litigiosidade brasileira.

Tendo em vista que a série de pesquisas *Justiça em Números* é a principal fonte desta parte do trabalho, é preciso enfatizar duas críticas a seus dados. A primeira refere-se à má formulação do indicador “processos baixados” para fazer análises globais do Poder Judiciário, que não compreende apenas os processos em que houve a satisfação do direito pela tutela jurisdicional, mas abarca diversas etapas intermediárias do processo (como a mudança de fase processual, mudança ou alteração de instância de julgamento). A segunda crítica se refere à baixa correspondência entre os indicadores pesquisados pelo *Justiça em Números* e as metas de gestão judiciária propostas pelo CNJ. Por exemplo, a Meta 1 (julgar a mesma quantidade de processos de conhecimento que o número de novas ações que ingressaram em determinado ano) não enfrenta o principal gargalo do Poder Judiciário, que está na fase de execução, e também cria um cenário propício ao reforço desse gargalo, já que desloca a atenção do julgador para a fase de conhecimento dos processos. De qualquer forma, essas incompatibilidades são mitigadas pelo uso crítico e sistemático dos dados que, no conjunto, permitem aferir aquilo que se convencionou denominar, nesta tese, crise do Poder Judiciário, mormente em razão do excesso de demandas e da morosidade sistêmica.

A sistematização dos dados de desempenho do Poder Judiciário é realizada pela utilização dos seguintes indicadores: a) dados sobre litigiosidade no STF e nas instâncias inferiores, que compreendem os indicadores de (a.1) relação casos novos/baixados/estoque, (a.2) principais litigantes e suas taxas de sucesso; (a.3) tempo de duração de cada fase processual; (a.4) índice

¹¹² Foi utilizada a pesquisa *Supremo em Números*, da FGV.

¹¹³ A pesquisa utilizada intitula-se *Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa, ênfase nos processos de execução fiscal*.

de atendimento à demanda; (a.5) taxa de congestionamento do Poder Judiciário e das fases processuais, (a.6) carga de trabalho dos magistrados, (a.7) produtividade dos magistrados; b) dados sobre operadores do direito, que compreendem a relação entre a proporção advogados/magistrados e a taxa de congestionamento; c) dados sobre os custos do Poder Judiciário, que incluem (c.1) custo com estrutura e (c.2) custo com pessoal. Na medida da disponibilidade de dados, os resultados em relação a esses indicadores serão comparados com os resultados de Poderes Judiciários de outros Estados nacionais. Com base em uma leitura desse conjunto de indicadores, se propõe uma análise sistemática do desempenho do Poder Judiciário.

Nesta etapa, já se sabe que o Estado (compreendido, em sentido lato, todas as pessoas jurídicas de direito público) é um grande litigante e os reflexos dessa litigiosidade são também pesquisados. A partir desses indicadores, afere-se uma “crise do Poder Judiciário brasileiro”. Em outras palavras, significa que a morosidade sistêmica decorrente de um fenômeno de excesso de litigância não apenas confronta a normatividade concreta da Constituição Federal de 1988 no que se refere à necessidade de retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça, mas também que as medidas de reforma que buscam aumentar a capacidade de processamento do Poder Judiciário não têm dado soluções sustentáveis ao problema. Desde logo se ressalta que isso não significa argumentar que se pode utilizar a própria ineficiência do Poder Judiciário para legitimar medidas de desjudicialização. Nesse sentido, a comparação da realidade brasileira com a de Poderes Judiciários de outros Estados nacionais auxilia a inferência de que existe um problema estrutural, decorrente dos efeitos práticos de excesso de demandas, gerado por uma compreensão muito ampla de acesso ao Poder Judiciário.

Tem-se, então, que no item 4.1 discorre-se sobre dados gerais da crise do Poder Judiciário, tanto no STF quanto nas instâncias inferiores, e se apresentam as primeiras comprovações do excesso de demandas do próprio Estado. No item 4.2, apresentam-se as características desse excesso de demandas pelo Estado, enfatizando a desigualdade de forças no julgamento por teses jurídicas de seu interesse e enfatizando a ineficiência da execução fiscal. No item 4.3, apresenta-se a conclusão desta seção, em que se elencam os dados da realidade relevantes que negam a “necessidade de retroalimentação entre direito fundamental de acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário”, sustentando-se, como hipótese, que é constitucional a limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário para reestabelecer essa retroalimentação, cuja verificação se dará no teste de falibilidade já descrito na metódica, a ser realizado na seção 5, com a análise do *modus operandi* do STF.

4.1 UM DIAGNÓSTICO ACERCA DA LITIGIOSIDADE BRASILEIRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A série de relatórios *Justiça em Números* é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça com a finalidade de cumprir a sua competência constitucional de acompanhar e propor medidas administrativas pertinentes para resguardar a eficiência, a moralidade e os demais princípios administrativos na atuação do Poder Judiciário¹¹⁴. A primeira edição foi publicada em 2004, com base nas informações de 2003, e consistiu em um relatório enxuto, apenas com gráficos da situação do Poder Judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2004). Sua regulamentação veio a partir da Resolução nº 4, de 16 de agosto de 2005 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2005), quando foi criado o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, vinculado ao CNJ.

Apenas na Resolução nº 15, de 20 de abril de 2006, normatizou-se a lista de indicadores que são avaliados pelo *Justiça em Números*. Nessa oportunidade, ficaram estabelecidos os seguintes indicadores: a) insumos, dotações e graus de utilização; b) litigiosidade; c) carga de trabalho; d) taxa de congestionamento; e) recorribilidade e reforma das decisões; f) acesso à justiça; g) maiores demandas e participação governamental; h) atividade disciplinar; i) outros. O CNJ considerou como dados de litigiosidade aquela quantidade de casos novos nos diversos juízos e tribunais brasileiros, além do número de pessoas atendidas¹¹⁵. Já como indicador de acesso à justiça foram consideradas as informações relativas ao total de despesa com a assistência judiciária gratuita, conforme art. 20 da Resolução nº 15/2006 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2006). À época da elaboração desses dois indicadores (litigiosidade e acesso à justiça), compreendia-se por litigiosidade apenas o ingresso de novas demandas perante o Poder Judiciário e o indicador de acesso à justiça se limitava ao custo orçamentário de uma das medidas de combate ao obstáculo econômico para ingresso ao Poder Judiciário (assistência judiciária gratuita).

¹¹⁴ A edição de 2017 abarca dados da estrutura, dos recursos humanos e financeiros de 90 tribunais brasileiros, excetuando-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Conforme apresentado pelo próprio relatório: “A análise dos dados do Supremo Tribunal Federal foi realizada em um estudo à parte, na publicação Supremo em Ação, uma vez que a Corte Suprema não integra o rol de tribunais submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça. O primeiro relatório *Supremo em Ação*, que foi publicado em 2017, traz dados referentes ao período de 2009 a 2016 e está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>. Acesso em: 9 de setembro de 2017” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017b, p. 9).

¹¹⁵ No número de pessoas atendidas (PA) não eram consideradas as pessoas jurídicas de direito público, tal qual disposto no art. 16 da Resolução nº 15/2006.

Em 2009¹¹⁶, essa configuração de indicadores foi alterada, passando a ser distribuída da seguinte forma: a) insumos, dotações e graus de utilização; b) litigiosidade; c) acesso à justiça; e d) perfil de demandas. As questões estruturais e orçamentárias do tópico “a” foram subdivididas em “receitas e despesas” e “estrutura”. No tópico “litigiosidade”, foram agregadas as informações sobre a carga de trabalho, a taxa de congestionamento e a recorribilidade das decisões. O indicador sobre a participação do Estado e as maiores demandas se transformou em “perfil das demandas”. A atividade disciplinar deixou de ser apresentada. O indicador de acesso à justiça foi ampliado para abarcar a informação de assistência judiciária gratuita por 100.000 habitantes e o percentual de processos de justiça gratuita arquivados definitivamente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009). Ainda assim, observa-se que esse indicador continuou limitado frente ao conceito amplo de acesso à justiça¹¹⁷.

O indicador “litigiosidade” abarca tanto os dados em relação aos novos processos, quanto seu tempo de tramitação, bem como distribuição de trabalho entre os operadores do Poder Judiciário. Assim, por meio dele, podem ser acompanhados fatores de ingresso, permanência e saída das ações do Poder Judiciário, representando um indicador de aferição da judicialização brasileira. “Judicialização” tem sido um termo comumente utilizado nas produções acadêmicas e nas notícias sobre o universo jurídico¹¹⁸ e, por causa dos múltiplos sentidos com que é comumente utilizado, é preciso explicitar a compreensão de como é adotado nesta tese.

No Brasil, o debate público incorporou a expressão [judicialização da política] num sentido fortemente normativo e provocou proliferações dos seus sentidos. A produção acadêmica também apresenta fluidez no uso da expressão, a qual não se torna mais do que um nome que é tomado como ponto de partida para análises cujas perspectivas são bastantes divergentes (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 129-30).

O termo é lastreado na obra de Tate e Vallinder (1995), que utilizaram a dicotomia “judicialização da política” e “politização do direito” como expressões para ilustrar o processo de ampliação da participação do Poder Judiciário em questões de grande repercussão social, iniciado após a Segunda Guerra Mundial. Em algumas produções acadêmicas, utiliza-se apenas a nomenclatura “judicialização” para se referir à “judicialização da política”, como se o termo

¹¹⁶ Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009).

¹¹⁷ Conforme tratado terceira seção desta tese, a assistência judiciária gratuita é apenas uma das medidas para superação dos obstáculos econômicos à efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

¹¹⁸ Como exemplo, podem-se observar as seguintes manchetes: “Supersalários e judicialização da saúde: os temas para o CNJ em 2018”, na revista eletrônica *JOTA* (TEIXEIRA; LEORATTI, 2018); “A relativização da lei e a judicialização da política, hoje no Brasil”, veiculada no jornal *Folha de São Paulo* (SCHÜLER, 2018); “A judicialização da política e a politização da justiça”, no jornal *Estadão* (CHEMIM, 2017); “O auge da judicialização”, do jornal *O Globo* (PEREIRA, 2017), e “Judicialização e o direito à saúde”, no jornal *Valor Econômico* (CURY, 2017).

“judicialização” já remetesse imediatamente a esse processo de julgamento de questões altamente políticas no âmbito judicial. Luís Roberto Barroso (2012b, p. 24), por exemplo, afirma: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”. No mesmo sentido, Marcos Paulo Verissimo (2008), ao tratar da arquitetura constitucional a partir de 1988, expõe que

[...] o primeiro produto mais importante desse novo arranjo constitucional constituiu em uma espécie de “fuga” cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários. Esse processo, chamado globalmente pela alcunha de “judicialização”, que se torna cada vez mais prevalente na experiência nacional, não parece ter sido, ademais, um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional (VERÍSSIMO, 2008, p. 408, grifos do autor).

Importa para esta tese a explicitação de um sentido mais apropriado de judicialização, já que não é impossível compreender o objeto de estudo “desjudicialização” sem compreender seu antônimo. Além disso, a análise do funcionamento do Poder Judiciário em relação ao processamento de demandas não compreende apenas aquelas de grande repercussão social, mas também aquelas inúmeras demandas que interessam apenas às partes e que formam um todo relevante em relação à performance judiciária.

No exemplo das pesquisas do sociólogo Boaventura de Souza Santos (2011), casos de justiça dramática, que são aqueles que ganham muita repercussão social e midiática, apesar de ter influência na percepção social acerca do Poder Judiciário, não interferem muito no desempenho judicial cotidiano do órgão. Ao contrário, são os inúmeros casos de massa ou de rotina que formam quadros de morosidade sistêmica como o observado no Brasil.

Uma análise sociológica do sistema judiciário não pode assim deixar de abordar o desempenho judicial de rotina ou de massa. Apesar da sua reduzida notoriedade, quando comparado com os casos de justiça dramática, é a justiça de rotina que corresponde ao cotidiano do trabalho dos tribunais (SANTOS, 2011, p. 46).

A partir dessas considerações, o sentido de judicialização e desjudicialização a ser tratado nesta pesquisa abarca tanto os casos de justiça dramática quanto de justiça de rotina, já que é feita uma análise global do Poder Judiciário. Da mesma forma, judicialização não implica apenas os casos em que são apresentadas, ao Poder Judiciário, situações que desafiam a diferenciação funcional entre os poderes do Estado (como o caso de judicialização por inadimplemento de fornecimento de remédios, por exemplo) ou que impactam profundamente na cultura (como o

caso de aborto por deficiências patogênicas). O termo “judicialização” se apresenta como a submissão de determinado conflito à apreciação do Poder Judiciário.

A partir desse conceito, observa-se que os indicadores de litigância do relatório *Justiça em Números* do CNJ, à medida que relacionam os processos novos, baixados e estoque, que avaliam a carga de trabalho dos magistrados e sua produtividade e que se referem ao tempo de tramitação desses processos, tornam-se aptos como fonte de dados empíricos sobre a judicialização brasileira. Apesar disso, junto com as informações diretas acerca da judicialização, os dados indiretos, que auxiliam a diagnosticar o excesso de demandas que causam a morosidade sistêmica, também precisaram ser analisados.

As características — ou sintomas — que identificam os dados relevantes sobre o funcionamento do Poder Judiciário para a formação do direito fundamental de acesso à justiça, a serem apresentadas nesta seção, podem ser divididas em cinco temas. O primeiro tema é em relação ao fenômeno de crescimento exponencial das demandas judiciais após a Constituição de 1988, marco da redemocratização do Brasil e da inserção de diversos instrumentos para facilitação de acesso ao Poder Judiciário. Neste tópico, demonstram-se as consequências, em termos de quantidade de processos, que a compreensão tradicional da regra de inafastabilidade do Poder Judiciário gerou no STF após a Constituição Federal de 1988. Neste primeiro tópico, aproveita-se do conhecimento produzido pela academia em relação ao tema da cultura de litigância, da judicialização da política e do caráter compromissório do texto constitucional de 1988 para buscar explicações sobre a explosão de litigiosidade que marcou esse período.

O segundo tema é a incongruência do contínuo aumento do acervo de processos pendentes, em contraste com a alta produtividade dos magistrados brasileiros em relação ao contexto internacional. O cerne da questão está na incompatibilidade entre os números de produtividade do Poder Judiciário, que são muito elevados quando comparados internacionalmente, e a não diminuição do acervo processual, que continua crescendo. O terceiro tema é a análise do quadro dos operadores do direito (advogados e magistrados) e sua possível relação com a litigiosidade e a taxa de congestionamento. Pretende-se aqui, com ajuda de estudos realizados pelo CNJ, observar a relação que existe entre proporção da quantidade de advogados e magistrados no Brasil e o grau de congestionamento, para compará-la com a mesma relação em outros países do mundo com a finalidade de avaliar se ela é uma variável relevante para o cenário de excesso de litigiosidade.

O quarto tema é a discrepância de efetividade das etapas de conhecimento e de execução nos processos judiciais. O tópico correlaciona as funções do poder judiciário para resolver crises de certeza acerca das promessas legalmente estabelecidas e seu cumprimento. Assim, demonstra-se a importância da etapa de execução para efetivação do acesso à justiça. O quinto e último tema refere-se ao obstáculo em adotar-se medidas de aperfeiçoamento do Poder Judiciário que impliquem aumentar o seu custo, tendo em vista a parcela vultosa de recursos públicos que já é destinada a ele.

Esses cinco tópicos de análise do problema da morosidade sistêmica gerada pelo excesso de demandas são úteis para identificar as características do fenômeno a ser denominado “crise do Poder Judiciário brasileiro”, que pode ser resumida pelo contínuo acúmulo de trabalho, mesmo após os diversos esforços de aperfeiçoamento do sistema de justiça, que vem a integrar o âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça.

4.1.1 A cultura da litigância e o crescimento exponencial das demandas judiciais pela ampliação de acesso à Corte Constitucional após a Constituição Federal de 1988

Na terceira seção desta tese, no esforço de demonstrar a abertura para o acesso à jurisdição constitucional, foram apresentados os novos instrumentos processuais para assegurar os inúmeros direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Além de fortalecer o controle abstrato¹¹⁹ de constitucionalidade, uma série de medidas foi adotada, como a criação do mandado de injunção e o aumento do rol de legitimados para ingressar com ação de inconstitucionalidade.

Além disso, mostrou-se que essas inovações normativas cumpriram, também, uma função simbólica de expressar um clamor por direitos que ainda careciam de efetivação na sociedade brasileira. Parte desse processo resultou em uma expectativa de que o Poder Judiciário poderia

¹¹⁹ Com a finalidade de explicitar os conceitos utilizados nesta tese, repisa-se que foi adotada a mesma nomenclatura de Canotilho (2003), para quem o controle de constitucionalidade pode ser realizado “[...] por via incidental [...]”, quando ocorre no decurso de um processo comum “[...] e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto”; “[...] por via principal [...]”, naquelas situações em que “[...] mediante processo constitucional autónomo, junto de um Tribunal [...] com competência para julgar da desconformidade de actos — sobretudo normativos — de autoridades públicas”. Além disso, pode ser um controle abstrato de normas quando “[...] não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação por actos normativos contrários à constituição [...]” ou um processo concreto quando da “[...] operatividade prática à ideia da judicial *review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas” (CANOTILHO, 2003, p. 899-900).

servir como instrumento para materializar esse extenso rol de direitos e garantias proclamadas. Isso pode ser visto, por exemplo, quando Gisele Cittadino (2004) sustenta que:

Parece não restar dúvida de que o constitucionalismo “comunitário” brasileiro, especialmente no que diz respeito ao tema da jurisdição constitucional, luta por um Poder Judiciário cujo papel fundamental seja o de ajustar o ideal “comunitário” dos valores compartilhados à realidade constitucional. Esperam do Judiciário uma ação de inclusão dos excluídos, “concretizando o sistema de direitos constitucionais”, para eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira (CITTADINO, 2004, p. 68, grifos da autora).

Da mesma forma, Piovesan e Vieira (2006, p. 146) reforçam tal reflexão ao afirmarem que:

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do “empowerment” da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo. Há de se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um “locus” de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

Com esses exemplos se observa que a mudança paradigmática¹²¹ proposta na Constituição Federal de 1988 não apenas culminou em um processo de constitucionalização do direito, compreendido como “[...] efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico [...]” (BARROSO, 2012a, p. 32), mas também pôs em evidência o Poder judiciário.

Os padrões de atitudes que orientam o relacionamento dos jurisdicionados com as instituições do Estado, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 39) denominam “cultura jurídica”¹²². Dessa expressão, cuja origem remonta à discussão de fenômenos de explosões de litigiosidade nos EUA e na Itália na década de sessenta (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 39), deriva-se a ideia de “cultura de litigância”, para significar um fenômeno de propensão à judicialização de conflitos vistos em determinadas sociedades.

¹²¹ O termo “paradigma” retoma a obra *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas S. Kuhn (1998), que utiliza o vocábulo para se referir às “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1998, p. 13). *Mutatis mutantis*, o conceito de paradigma de Kuhn se aproxima em muito de um conjunto de crenças que orientam determinada área do saber, quando se utiliza crença no sentido de Charles Sanders Peirce (Cf. seção 2 desta tese).

¹²² Nas palavras dos autores: “A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 39).

No caso brasileiro, por exemplo, parte da literatura especializada (LUCENA FILHO, 2012, p. 59) trata da existência de uma “cultura de litigância” de base “multifatorial”, em que se destacam, como exemplos, um ensino jurídico de formação voltada à judicialização e uma produção legiferante desornada e complexa. Além disso, a observação dos exemplos trazidos à discussão são indícios de que, tal qual defendido por Mancuso (2015, p. 57), o Poder Judiciário é visto como meio para a consolidação da cidadania.

Todavia, esse não é um fenômeno apenas brasileiro. As pesquisas de Tate e Vallinder (1995) sugerem que se trata de um fenômeno global, motivado pela estrutura das cartas constitucionais após a Segunda Guerra Mundial. Assim, são observados casos de judicialização da política salarial dos Poderes Judiciários italiano e estadunidense (TATE; VALLINDER, 1995, p. 181-203), de decisão sobre a mudança ou não da capital sul-coreana por sua Corte Constitucional (PARK, 2008, p. 84-85) e de decisão, pela Corte Constitucional colombiana, de obrigar o Estado a editar nova lei sobre a política de financiamento para habitação (YEPES, 2007, p. 59-60).

Outra bibliografia que contribui para a análise do panorama acerca do processo de aumento de judicialização nas democracias modernas é a obra de Otto Pfersmann (2014), professor catedrático da *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, que dedica grande parte de seu trabalho ao estudo do direito comparado¹²³. Ao estudar os modelos do Poder Judiciário da Alemanha, Áustria, Espanha e França, Pfersmann (2014, p. 149) sugere alguns parâmetros conceituais para sustentar a tese de que as cortes constitucionais em que o acesso é muito amplo tendem a não conseguir processar a demanda, ou seja, sugere que o Poder Judiciário tem limitações próprias em relação ao grau de produtividade que não podem ser ignoradas. Esses modelos conceituais se referem à natureza da atividade exercida pela Corte Constitucional, no âmbito de atuação da sua atividade e seu arranjo institucional. Em relação à natureza da atividade exercida, Pfersmann (2014, p. 142) considera que existem sistemas corretivos e sistemas preventivos. A concepção corretiva do Estado de Direito considera que

[...] se existe uma norma que torna obrigatória, permitida ou proibida outra coisa daquilo que a norma que regulamenta a produção lhe permite prever [geralmente a constituição], então um procedimento jurisdicional deve permitir a sua eliminação do sistema (PFERSMANN, 2014, p. 142).

¹²³ Não se ignora o fato de que Otto Pfersmann, no que tange à teoria e filosofia do Direito, adota uma posição positivista. Por isso, houve o cuidado de selecionar apenas aquelas ideias apresentadas em sua produção de direito comparado, que não depende de vinculação a esse posicionamento jus-filosófico.

O modelo corretivo se contrasta com o modelo preventivo, em que não existem medidas judiciais para retirar do sistema a norma produzida erroneamente, mas medidas para prevenir que normas inconstitucionais adentrem o ordenamento jurídico (PFERSMANN, 2014, p. 142).

Esses modelos também podem se mesclar. Sabendo que o modelo corretivo possui diversas características próprias em cada Estado Nacional, Pfersmann (2014, p. 142) propõe, em relação ao âmbito de atuação de sua atividade, uma gradação do que ele chama de “compreensividade” do sistema jurídico. Um modelo fortemente compreensivo é aquele modelo corretivo o qual permite que a maioria dos fatos juridicamente relevantes possa ser submetida à correição judicial. Já em um modelo pouco compreensivo, apenas alguns fatos juridicamente relevantes são passíveis de serem submetidos ao judiciário. Pfersmann (2014) exemplifica que

[...] o sistema espanhol inclui o controle dos atos jurisdicionais, mas exclui aquele de regulamentos e das leis; o sistema austríaco inclui os atos administrativos, as leis, os regulamentos e os tratados, mas exclui os atos jurisdicionais; o sistema alemão inclui “todo ato de potência pública” e apresentar-se-á, nesse ponto de vista, como o mais compreensivo (PFERSMANN, 2014, p. 141, grifo do autor).

Em decorrência da própria função corretiva, Pfersmann (2014, p. 152) explica que esses modelos tendem a adotar, também, um arranjo institucional próprio. Assim, denomina “monomicrodicástico” aquele órgão jurisdicional composto por poucas pessoas e que exerce sua atividade com julgamentos em plenária. Por outro lado, um órgão jurisdicional é “policástico” quando composto por outras subconfigurações, como as câmaras, turmas ou seções. Por fim, o órgão pode adotar um arranjo “macrodicástico” se contém um grande número de pessoas. Um arranjo institucional de tipo “monomicrodicástico” é visto como interessante para o sistema corretivo, porque estimula um tratamento uniforme das decisões. Assim, em diversas experiências constitucionais, inclusive a brasileira, as cortes constitucionais adotam esse arranjo institucional.

Ocorre que Pfersmann (2014, p. 149) observa que as cartas constitucionais que atribuem à Corte Constitucional uma atividade corretiva, fortemente compreensiva e sob um arranjo “monomicrodicástico”, estimulam um excesso de demandas que impede a própria realização desses comandos constitucionais. “Os tribunais corretivos estão todos numa situação de asfixia estrutural que ainda não atingiu seu ponto mais alto, mas que transforma pouco a pouco o sistema de proteção jurídica” (PFERSMANN, 2014, p. 149). Ele chama esse fenômeno de paradoxo entre “[...] os instrumentos orgânicos concretos da realização do Estado de Direito

compreensivo [...]” e “[...] as limitações deste mesmo Estado de Direito [...]” (PFERSMANN, 2014, p. 143).

Exemplificar-se-á nesta tese com o caso brasileiro. A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo que permite ao Supremo Tribunal Federal revisar, à luz da Constituição (atividade corretiva), tanto decisões de instâncias inferiores do Poder Judiciário quanto a legislação em vigor (fortemente compreensivo). Também compôs essa Corte com poucos magistrados e privilegiou decisões plenárias (arranjo monomicrodicástico). Tudo isso com o objetivo de garantir efetividade de direitos fundamentais e uniformidade no tratamento das decisões. Além disso, a Constituição Federal de 1988 também ampliou o rol de legitimados para propor ações de controle abstrato dos atos legislativos e dispôs poucas condicionantes para o jurisdicionado requerer o controle concreto de decisões judiciais de instâncias inferiores.

Pfersmann (2014, p. 143) sustenta que esse modelo é estruturalmente impossível de ser efetivado, de forma que pelo menos uma das características do modelo precisará ser relativizada. Para mantê-lo fortemente compreensivo, a Corte Constitucional precisará calcular o tempo que possui para julgar cada processo com base no tamanho da demanda, mas isso é impossível para um sistema que permite um amplo acesso e poucos julgadores que precisam julgar em conjunto.

Sendo assim, Pfersmann (2014, p. 149) constata que, na prática, os modelos de Corte Constitucional tal qual formulados pelo processo constituinte brasileiro de 1987 são obrigados à alteração, mesmo que de modo informal. Segundo ele, a tendência é ocorrer um “[...] enfraquecimento e ‘aleatorização’ do Direito Fundamental acessório de recorrer; abandono progressivo do princípio monomicrodicástico; [e] manutenção ideologicamente enfraquecida do Estado de Direito compreensivo corretivo” (PFERSMANN, 2014, p. 149, grifo do autor).

A aleatorização do Direito de recorrer advém da observação feita por Pfersmann (2014, p. 149) ao comportamento dos tribunais, que, para conter a demanda de ações a eles submetidas, não utilizam apenas as regras de admissibilidade, mas criam “filtros” próprios, que se baseiam em

muito na discricionariiedade do julgador¹²⁴. No caso brasileiro, aquilo que ficou chamado de “jurisprudência defensiva”¹²⁵ é um exemplo disso.

Em relação ao abandono do arranjo monomicrodicástico, Pfersmann (2014, p. 150) sugere que o acesso irrestrito às cortes constitucionais faz com que tribunais pretensamente “monomicrodicásticos” se tornem “polidicásticos”, ou seja, precisam se dividir em seções, câmaras ou turmas para conseguir atender à demanda (PFERSMANN, 2014, p. 150-151). Um claro exemplo desse fenômeno no contexto brasileiro foi a Emenda Regimental nº 45, de 10 de junho de 2011 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011), ao alterar para as turmas do STF competências que antes eram destinadas ao plenário¹²⁶.

Já a crítica em relação ao enfraquecimento da ideologia do modelo compreensivo refere-se à incongruência que gradualmente passa a surgir entre o professado no texto constitucional (que sugere um modelo de jurisdição constitucional forte) e sua performance prática, que não atende aos comandos constitucionais (PFERSMANN, 2014, p. 151). Ao tratar do enfraquecimento da ideologia nos casos alemão e espanhol, declara Pfersmann (2014, p. 151):

Esses dois deslizes progressivos [aleatorização do direito de recorrer e abandono do arranjo monomicrodicástico] coexistem com a manutenção dos textos constitucionais fundadores, prometendo sempre, principalmente nos casos alemães e espanhóis, um Estado de Direito integralmente compreensivo e um Direito Fundamental acessório ao recurso em princípio inalterado. Assistimos assim a modificações que não são claramente assumidas na formulação das normas constitucionais. Ora, os problemas vindos da incompatibilidade entre as exigências dos aspectos diferentes do Estado de Direito não vão obviamente diminuir, mas ao contrário aumentar até atingir novos limites de não funcionamento. Haverá, contudo, um contraste cada vez mais importante entre a afirmação do princípio compreensivo e o perfil concreto do Estado de Direito.

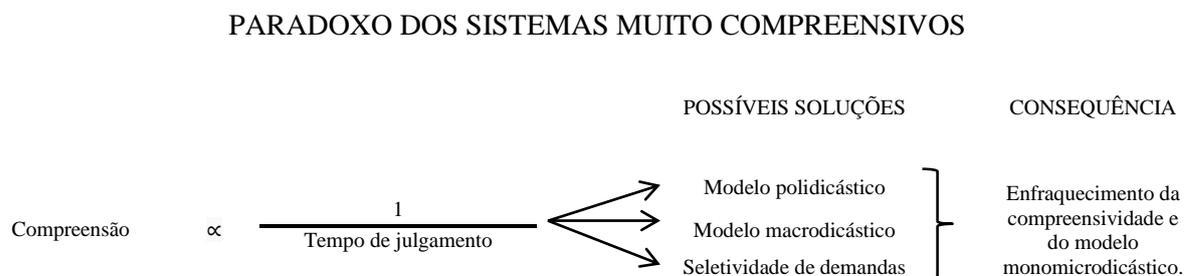
¹²⁴ A partir dessa crítica, vale a pena frisar que um dos objetivos desta tese é identificar quais “filtros” (ou fundamentos constitucionais, nos termos aqui usados) são constitucionalmente adequados e quais não são, estabelecendo parâmetros para evitar a aleatoriedade no acesso ao Poder Judiciário.

¹²⁵ Por ocasião de seu discurso de posse no cargo de Presidente do STJ, o Min. Humberto Gomes de Barros (2008) conceituou jurisprudência defensiva como aquela interpretação da lei “[...] consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos” (BARROS, 2008, p. 24). Exemplos são a Súmula 115 do STJ e a súmula 418, que consideravam “[...] inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Ambas as súmulas foram alteradas com a promulgação dos art. 76, 932 e 553, parágrafo único, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Já a súmula 7 do STJ, em que ficou estabelecido que “[...] a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, criou forte limitação à jurisdição extraordinária e continua em vigor.

¹²⁶ Uma das justificativas para a aprovação dessa Emenda foi a busca por celeridade dos processos que tramitam no STF, concordando com a realidade de congestionamento das cortes constitucionais, tal qual disposto por Pfersmann. Nesse sentido, cf. *Emenda Constitucional amplia competência de turmas no STF* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Esse paradoxo estrutural gerado pelo modelo corretivo e compreensivo de jurisdição nas cortes constitucionais pode ser representado da seguinte forma (LARANJA; FABRIZ, 2017, p. 2017)¹²⁷:

Figura 1 – Paradoxo dos sistemas muito compreensivos



Fonte: Laranja e Fabriz (2017).

Ao descrever a representação, diz-se que existe uma proporção inversa entre o grau de compreensão do sistema constitucional e o tempo para julgamento de cada um dos processos. Como forma de não gerar um colapso do sistema em decorrência da alta demanda, o comportamento das cortes constitucionais se altera para permitir uma seletividade das demandas, descentralizar o órgão em turmas ou seções e ampliar o número de julgadores ou delegar a auxiliares a maior parte do trabalho. Com a adoção de qualquer uma dessas medidas, o modelo professado constitucionalmente, de um sistema fortemente compreensivo e monomicrodicástico, é enfraquecido.

No caso brasileiro, dados sobre a carga de trabalho do STF indicam que houve mudanças significativas no que tange ao grau de acesso dos jurisdicionados a essa Corte, o que se coaduna com a apreensão de Pfersmann (2014) a respeito dos modelos corretivos de jurisdição constitucional quando fundamentados em uma compreensão irrestrita de acesso à justiça constitucional. Além disso, o perfil dos demandantes indica que, no caso brasileiro, o Estado é o principal agente causador dessa exacerbação de demandas.

Dados produzidos pela FGV (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 20-22) sugerem que o Supremo Tribunal Federal se comporta, desde 1988, como três tribunais distintos dentro

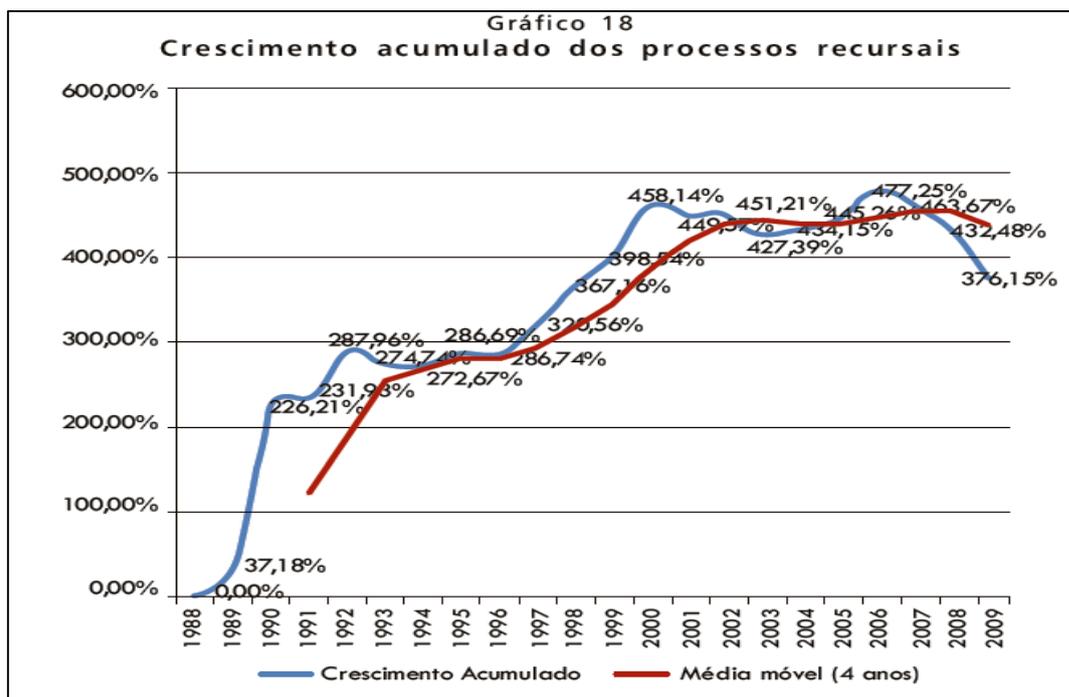
¹²⁷ Na primeira publicação dessa representação, no artigo “Constitucionalismo e razão tupiniquim: uma leitura interdisciplinar dos problemas para uma teoria constitucional brasileira” (LARANJA; FABRIZ, 2017, p. 2017), era mencionado como consequência do paradoxo o “enfraquecimento da compreensividade”. Já naquela oportunidade, era intenção fazer referência ao modelo como um todo (compreensividade e arranjo monomicrodicástico), mas isso não ficou explicitado. Por isso, aproveita-se a oportunidade do tema para, nesta tese, aperfeiçoar a representação desse paradoxo.

uma mesma instituição. O STF abarcaria uma Corte Constitucional, uma corte ordinária e uma corte recursal.

Por Corte Constitucional, os autores fazem referência à forma com que o STF lida com os processos de controle de constitucionalidade em sede abstrata, abarcando as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ações Diretas de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), os Mandados de Injunção (MI) e as Propostas de Súmula Vinculante (PSV). Por corte recursal, entendem o julgamento dos feitos relativos ao controle concreto de constitucionalidade (os Agravos de Instrumento e os Recursos Extraordinários). Por último, a menção à corte ordinária é uma categoria subsidiária, que abarca todos os julgamentos que não tratam de demandas recursais ou de controle abstrato de constitucionalidade (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 19-20).

Por meio dessa classificação, observa-se que o crescimento exacerbado de demandas perante o STF não ocorreu de forma homogênea entre essas três características, mas um crescimento desequilibrado, em que as demandas de natureza recursal representaram 91,69% de todo o trabalho da Corte entre os anos de 1988 e 2009 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 21). Portanto, contribuição importante da pesquisa de Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 55) é demonstrar como a Constituição Federal de 1988 impactou o aumento de recursos perante o STF, na forma do Gráfico 1 a seguir.

Gráfico 1 – Crescimento acumulado dos processos recursais



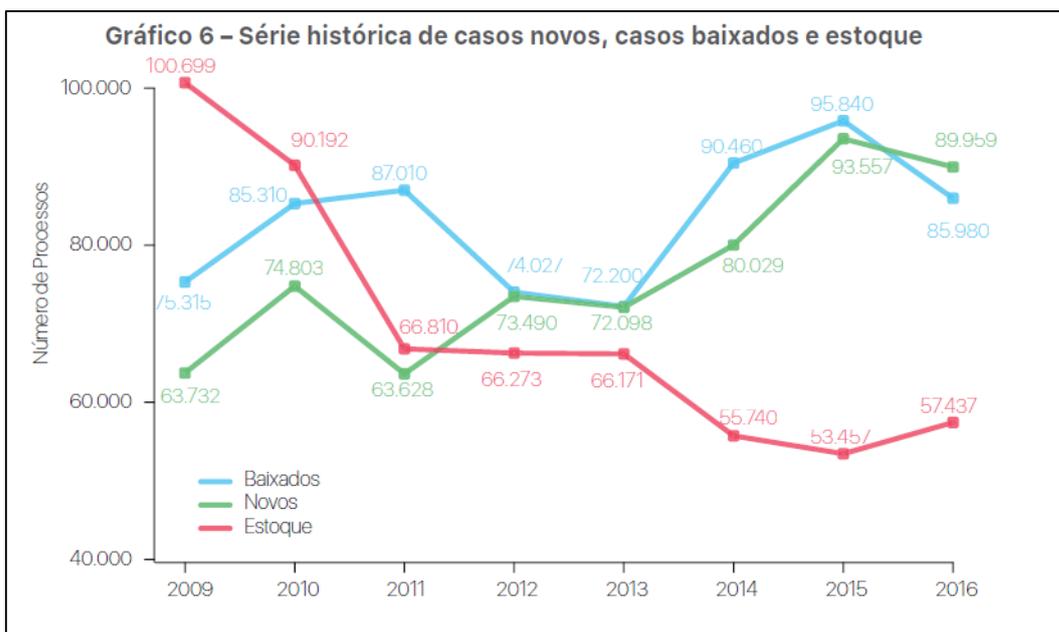
Fonte: Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 21).

Nota: Reprodução do Gráfico 18 do Relatório *Supremo em números*.

Observa-se que, no período 1988-1993, a taxa de crescimento de novos recursos extraordinários e agravos de instrumento subiu exponencialmente. Esse ritmo de crescimento foi amenizado no período 1993-1996, mas voltou a se intensificar após esse período até 2009, último ano analisado pela FGV. O período 2009-2016 foi analisado pelo Conselho Nacional de Justiça (2017b, p. 19). Segundo o Conselho, os Recursos Extraordinários, os Agravos de Instrumento e os Recursos Extraordinários com agravo representaram 85,78% das demandas apresentadas ao STF, o que confirma a preponderância quantitativa da função recursal desta Corte. Já em relação à quantidade de processos pendentes de julgamento, as mudanças propostas pela EC nº 45, de 2004, quando foram instituídos o pré-requisito de repercussão geral e a súmula vinculante, impactaram drasticamente o número de processos. Somadas à jurisprudência defensiva, as alterações legislativas no processo extraordinário permitiram uma diminuição expressiva do estoque dos recursos no STF.

No relatório produzido pelo CNJ, que abarca o período 2009-2016, indica-se que o estoque de casos perante o STF caiu, no período, de 100.699 processos para 57.437. o Gráfico 2, que reproduz o “Gráfico 6” produzido pelo CNJ, permite demonstrar como se deu a relação entre casos novos, casos baixados e estoque:

Gráfico 2 – Série histórica de casos novos, casos baixados e estoque



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017b, p. 35)

Nota: Reprodução do Gráfico 6 do Relatório *Supremo em Ação 2017*.

Tal qual esperado, a relação entre casos novos, baixados e estoque indica que, toda vez que o número de processos baixados é maior que o número de processos novos (como no período 2009-2010), a tendência é que o estoque diminua. Quando o número de processos baixados é inferior (período 2015-2016), o acervo tende a aumentar. Da mesma forma, quando casos novos e produtividade são semelhantes, o acervo tende a se manter (período 2012-2013). Essa é a expectativa de comportamento gerada em qualquer análise no Poder Judiciário, visto que esse método (casos novos, baixados, estoque) também é aplicada aos relatórios *Justiça em Números*, que avaliam o desempenho dos demais órgãos do Poder Judiciário. Apesar disso, essa tendência não se confirma nas instâncias abaixo ao STF. Isso faz com que se crie a inusitada situação em que, apesar dos indicadores utilizados informarem que o Poder Judiciário consegue baixar a mesma quantidade de casos que recebe anualmente, o número de processos pendentes aumenta, cujas causas serão adiante explicitadas.

Outro importante índice apresentado por Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 21) é a participação do Estado nos feitos de natureza recursal. Ao todo, as pessoas jurídicas de direito público ocupavam 90% da rotina do STF com recursos, em que os cinco maiores litigantes, no período 1988-2009, foram, nessa ordem, a Caixa Econômica Federal, a União, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Estado de São Paulo e o Banco Central do Brasil.

As mudanças realizadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foram muito positivas. Reduziram muito os processos recursais, mas estes estão se estabilizando em patamares ainda bastante elevados (mais de 30 mil casos ano). Os números ainda estão além da capacidade de julgamento do Supremo, e não podem afirmar que, para os cidadãos, seu efeito tenha sido positivo, com efetiva redução do número de etapas e do tempo até o trânsito em julgado desses casos. É preciso pensar em novas mudanças, em especial no que toca aos processos recursais. Mas essas mudanças, tendo em vista os dados aqui apresentados, devem atentar para o perfil dominante desses processos: o maior responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 70).

Isso demonstra que o crescimento de demandas perante o STF não é homogêneo entre as diversas classes processuais e entre os variados litigantes. Pelo contrário, o crescimento decorre de um aumento de carga de trabalho nos processos em fase recursal e contam, em sua maioria, com o Estado como litigante. Além disso, chama-se a atenção para o fato de que as medidas de contenção de recursos processuais (como a repercussão geral e a súmula vinculante) não levam essa peculiaridade em consideração, mas geram filtros gerais, que afetam tanto o Estado, como maior litigante, quanto ao cidadão.

O “Gráfico 6”, produzido pelo CNJ, também informa que a linha “tendência da quantidade de casos novos perante o STF” ainda é crescente e a redução do estoque ocorre porque a produção também é alta. Assim, ao contrário de outras cortes constitucionais do mundo, o STF também se submete à exigência de julgar tantos casos quanto lhe forem submetidos.

A título de comparação, a Suprema Corte norte-americana recebe cerca de 7 mil processos ao ano e julga aproximadamente 100. O Supremo Tribunal Federal, até 2007, estava recebendo e julgando mais de 100 mil. Fica claro que a agilidade decisória do Supremo não se resolve apenas imprimindo maior velocidade dos processos, mas pressupõe, antes, maior seleção dos casos que ali podem chegar (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 58).

Esse pensamento de Falcão, Cerdeira e Arguelhes é interessante porque diferencia agilidade decisória e velocidade nos processos. A longo prazo, manter-se adaptado a uma demanda crescente de recursos mostra-se insustentável e retira a atenção da Corte dos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Os dados estatísticos apresentados sobre a jurisdição constitucional no STF demonstram que o processo constituinte de 1988 deu respaldo para um excesso de demandas na Corte Constitucional brasileira que consistem, primordialmente, de revisões acerca da constitucionalidade de decisões proferidas pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário. Constatou-se que a maior parte daqueles que questionam a constitucionalidade do entendimento das instâncias inferiores é de pessoas jurídicas de direito

público e que as alterações propostas para aperfeiçoar o desempenho do Poder Judiciário (principalmente com a EC nº 45/2004) não levaram essa anomalia em consideração.

Esse quadro demonstra que a ampliação desproporcional de acesso ao STF e a desconsideração da participação das pessoas jurídicas de direito público como um grande litigante são dados empíricos que confrontam a normatividade concreta da Constituição e não dão efetividade à “necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário” (hipótese 2 para o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça). Além disso, observa-se uma deturpação do direito de ação por parte do Estado que, na condição de grande litigante, obsta a efetividade geral do direito de acesso à justiça dos demais jurisdicionados. Nesse sentido, o acesso à justiça, que deveria servir de garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, é utilizado para negar efetividade de direitos fundamentais.

Tendo apreendido essas informações, a tese volta-se agora para a análise do desempenho das instâncias inferiores do Poder Judiciário. Procura-se, então, demonstrar que a relação “casos novos, baixados e estoque” é diferente da que ocorre no exemplo do STF, criando uma incongruência entre a alta produtividade do Poder Judiciário brasileiro e o crescimento do acervo de processos pendentes de julgamento nessas instâncias.

4.1.2 A incongruência entre a alta produtividade do Poder Judiciário brasileiro e o crescimento do acervo de processos pendentes de julgamento

No tópico anterior, demonstrou-se como as mudanças propostas pelo constitucionalismo de 1988, no que tange ao acesso à jurisdição constitucional, propiciou um crescimento exponencial das demandas submetidas ao STF, reforçando a tese do paradoxo entre uma ampliação do acesso à jurisdição constitucional e sua impossibilidade fática de ser concretizada.

Além disso, retratou-se a relação dos dados referentes aos casos novos, aos baixados e ao estoque, que se comporta conforme o esperado. Isso quer dizer que sempre que o número de processos baixados é maior que o número de processos novos, o estoque diminui. Trata-se de situação diferente do que ocorre nas instâncias inferiores em que, embora a relação casos novos, baixados e do estoque possua características semelhantes às do STF, não se consegue baixar os casos pendentes, cujo crescimento, ano a ano, leva a se considerar haver instalada, no Poder Judiciário, uma crise sistêmica de congestionamento e morosidade. No decorrer deste tópico, são apresentadas as causas desse fenômeno.

Uma vez que a série de relatórios *Justiça em Números* é a única fonte de informações gerais sobre o Poder Judiciário e seus relatórios só começaram a ser publicados a partir de 2004, não existem, na literatura especializada ou em fontes oficiais, dados seguros sobre o desempenho geral do Poder Judiciário entre o período de 1988-2003. Explicada a partir dos dados de 2003, a incongruência entre a alta produtividade do Poder Judiciário brasileiro e sua dificuldade em lidar com o estoque pode ser apresentada com base em quatro indicadores que compõem o tema “litigiosidade” do relatório *Justiça em Números*. São selecionados, para tanto, (“a”) Índice de Produtividade de Magistrados, (“b”) Índice de Carga de Trabalho de Magistrados, (“c”) Taxa de Congestionamento e (“d”) Índice de Atendimento à Demanda (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 10).

Tanto o Índice de produtividade de Magistrados (“a”) quanto o de Carga de Trabalho (“b”) possuem diagnósticos de desempenho voltados para a individualidade desses operadores. Assim, a carga de trabalho de Magistrados é utilizada pelo CNJ para aferir a “[...] média de trabalho que cada magistrado [...] tinha para lidar durante o ano-base” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p.64) e o índice de produtividade “[...] revela o número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 70).

Já os outros dois índices de desempenho, Taxa de Congestionamento (“c”) e Índice de Atendimento à Demanda (“d”), embora correlacionados com os demais, não possuem uma dimensão individualizada dos operadores, mas apresentam um panorama geral do desempenho do Poder Judiciário. A Taxa de Congestionamento (“c”) é o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou. Na forma apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça (2011b, p. 36), ela consiste em “[...] um indicador que dimensiona o nível de dificuldade dos tribunais em lidar com seu estoque de processos, representada pelo percentual de represamento dos casos, novos ou antigos, pendentes de solução”.

A Taxa de Congestionamento (“c”) tem a função de calcular a efetividade do Poder Judiciário de solucionar os casos em um determinado período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o acervo pendente de processos ao final do período anterior. Por exemplo, ela será 0% no caso ideal em que todos os processos pendentes foram baixados e será 100% no caso em que nenhum processo pendente for baixado. Em termos matemáticos, a equação usada para se medir a taxa de congestionamento representa, em

percentual, a razão (divisão) do total de processos judiciais baixados pela soma do total de processos novos com o total de casos pendentes. Ela é expressada pela seguinte fórmula matemática (1):

$$TxC = 1 - \left(\frac{\text{Total de processos judiciais baixados}}{\text{Total de casos novos} + \text{Total de casos Pendentes}} \right) \quad (1)$$

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.¹²⁸

Outro indicador utilizado pelo CNJ para aferir o nível de desempenho do judiciário brasileiro é o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) (“d”). Seu papel é identificar se o Poder Judiciário conseguiu dar vazão à mesma quantidade de processos que ingressou no ano-base. Diferentemente da taxa de congestionamento, não há preocupação com a solução dos casos pendentes de forma direta, mas sim com a solução do maior número possível de processos, sem considerar o tempo de tramitação no judiciário. O Conselho Nacional de Justiça (2017a, p. 74) conceitua esse indicador da seguinte forma: “O IAD [...] reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados. Quando o índice é inferior ao patamar de 100%, há aumento no número de casos pendentes”. Em termos matemáticos, a taxa percentual do índice de atendimento à demanda pode ser representada da seguinte maneira: total de processos baixados no ano-base dividido pelo total de processos novos no ano base, representado pela Fórmula 2 a seguir:

$$IAD = \left(\frac{\text{Total de processos baixados no ano base}}{\text{Total de processos novos no ano base}} \right) * 100 \quad (2)$$

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.¹²⁹

Compreendidos esses indicadores, podem ser apresentados os dados que permitem demonstrar a incongruência entre a produtividade e o acúmulo de trabalho pelo Poder Judiciário. No ano de 2009, a carga de trabalho dos magistrados foi de 5.525 processos, demonstrando que, durante aquele ano, cada juiz precisava decidir, em média, cerca de 460 processos por mês. Já em 2016, o Índice de Carga de Trabalho de Magistrados (“b”) salta para o número de 6.696 processos, um acréscimo de 21% de demanda no período de 8 anos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 72).

¹²⁸ Disponível em: <<http://goo.gl/oEwFQ5>>. Acesso em: 16 set. 2017.

¹²⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13666-05-indice-de-atendimento-a-demanda>>. Acesso em: 16 set. 2017.

Quando comparado internacionalmente, é possível observar que se trata de um índice muito alto de carga de trabalho. Os dados de uma pesquisa produzida pelo Conselho Nacional de Justiça (2011b), denominada *Estudo comparado sobre Recursos, Litigiosidade, e Produtividade*, demonstram que, no ano de 2011, o Brasil possuía a segunda maior carga de trabalho por magistrado (4.616 processos por juiz¹³⁰), perdendo apenas para Dinamarca, com 8.843 processos por magistrados. A média encontrada com base nos 42 países participantes¹³¹ do estudo realizado pelo CNJ foi de 1.926 processos por magistrado, bem inferior à do Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 14).

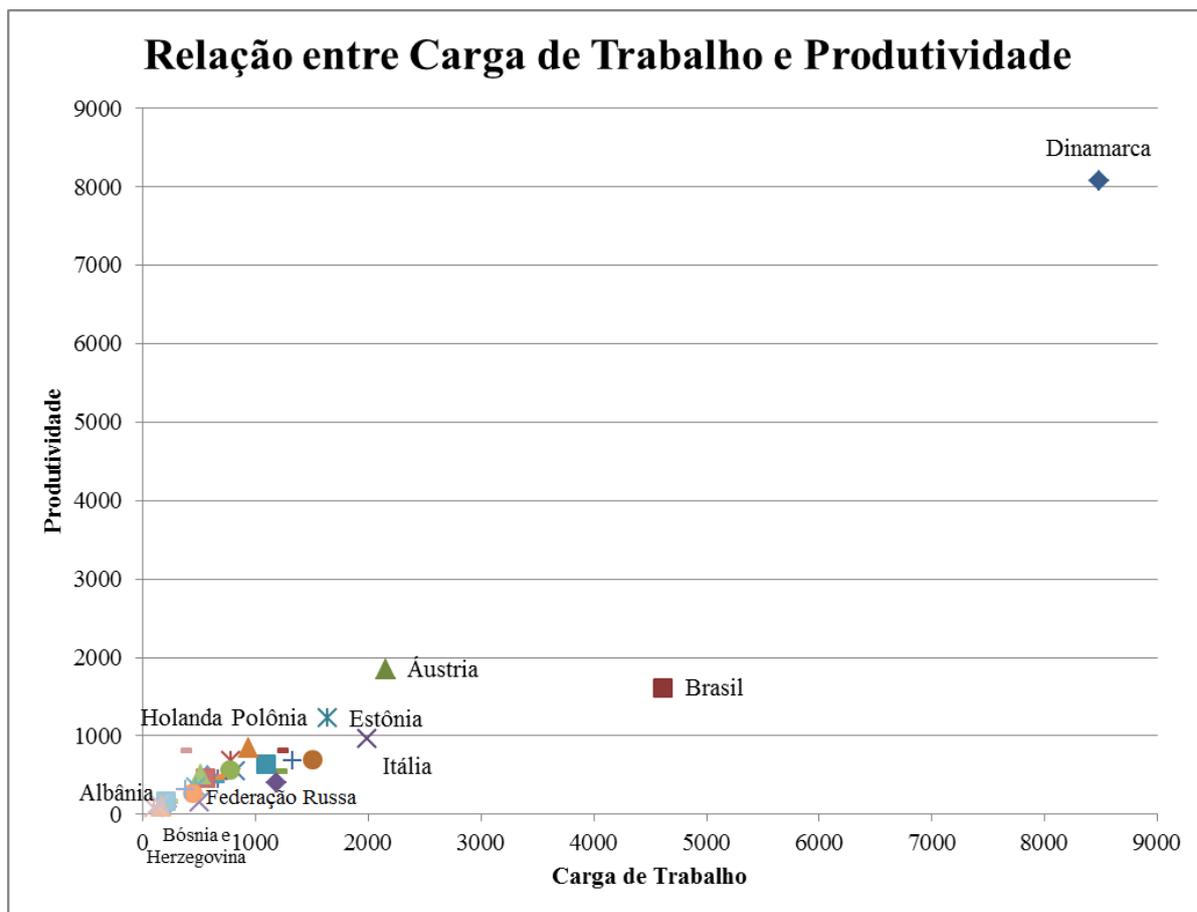
Em relação à produtividade, o Poder Judiciário brasileiro também apresenta números bem altos. Em 2009, a produtividade era de 1.590 processos baixados por magistrado, enquanto em 2016 cada juiz baixou, em média, 1.749 demandas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 720). No contexto internacional, isso representou, conforme dados publicados em 2011, a terceira maior produtividade entre os 42 países analisados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 26-27). O Brasil, na pesquisa comparada, apresentou uma taxa de produtividade de 1.616 processos por magistrado em 2011, enquanto a média internacional foi de 736 processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 26-27).

Esses dados demonstram que a produtividade dos magistrados brasileiros é uma das maiores no cenário internacional analisado, assim como demonstram que a produtividade brasileira não está em consonância com a necessidade de atender a vultosa demanda que possui, embora não se possa acusar haver pouca produção. Com base nos dados produzidos pela pesquisa comparativa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (2011b), é possível gerar um gráfico que relacione a Carga de Trabalho com a Produtividade do Poder Judiciário nos países analisados.

¹³⁰ Esses dados divergem com os da série *Justiça em números*, porque foram extraídos da pesquisa denominada *Estudo comparado sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b).

¹³¹ San Marino, Luxemburgo, Grécia, Itália, Brasil, Espanha, Portugal, Islândia, Malta, Andorra, Bélgica, Bulgária, Albânia, Suíça, Noruega, Hungria, Dinamarca, Holanda, Macedônia, Eslováquia, Turquia, Áustria, Croácia, Mônaco, Montenegro, Romênia, República Tcheca, França, Polônia, Eslovênia, Estônia, Suécia, Lituânia, Irlanda, Federação Russa, Moldova, Irlanda do Norte, Finlândia, Bósnia e Herzegovina, Armênia, Azerbaijão, Escócia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b).

Gráfico 3 – Relação entre carga de trabalho e produtividade



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011b).

Nota: Gráfico produzido no decorrer da elaboração desta tese, com base nos dados do *Estudo comparado sobre Recursos, Litigiosidade, e Produtividade*.

Para fins didáticos, podem-se tomar como exemplo dois paradigmas. O primeiro é o modelo dinamarquês, que possui uma alta carga de trabalho (8.483 processos por magistrado) e uma alta produtividade (8.075 processos por magistrado). Outro modelo é o russo, que possui uma baixa carga de trabalho (518 processos por magistrado) e uma também baixa produtividade (504 processos por magistrado). Cada um desses modelos, à sua maneira, encontra meios de permitir que o Poder Judiciário seja capaz de responder à demanda submetida a ele. De forma geral, todos os países pesquisados demonstraram que a produtividade é menor que a demanda, inclusive a Dinamarca e a Federação Russa¹³², mas em nenhum deles a discrepância é tanta quanto no Brasil.

¹³² A exceção coube à Holanda, país que teve uma demanda de 347 processos por magistrado e alcançou a marca, como produtividade, de 812 processos.

O Brasil possui carga de trabalho e produtividade elevadas, de forma que é possível observar, pelo Gráfico 3, que ele está em coordenadas distantes dos demais. Apesar disso, a razão entre carga de trabalho e produtividade é bem inferior à do padrão da Dinamarca ou da Federação Russa, já que, apesar de uma produtividade alta, o Poder Judiciário brasileiro não consegue corresponder à demanda que lhe é submetida. Essa realidade se contrasta com os dados aferidos pelo Índice de Atendimento à Demanda (“d”). Somando os 5 segmentos da Justiça (Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar Estadual), o IAD de 2016 foi de 100,3%. Isso significa que o Poder Judiciário baixou, praticamente, a mesma quantidade de processos que recebeu. Essa tendência também pode ser observada na série histórica, que demonstra que o Poder Judiciário possui, para o período 2009-2016, um Índice de Atendimento à Demanda de 100,1% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 79).

Dessa maneira, a análise do IAD isolada poderia gerar a falsa conclusão de que o Poder Judiciário está conseguindo satisfazer à demanda que lhe é submetida. No entanto, isso não ocorre. Ao longo dos últimos oito anos, a taxa de congestionamento e o estoque pendente do Poder Judiciário continuou crescendo gradativamente, conforme é possível observar na Tabela 1.

Tabela 1 – Índice de atendimento à demanda, taxa de congestionamento e estoque pendente do Poder Judiciário

Ano	IAD (%)	Tx. Cong. * (%)	Casos pendentes
2009	102,90	70,60	60,7 Milhões
2010	100,50	72,00	61,9 Milhões
2011	98,90	71,40	64,4 Milhões
2012	98,80	70,80	67,1 Milhões
2013	98,40	71,80	71,6 Milhões
2014	98,00	71,70	72 Milhões
2015	103,00	72,90	76,9 Milhões
2016	100,30	73,00	79,7 Milhões

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017b).

Nota: Elaboração própria a partir dos dados do *Justiça em Números*.

*Tx. Cong. = Taxa de Congestionamento.

Apesar de o Brasil conseguir atingir um IAD sempre perto de 100%, é possível observar que os casos pendentes crescem anualmente. No período 2009-2016, o número de processos pendentes

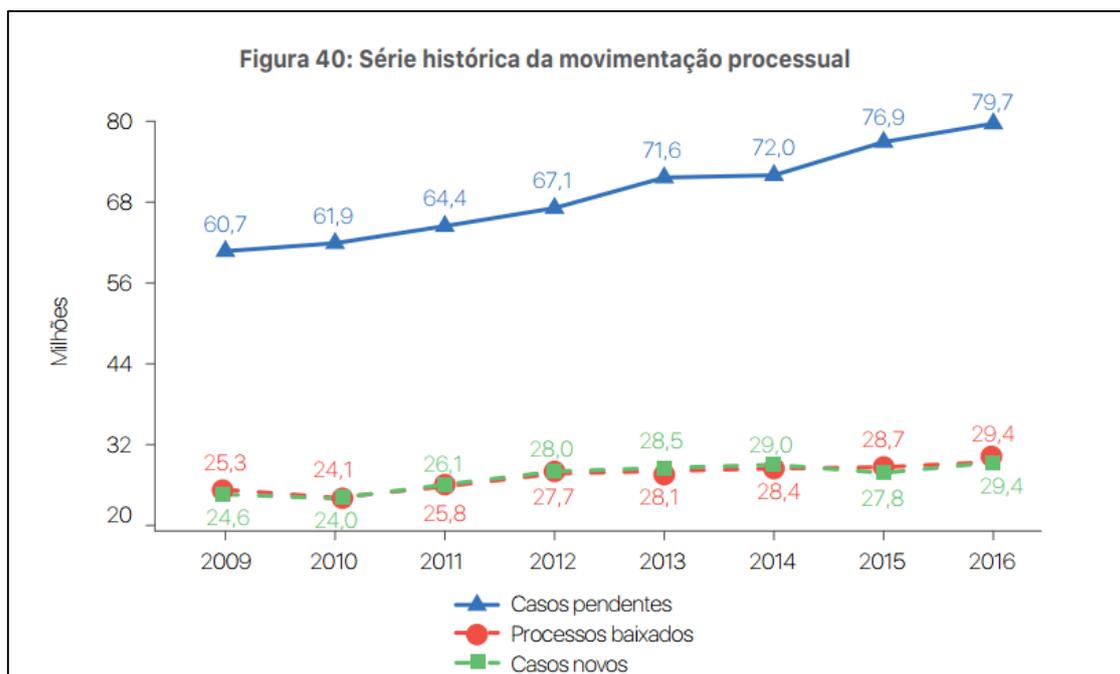
no Brasil teve um crescimento de quase 20 milhões de processos. Além disso, a taxa de congestionamento se mantém sempre elevada, acima dos 70% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 76).

No cenário internacional, o Brasil é o país que apresenta a maior taxa de congestionamento. A média dos países europeus é de 47%, índice bem diferente do Brasil (73%). Se comparado com o menor índice (Federação Russa, 3%), a discrepância aumenta ainda mais. A Dinamarca, país que, junto do Brasil, possui uma das maiores cargas de trabalho por magistrado do mundo, apresenta a segunda menor taxa de congestionamento, 5% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 24).

Isso reforça que não é possível falar em crise do Poder Judiciário observando apenas índices isolados. Por exemplo, ao dizer que a Dinamarca possui uma das maiores cargas de trabalho do mundo (8.483), com o dobro de processos do Brasil (4.616), poder-se-ia imaginar uma situação caótica no judiciário dinamarquês. Entretanto, não é o que acontece, pois, conforme apresentado, a análise combinada dos dados (carga de trabalho em relação à taxa de congestionamento) indica uma justiça produtiva e com baixa taxa de congestionamento (5%), situação oposta à do Brasil (73%).

Muito embora o Brasil possua a terceira maior produtividade, quando comparado com os países do estudo, esses dados não conseguem refletir uma efetiva prestação jurisdicional. Isso porque, a produtividade brasileira supre a demanda nova, mas, quando ela é somada com os processos pendentes, formando a carga de trabalho, surge o descompasso que mantém a taxa de congestionamento alta e fomenta o aumento do estoque pendente. Nesse contexto, o Gráfico 4, que reproduz a “Figura 40” do relatório *Justiça em Números* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 68), auxilia a visualizar como o comportamento da relação “processos novos, baixados e estoque” é diferente do observado no caso do STF.

Gráfico 4 – Série histórica da movimentação processual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017a).

Nota: Reprodução da Figura 40 do Relatório *Justiça em Números*.

O ano de 2015, por exemplo, descreve bem a dificuldade do Poder Judiciário em resolver os casos pendentes. Nesse ano, houve um índice de atendimento à demanda de 103% e uma redução de casos novos ingressados no judiciário de aproximadamente 2 milhões de processos. Em contrapartida, mesmo com todos esses dados favoráveis a uma redução do acervo processual, o estoque aumentou em quase 5 milhões de processos. Os motivos para o aumento dos casos pendentes, mesmo com um índice de atendimento à demanda de 100%, estão na imprecisão da aferição dos dados pelo CNJ. Isso porque o conceito do indicador “casos baixados” gera situações em que os processos já baixados retornam ao estoque na condição de processo pendente sem representar um caso novo. O CNJ explica que essas situações ocorrem nos

[...] casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p.65).

Ressalva-se que a atual formulação do índice “casos baixados” é adequada para avaliar o desempenho de cada instância do Poder Judiciário em seus diversos segmentos. Assim, o indicador “casos baixados” consegue abarcar as situações em que os processos saem da esfera

de competência de determinado órgão. Quando se fala em imprecisão desse indicador, se diz aqui que ele é inadequado para gerar avaliações gerais do Poder Judiciário, como ocorre no IAD, porque gera a impressão equivocada de que, ao se atingir 100% de IAD, foi possível satisfazer a pretensão de processos em mesma quantidade da que entrou no ano analisado. Sobre o tema, o Relatório *Justiça em Números 2016* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.383), publicado com dados do ano-base 2015, se manifestou da seguinte maneira:

A informação de destaque do Relatório é a queda de 5,5% no percentual de casos novos. Apesar disso, o volume de processos na Justiça brasileira ainda é monumental, atingindo cerca de 74 milhões de processos em tramitação ao final de 2015. A novidade tampouco permitiu a diminuição do estoque de processos, que aumentou em 1,9 milhão em relação ao ano anterior, o que reforça as conclusões prévias sobre a urgência de se priorizar o julgamento dos processos antigos. O tema é sensível, pois revela estatísticas assombrosas, como a espera do jurisdicionado por um desfecho processual por quase nove anos, em média.

Essa realidade voltou a se repetir no Relatório *Justiça em Números 2017*, em que o CNJ se manifestou da seguinte forma:

Tais fatores ajudam a entender o porquê de, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009 [...] O crescimento acumulado no período foi de 31,2%, ou seja, acréscimo de 18,9 milhões de processos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p.65).

Com base nessa explicação do CNJ, é possível observar mais um dos sintomas da crise do Poder Judiciário. Parte dos processos “atendidos” não pode ser considerada como encerrada, já que apenas houve alteração na fase ou no órgão de julgamento. Isso não enfrenta o problema do crescente estoque de casos pendentes e da alta taxa de congestionamento, mesmo com elevada produtividade. A crise persiste.

Apesar da crítica em relação à insuficiência do IAD (“d”) para se aferir a qualidade do desempenho do Poder Judiciário ou, pelo menos, à falta de um índice que meça apenas os processos arquivados definitivamente, não se ignora que o CNJ tem adotado práticas de gestão para resolver os problemas identificados. Desde 2009, ano em que ocorreu o 2º Encontro Nacional do Poder Judiciário, iniciou-se a implementação de metas nacionais e anuais de desempenho do Poder Judiciário (REIS JÚNIOR, 2016, p. 97). A partir de 2011, a política de metas foi aperfeiçoada segundo as seguintes características:

[...] definição de metas por segmentos do Judiciário (por exemplo, a Justiça Estadual poderia ter metas diferentes da Justiça Federal); redução da quantidade de Metas (não havia mais a obrigatoriedade de ter dez metas por ano); antecipação da divulgação de

metas para os anos seguintes (divulgava as metas de dois anos seguintes), facilitando a garantia de busca de recursos orçamentários que seriam vinculados diretamente a projetos de cumprimento das metas; foco nas metas não cumpridas em anos anteriores e reconhecimento pelo cumprimento (visava garantir a continuidade dos esforços e reconhecia os méritos das unidades judiciais que conseguiam cumprimento (OLIVEIRA, 2015, p.15).

Para o período 2015-2020, está vigente o plano estratégico *Estratégia Judiciário 2020*. Instituído pela Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014, são asseguradas medidas de medição continuada e periódica das metas de gestão, ampla participação dos agentes envolvidos (como magistrados e serventuários) na elaboração dos planos estratégicos estaduais e, entre outros, a criação de um banco de boas práticas e ideias para o judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Além disso, o dever de execução das políticas estratégicas é atribuído a todas as instâncias do Poder Judiciário, o que inclui os “[...] magistrados de primeiro e segundo graus, conselheiros, ministros e serventuários do Poder Judiciário [...]” conforme art. 7º da referida Resolução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Para o ano de 2018, estão em vigor 8 metas nacionais de gestão, da seguinte forma:

META 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (Todos os segmentos);

META 2 – Julgar processos mais antigos (Todos os segmentos);

META 3 – Aumentar os casos solucionados por conciliação (Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

META 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça Militar da União e dos Estados);

META 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

META 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho)

META 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ, TST, Justiça do Trabalho)

META 8 – Fortalecer a rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres (Justiça Estadual) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017c).

A partir delas, é possível observar que cada meta se destina a um foco específico da gestão estratégica do Poder Judiciário. A Meta 1 foca na produtividade, a Meta 2 na celeridade, a Meta 3 em conciliação, a Meta 4 em ações de improbidade e crimes contra a Administração Pública, a Meta 5 em processos de execução, a Meta 6 em ações coletivas; a Meta 7 em demandas repetitivas e grandes litigantes e a Meta 8 na implementação de práticas de justiça restaurativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017c, p. 5).

Em relação à Meta 1, o CNJ explica que ela “[...] tem por foco a produtividade e a prevenção à formação de estoque de processo. Para isso preconiza o julgamento de uma quantidade maior de processos, inclusive recursos, do que os distribuídos no ano corrente” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 9). Para atender a essa meta, os tribunais não têm obrigatoriedade de julgar apenas os processos ajuizados naquele ano, bastando que o quantitativo seja superior (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 9). Além disso, considera-se que essa meta foi atendida, ou seja, que o processo foi julgado, quando ocorre a “[...] primeira decisão tendente a pôr fim ao processo ou incidente na instância sob análise” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 6).

Em relação ao cumprimento dessa meta, os resultados variaram, no ano de 2017, entre o menor índice de atendimento alcançado pelo Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) e o maior, de 271,51%, conseguido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE-SE) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018a, p. 6, 22). Em uma análise geral do Poder Judiciário, 2017 foi o primeiro ano em que essa meta foi cumprida¹³³, quando foram distribuídos 19,74 milhões de processos e julgados 20,66 milhões.

Nesse sentido, duas ressalvas precisam ser feitas. A primeira é a incompatibilidade dos dados disponibilizados pelo *Justiça em Números* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a) e os apresentados como resultado da avaliação das metas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018a). O *Justiça em Números* utiliza os indicadores “casos novos” e “casos baixados”, enquanto o relatório de monitoramento das metas utiliza “processos distribuídos” e “processos baixados”. Ambos os indicadores buscam avaliar o desempenho de produtividade do Poder Judiciário, mas há uma discrepância na ordem de 9 milhões de processos. Não é possível aferir se foi apenas a diferença de método que gerou essa disparidade de resultados ou se também há alguma falha de aferição em um desses estudos. De qualquer forma, cabe refletir sobre a necessidade de essas duas fontes dialogarem.

A segunda ressalva se refere a utilização da Meta 1 para o combate do estoque de processos. Considerado como um dos objetivos da Meta 1, o relatório de monitoramento das metas no CNJ não indica nenhuma avaliação em relação à efetividade dessa meta. Nesse sentido, o *Justiça em Números* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a) é, apesar das diferenças de

¹³³ Levou-se em consideração a série histórica do relatório de cumprimento das metas 2016 que avaliou o período 2010-2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 11), somada aos dados disponibilizados em relatório em relação ao cumprimento das metas 2017 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018a).

métodos, a única fonte disponível para avaliar a formação do estoque em uma perspectiva global do Poder Judiciário e que indica, conforme apresentado, que as medidas adotadas não têm sido capazes de resolver o problema do seu contínuo aumento.

Com a análise conjunta das duas fontes de dados oficiais do CNJ, pode-se ponderar que a avaliação de processos baixados ou de processos julgados não é capaz de revelar e enfrentar o problema do estoque de processos no Poder Judiciário brasileiro. Além disso, há o fato de devoluções de processos para as instâncias inferiores, a fim de aguardarem julgamento de repercussão geral e de recursos repetitivos. Isso significa baixa para a instância superior e estoque para a inferior. Observa-se, pois, que medidas de descongestionamento do STF e outros Tribunais Superiores têm o condão de impactar negativamente o estoque do Poder Judiciário de 1º e 2º graus.

Observa-se, nesse sentido, que as instâncias inferiores do Poder Judiciário enfrentam o mesmo problema de congestionamento que o STF está enfrentando. Apesar dessa semelhança, pode-se avaliar que o problema das instâncias inferiores do Poder Judiciário não se esgota no descompasso entre carga de trabalho e produtividade, mas também na falta de um indicador mais preciso para a aferição apenas dos processos que foram definitivamente baixados, uma vez que se cria a ilusão de que o atual índice de produtividade é suficiente para atender a demanda. Da mesma forma, considerar apenas como meta a capacidade de julgamento não significa a entrega da prometida justiça, porque os processos, em sua grande parte, têm fases distintas de conhecimento e execução. Assim, eles não se encerram com a sentença ou o acórdão, na medida em que permanecem em estoque à espera de implementação da fase satisfativa.

Visto isso, pode-se analisar o desempenho do Poder Judiciário nos processos que estão em fase de execução e as medidas que têm sido tomadas pelo CNJ sobre a questão. Assim, cabe ao tópico a seguir demonstrar a discrepância de efetividade dessa fase em relação à fase de conhecimento e mostrar a dificuldade em fazer uma gestão adequada desses processos.

4.1.3 A produtividade seletiva e a discrepância de celeridade entre as etapas de conhecimento e execução do processo judicial

No tópico anterior descreveu-se o cenário geral de produtividade e carga de trabalho das instâncias inferiores do Poder Judiciário. Nessa descrição, observou-se que o Poder Judiciário

brasileiro possui uma produtividade alta, quando comparada internacionalmente, mas muito aquém do necessário para atender à carga de trabalho. Também se criticou o fato de o indicador “processos baixados” não ser capaz de permitir uma análise geral da produtividade do Poder Judiciário, já que abarca, além das situações de satisfação da lide, outras situações como encerramento da fase processual ou alteração de competência, que dão a falsa impressão de eficiência.

Junto a isso, somou-se a crítica de incompatibilidade entre os indicadores apresentados pelo relatório *Justiça em Número* e as metas de gestão propostas pelo CNJ. Ressalta-se que o CNJ, para fins de elaboração do *Justiça em Números*, considera como processos em fase de execução aqueles que se pautam em título executivo judicial (que inclui execução de pena privativa de liberdade, pena não privativa de liberdade e as demais execuções não criminais) e extrajudicial (que abarcam as execuções fiscais e não fiscais) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 110).

Cabe, neste tópico, discorrer sobre a questão da celeridade dos processos judiciais nas instâncias inferiores ao STF e destacar, especificamente, a fase processual de execução e as causas de sua baixa efetividade no Poder Judiciário. No mesmo contexto, é preciso definir os elementos de pouca efetividade da fase executiva que representam uma violação do acesso à jurisdição e aqueles que ocorrem alheios ao controle e sem qualquer responsabilidade imputável ao Poder Judiciário.

As ações ordinárias submetidas ao Poder Judiciário possuem, em regra, duas etapas: a de cognição e a de execução¹³⁴. Zavascki (1999, p. 19, grifos do autor) explica que “[...] a jurisdição enseja distinguir duas classes bem distintas de atividade: a de ‘formular a regra jurídica concreta’ e a de ‘fazer atuar a regra jurídica concreta’ [...]”. A primeira classe, também denominada “função cognitiva”, visa à obtenção de juízos e nela, segundo as palavras de Assis (2002, p. 72, grifo do autor), “[...] o órgão jurisdicional atua ‘conhecendo’ a lei e o conflito, a fim de proferir o juízo. O principal objetivo desta espécie de processo consiste em outorgar certeza às partes”.

¹³⁴ Não se ignora nesta tese que, em decorrência de situações excepcionais, o Poder Judiciário pode exercer uma função cautelar que, nas palavras de Bueno (2007, p.341, grifos do autor) visa à prática de atos de proteção, de asseguramento, dos direitos das partes a serem definidos ou realizados por intermédio das ‘ações de conhecimento’ e ‘de execução’. Também não se ignora haver processos de conhecimento que não demandam a fase de executiva, tais como ações declaratórias e ações constitutivas.

Nos termos da base teórica desenvolvida por esta tese, quando uma dúvida é submetida ao Poder Judiciário em decorrência do questionamento do sentido do conteúdo da regra abstrata ou da sua pertinência em decorrência dos fatos do caso, a decisão judicial atua de forma a concretizar o conteúdo da norma e avaliá-la com base na pretensão das partes em conflito, estabelecendo uma crença.

Já a segunda classe, chamada de “função executiva”, precisa ser exercida naqueles casos em que, por ter sido configurada uma lesão, apenas a certeza do direito não é suficiente para satisfazer a pretensão da parte. Nesses casos, é necessário que a jurisdição alcance os mesmos fins práticos que aqueles que se alcançaria se o executado tivesse agido conforme a norma concretizada para o caso (ASSIS, 2002, p. 96).

Há casos em que a função cognitiva resolve a crise de certeza, mas, por si só, não alcança a consequência jurídica (efeitos práticos) determinada pela norma jurídica. Esses efeitos práticos podem ser o cumprimento de obrigações de dar, fazer ou não fazer (quando de natureza civil) ou a imputação de uma sanção de natureza penal. Independentemente de sua natureza, a cominação da consequência jurídica adequada é elemento necessário para a formação da crença¹³⁵.

É preciso enfatizar, nesse sentido, que a função executiva possui a limitação de apenas atuar na medida em que resolve uma crise de cooperação (ABELHA, 2007, p. 112-113). Isso significa que essa função busca gerar a efetivação das consequências jurídicas da norma concretizada, na medida em que o executado, por liberalidade, a descumpre. Logo, não pode a função executiva da jurisdição ultrapassar as regras de proteção ao mínimo existencial, em relação ao cumprimento da obrigação de dar, ou exigir a realização ou abstenção de comportamento que gere consequências degradantes ao executado (nas obrigações de fazer e não fazer).

Feitas essas considerações de natureza processual e indo ao ponto que interessa à tese, para se fazer a análise quantitativa de processos em fase cognitiva e em fase executiva na formação do estoque pendente de julgamento no Poder Judiciário, são utilizados, como parâmetro de estudo, os dados fornecidos pelos indicadores de “tempo médio até a baixa” e de “duração média dos

¹³⁵ Reprisa-se que, para Peirce (2008, p. 43), crença é conceituada pela “[...] indicação certa de se haver estabelecido em nossa natureza algum hábito que determinará nossas ações”. Interpretada em conjunto com a máxima pragmática de que o sentido das coisas depende dos efeitos práticos que a concepção que se tem dela produz (PEIRCE, 1878, p. 293), reforça-se a ideia de que a normatividade da norma concretizada na fase de execução precisa ser aferida pela efetividade da tutela jurisdicional em satisfazer o credor, com a ressalva dos limites da execução, já mencionados.

processos pendentes em 31/12/2016”, todos extraídos do relatório *Justiça em Números 2017* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 130).

Trata-se de indicadores elaborados a partir da “[...] revisão dos glossários e indicadores do Anexo I da Resolução CNJ nº 76/2009 [que] contou com a participação dos tribunais, por meio de consulta pública, e de reuniões com o comitê gestor nacional do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário”¹³⁶ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 13) e apresentados, pela primeira vez, na edição 2017 do relatório, razão pela qual ainda não existe série histórica de seus resultados.

O “tempo médio até a baixa” apura a duração de um processo até o primeiro movimento de baixa após o protocolo, lembrando que, conforme Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015a), são incluídos como processos baixados aqueles remetidos a órgãos judiciais competentes de outros tribunais, remetidos às instâncias inferiores ou superiores, arquivados definitivamente, na fase de liquidação, cumprimento ou execução por sentença transitada em julgado. Já a “duração média dos processos pendentes em 31/12/2016” calcula o tempo entre o protocolo de cada um dos processos pendentes de julgamento e o dia 31/12/2016. Com esses dados, é extraída a média de tempo em que estes processos estão no Poder Judiciário.

Os dados apresentados pelo *Justiça em Números 2017* indicam haver maior celeridade na fase de conhecimento que na fase de execução, mesmo que, como mostra Bueno (2007, p. 380), seja na fase de conhecimento em que ocorre a apreensão das teses das partes envolvidas, a dilação probatória e o esforço cognitivo de avaliação desses elementos frente ao caso. Sobre esse fenômeno, Abelha (2007, p. 217) pondera:

Sob o ponto de vista da efetividade da prestação jurisdicional emitida, é fora de dúvida que os provimentos declaratórios e os constitutivos conseguem um grau de efetividade jamais alcançado pela prestação (condenatória), pelo só fato de que aqueles provimentos não dependem da colaboração do vencido para que a tutela concedida seja realizada. Não havendo essa colaboração espontânea e estando a pretensão insatisfeita, o vencedor necessitará da atuação executiva do Estado, no sentido de satisfazer o direito do exequente, independente da vontade do devedor.

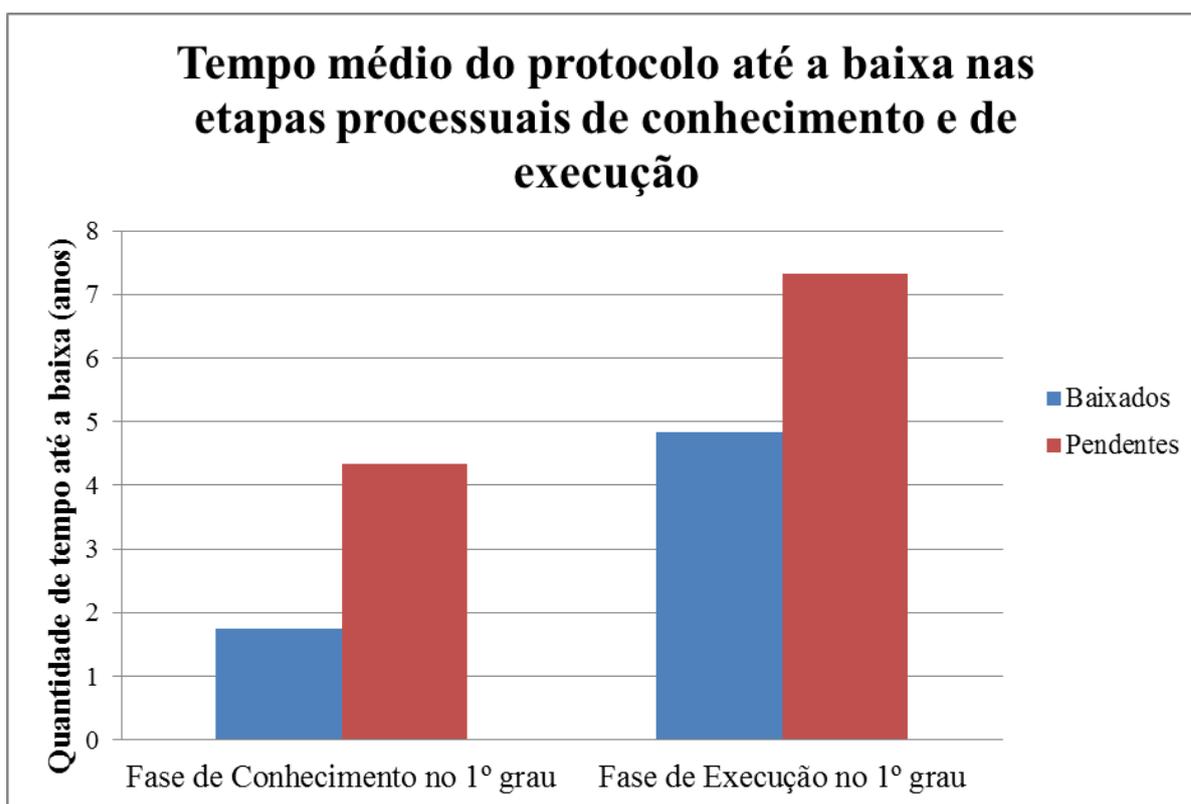
Mesmo com essa ponderação, observa-se que a discrepância de celeridade é exorbitante. Os processos baixados em 2016 na fase de conhecimento e perante o 1º grau do Poder Judiciário

¹³⁶ A participação de membros do Poder Judiciário e da sociedade civil se tornou uma prática de governança do CNJ. Nesse sentido, os relatórios dos Encontros Nacionais para avaliação das metas podem ser encontrados no sítio eletrônico desse órgão: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/encontros-nacionais>>.

tiveram uma duração média de um ano e nove meses. Já os processos baixados na fase de execução duraram, em média, quatro anos e dez meses. Isso representa uma discrepância de temporal 276% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 136-137).

Quando se comparam esses dados com aqueles aferidos pelo indicador “duração média dos processos pendentes em 31/12/2016”, observa-se que os processos em estoque têm duração média maior que os processos baixados. Se o tempo médio dos processos baixados de conhecimento e execução foi, respectivamente, um ano e nove meses e quatro anos e dez meses, o tempo de estoque médio dessas mesmas etapas são quatro anos e quatro meses e sete anos e quatro meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 136-137). Esse fenômeno pode ser ilustrado com o Gráfico 5 a seguir:

Gráfico 5 – Tempo médio do protocolo até a baixa nas etapas processuais de conhecimento e de execução



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017a).

Nota: Gráfico produzido no decorrer da elaboração desta tese com base nas informações disponibilizadas no Relatório *Justiça em Números*.

A partir desses dados, é possível inferir que os processos ajuizados perante o Poder Judiciário não são julgados de forma que o tempo médio de tramitação se mantenha uniforme (julgados por critério de cronologia, por exemplo). De modo consciente ou não, o Poder Judiciário tende a uma produtividade seletiva, não permitindo que o tempo médio dos processos baixados e dos

processos em estoque seja similar. Não se ignora que a razoável duração não consiste na exigência de que a conclusão que todos os processos se dê em um mesmo prazo, já que existem níveis de complexidade diferentes. No entanto, uma vez que o indicador calcula a média, seria possível um tratamento mais uniforme, sem se ignorar as peculiaridades de cada uma das demandas. Essa diferença temporal indica uma produtividade seletiva.

As causas para essa produtividade seletiva não podem ser inferidas dos dados do *Justiça em Números*, mas podem ser sugeridas, para fins de pesquisas futuras, hipóteses sobre o comportamento das partes, o apelo social de determinadas demandas ou até mesmo a interferência das metas de gestão do CNJ, que exigem o julgamento e baixa da mesma quantidade de processos que ingressaram em um determinado período, forçando a atenção para a fase de conhecimento.

Não se olvida o fato de que existem tentativas de enfrentamento dessa produtividade seletiva. Por exemplo, a versão original da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, propunha que os juízes e tribunais deveriam atender à ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças ou acórdãos. Apesar disso, já em 2016, por meio da Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, houve sua relativização por meio da adição de determinadas exceções, mesmo antes de terem sido verificados os efeitos da proposição originária.

Além das medidas legislativas de enfrentamento da baixa celeridade dos processos judiciais, as Metas 2 e 5 demonstram estratégias de gestão do CNJ para solucionar esse problema. A Meta 2 consiste em identificar e julgar uma certa porcentagem de processos em fase de conhecimento que foram distribuídos até determinada data. O Conselho Nacional de Justiça (2017d, p. 19) considera que o seu foco é a celeridade e visa a resguardar a “[...] garantia fundamental instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a razoável duração dos processos”. Além disso, reforça que é “[...] direcionada à redução do estoque de processos pendentes de julgamento, sobretudo os distribuídos há longo tempo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 19).

Essa meta se sujeita a mesma crítica realizada à Meta 1, no que tange à utilização do critério “julgamento”, em vez de “baixa definitiva”, já que se torna incapaz de avaliar a capacidade do Poder Judiciário de satisfazer a pretensão submetida a juízo. Apesar disso, possui a capacidade de servir como importante instrumento de combate à produtividade seletiva, principalmente quando se observa a grande discrepância entre o tempo de julgamento de processos baixados e

o tempo de processos em estoque. Ocorre que essa meta não tem sido atendida regularmente. No ano de 2017, apenas a Justiça do Trabalho (100,69%) e a Justiça Militar Estadual (103,08%) alcançaram as metas estipuladas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018b, p. 21, 26).

Enquanto isso, a Meta 5 foca nos processos de execução e tem por objetivo global impulsionar esses processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 32). Essa nova diretriz é uma substituição da Meta 5 de 2014, quando o objetivo era: “Reduzir o congestionamento, em relação à taxa média de 2013 e 2012, na fase de cumprimento de sentença e de execução” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015b, p. 32). Para atender à nova diretriz, cada segmento do judiciário se comprometeu com metas específicas para alcançar esse objetivo.

Na Justiça do Trabalho, em 2016 e 2017, o compromisso firmado foi baixar quantidade maior de processos de execução que o total de casos novos de execução. Já na Justiça Federal, a Meta 5 foi estabelecida em baixar “[...] quantidade maior de processos de execução não fiscal que o total de casos novos de execução não fiscal” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 33). Nesse caso, é utilizado um parâmetro diferente para avaliar as condições de entrada e saída dos processos submetidos à análise do Poder Judiciário. A Meta 5 para a Justiça Federal e do Trabalho avalia a relação de casos novos, entendido como os “[...] processos de execução que ingressaram ou foram protocolizados [...]”, com os processos baixados, compreendidos como aqueles em que houve baixa definitiva ou está pendente apenas de pagamentos de custas, peritos ou valores inscritos em precatórios. Além desses, os processos que foram remetidos a outros tribunais com a respectiva baixa no tribunal de origem também se enquadram nessa classificação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 22).

Já para a Justiça Estadual¹³⁷ definiu-se, em 2016, como meta, “[...] identificar o número e a situação dos processos de execução até 31/12/2016”. O objetivo principal era saber a quantidade exata “[...] de processos de execução fiscal, de título extrajudicial, de cumprimento de sentença/decisão, de execução hipotecária do sistema Financeiro de Habitação [...]” no Judiciário Estadual e traçar um panorama da atual situação de cada processo, o que foi cumprido parcialmente, tendo em vista o percentual de cumprimento de 79,43%. Já em 2017, restou definido para a Meta 5 “[...] estabelecer política de desjudicialização e de enfrentamento do

¹³⁷ Antes de 2016, a Meta 5 era definida apenas para a Justiça Federal e Justiça do Trabalho, e tinha por objetivo baixar quantidade maior de processos de execução do que o total de casos novos de execução no ano corrente. A partir de 2016, a Justiça Estadual foi adicionada.

estoque de processos de execução fiscal, até 31/12/2017” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017d, p. 33).

Da leitura dos enunciados da Meta 5 para a Justiça Estadual, tanto do ano de 2016, quanto no ano de 2017, é possível perceber uma preocupação em primeiro entender o cenário no qual se encontram os processos de execuções, tanto fiscais, quanto não fiscais. Além disso, a ênfase à implementação de políticas de desjudicialização pode representar uma alternativa à utilização de metas baseadas em produtividade, como ocorre com a Justiça Federal e do Trabalho. O Conselho Nacional de Justiça (2017d, p. 32) reconhece que os processos de execução são “[...] um dos principais desafios do sistema de justiça brasileiro [...]” e considera que parte da complexidade desse gargalo está nos fatores externos que interferem na efetividade da jurisdição, como a dificuldade no momento de citação e na busca por bens penhoráveis.

De forma geral, observa-se que o CNJ tem buscado alternativas de gestão para enfrentar os principais obstáculos para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário. A efetividade dessas medidas no combate à morosidade sistêmica ainda carece de dados empíricos. A ausência de uma série histórica sobre o tempo médio dos processos baixados e dos processos pendentes em estoque impede que seja aferido se a discrepância de tempo de tramitação dos processos baixados e dos pendentes de baixa está se agravando ou sendo mitigada. É possível inferir, contudo, a partir dos dados de aumento de carga de trabalho, do estoque e da taxa de congestionamento, que a discrepância entre o tempo médio de tramitação dos processos baixados e em estoque vai se agravar.

Outra característica correlata à observação de que é a fase de execução aquela que mais contribui negativamente para a taxa de congestionamento é o fato de o Estado ser o principal impetrante de execuções perante o Poder Judiciário. Isso pode ser aferido pelo dado do *Justiça em Números* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 113), que indica que 75% das execuções pendentes de baixa no Poder Judiciário são referentes a processos de execução fiscal. O detalhamento desses dados de participação do Estado nas instâncias inferiores do Poder Judiciário é realizado em tópico próprio nesta seção (subseção 4.2), mas a proporção de execuções em que ele é parte já reforça a necessidade de se investigar essa litigância como fator crucial para o problema da morosidade sistêmica do Poder Judiciário.

Neste tópico, demonstrou-se que, com base na discrepância entre o tempo de trâmite dos processos nas fases de conhecimento e de execução, bem como a discrepância de tempo entre

os processos baixados e os pendentes de baixa, é possível inferir uma produtividade seletiva por parte do Poder Judiciário. Some-se a isso o fato de o Estado ser o principal ajuizador de ações de execução, em um primeiro indício que reforça a ideia de que a litigância do Estado é fator relevante para diagnosticar a crise do Poder Judiciário. Outros elementos dessa participação do Estado nos processos em fase de execução serão apresentados na subseção 4.2 desta tese. A seletividade e a presença massiva do Estado em juízo atrapalham a retroalimentação do direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário.

4.1.4 A proporção entre advogados, magistrados e população e sua correlação com a litigiosidade

Nos tópicos anteriores, demonstrou-se como a produtividade e a carga de trabalho dos magistrados brasileiros se relacionam, e como elas afetam, negativamente, a taxa de congestionamento. Observou-se que o principal gargalo do Poder Judiciário é sua incapacidade de atender à carga de trabalho por meio de uma produtividade que encerre o processo. Expôs-se, além disso, que os processos de execução integram a classe processual que mais afeta negativamente a taxa de congestionamento. Doravante, analisar-se-á como os indicadores referentes à quantidade de magistrados, advogados e sua relação populacional também afetam o cenário de crise do Poder Judiciário.

Os cinco ramos ou segmentos do Poder Judiciário (Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar Estadual) possuem 16.053 unidades judiciárias, sendo 11.230 varas estaduais, federais e trabalhistas; 1.751 juizados especiais; 3.040 zonas eleitorais; 13 auditorias militares estaduais e 19 auditorias militares da União (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 28). Para movimentar essa estrutura, são necessárias quase meio milhão de pessoas. Em 2016, o Poder Judiciário contou 18.011 magistrados, 279.013 servidores e 145.321 colaboradores (estagiários, terceirizados, juízes leigos e conciliadores) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 35).

O número de magistrados para cada cem mil habitantes, no Brasil, quando comparado internacionalmente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 13-14), se mostra deficitário em relação à média dos países pesquisados. O Brasil possuía, em 2008, 8,3 magistrados para cada cem mil habitantes, enquanto a média do estudo comparativo

desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (2011b) foi de 14,5. A título de exemplo, a Federação Russa, que possuía, à época, uma população similar à brasileira (144 milhões de habitantes)¹³⁸ e uma carga de trabalho bem menor que o do Brasil (518 processos por magistrado russo), contava com 24,2 magistrados a cada cem mil habitantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 13-14).

Já em relação ao número de advogados, a situação se inverte. O Brasil possuía, em 2008, 330,4 advogados para cada cem mil habitantes, quando a média do estudo comparativo é de 168. Mesmo a Dinamarca, que tem a maior demanda, segundo o estudo, possui uma quantidade de 95,8 advogados por cem mil habitantes, número abaixo da média (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 10-11). Além disso, o Censo do Ensino Superior (INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA, 2017) indica que o Brasil possui 1.184 cursos de Direito, o que representa a quantia de 862.324 matrículas por ano.

O professor da Universidade de Texas, em Austin, Dr. Stephen Magee, capitaneia a corrente de pesquisadores que acredita na hipótese de que o número de advogados afeta, inclusive, o desenvolvimento econômico das nações. Sua hipótese pressupõe que existem duas categorias de profissionais: os responsáveis pela produção de riqueza (como engenheiros, artesãos, fabricantes); e os responsáveis pela redistribuição (como os advogados) (MAGEE; BROCK; YOUNG, 1989, p. 111). Esses últimos servem para garantir que a produção de riqueza obedeça às limitações legais e, em caso de desvio, repare os danos causados. Ocorre que, se a proporção entre profissionais de produção e de redistribuição de riquezas não for adequada, Magee acredita que o desempenho econômico da nação se degrada (MAGEE, 1992, p. 672).

A tese de Magee também pode ser aplicada para avaliar a influência do número de operadores do direito (magistrados e advogados) nos dados brasileiros de litigância. Pesquisa solicitada pelo CNJ à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011c, p. 22) sugere que

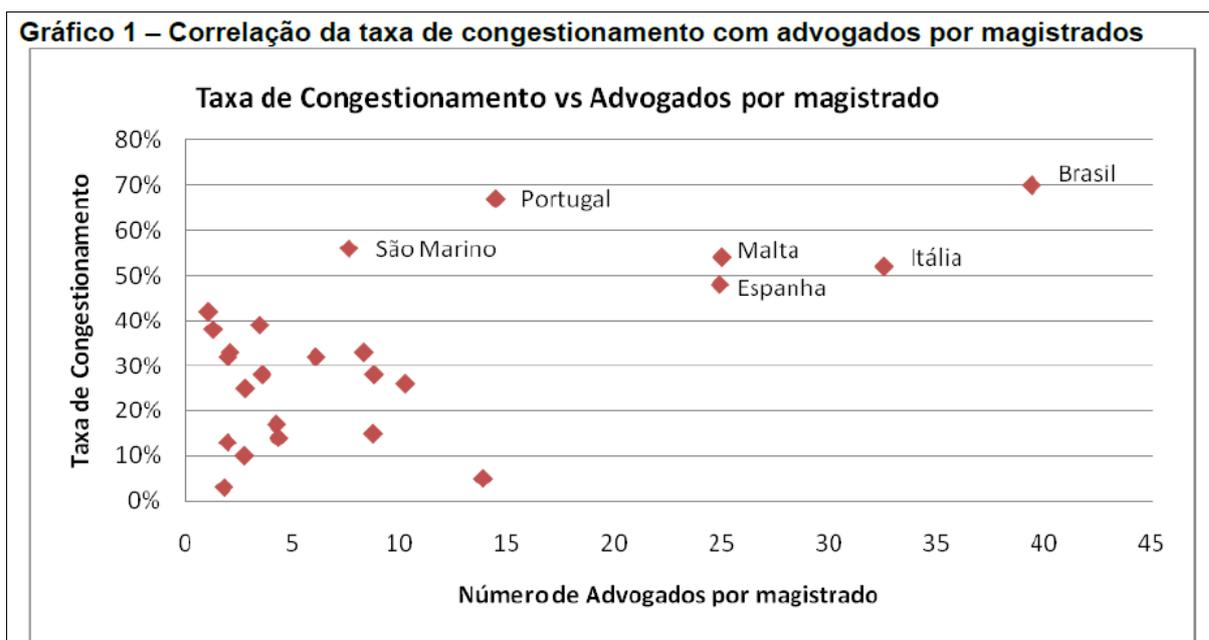
[...] vigi atualmente com relação ao Judiciário brasileiro uma situação em que é quase impossível excluir-lhe o acesso, ao passo que os custos de sua utilização são socializados, pois a morosidade e o congestionamento afetam a todos. O artigo 5º da Constituição Federal que assegura o direito de petição a todos, o direito ao contraditório, à ampla defesa, os inúmeros recursos existentes, aliados à ampla utilização dos benefícios da assistência judiciária gratuita explicam essa constatação.

¹³⁸ Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?year_high_desc=true>. Acesso em: 7 fev. 2018.

Some-se a isso ainda a acirrada concorrência no mercado de serviços advocatícios e a pouca propensão desses profissionais à realização de conciliações, que se chegará a uma realidade de utilização excessiva [do Poder Judiciário], fácil e desimpedida de um recurso comum, cuja exclusão de acesso é difícil ou quase impossível.

Para avaliar empiricamente o impacto que o quantitativo de operadores do direito (magistrados e advogados) causa na crise do Poder Judiciário, pode-se analisar a proporção entre o número de advogados, de magistrados e a correspondente taxa de congestionamento. Segundo a pesquisa comparativa do Conselho Nacional de Justiça (2011b, p. 25), quanto maior é a discrepância entre o número de magistrados e o número de advogados, maior é a tendência de uma alta taxa de congestionamento. Esse fenômeno pode ser observado no Gráfico 6, que reproduz o “Gráfico 1” do *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p. 25).

Gráfico 6 – Correlação da taxa de congestionamento com advogados por magistrados



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011b).

Nota: Reprodução do Gráfico 1 do *Estudo Comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade*.

Conforme pode ser apreendido, até a relação de quinze advogados por magistrado, existem países que possuem taxas de congestionamento baixas. Quando esse número é extrapolado, a tendência é que a taxa de congestionamento cresça. O Brasil, que possui o maior número de advogados por magistrado, também figura como o país com a maior taxa de congestionamento. Isso permite inferir que, entre outras variáveis, é relevante manter uma proporção razoável entre advogados e magistrados para se superar o problema da alta taxa de congestionamento.

Uma redução desproporcional do número de advogados também não é benéfica, tendo em vista sua função social de redistribuição das riquezas produzidas, conforme proposto por Magee, e seu relevante papel na reparação das violações de direitos fundamentais. Não é em outro sentido que a advocacia foi alçada, pela Constituição Federal de 1988, como uma atividade essencial à justiça;

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (BRASIL, 1988).

Mesmo sendo exercida em ministério privado, a advocacia possui um *múnus público* (art. 2º, § 1º e 2º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) (BRASIL, 1994a). Isso significa que sua atividade não visa a atender apenas interesses privados, mas também à realização da justiça e efetividade do direito (PIOVEZAN, 2015, p. 17-18). Por conta disso, a atividade da advocacia está regulamentada por um rígido conjunto de normas éticas, que incluem, entre outros, o dever de “[...] contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis [...]”, “[...] estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios [...]”, “[...] aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial [...]”.

Assim, a advocacia é um serviço essencial à justiça, porque possui a capacidade postulatória e, principalmente, porque, tendo conhecimento especializado acerca do Direito, recebe o ônus de auxiliar no processo de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, há de se refletir sobre a necessidade de se percorrer um caminho inverso daquele que já vem sendo percorrido: aumento da capacidade de processamento das demandas. Isso porque, antes do ingresso no judiciário, os advogados têm o potencial de realizar o primeiro juízo sobre a causa e, caso entendam, evitar sua judicialização, orientando as partes em conflito a uma alternativa mais efetiva de se realizar justiça, que não o Poder Judiciário.

A avaliação dos dados comparativos das pesquisas judiciárias brasileiras e a tese de Stephen Magee acerca da função socioeconômica da advocacia permitem inferir que a proporção entre os operadores do direito e o respeito ao *múnus público*, que estabelece as regras as quais devem orientar sua atuação, são dados relevantes na formação do âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça. Isso porque a proporção de advogados por habitante tem o condão de influenciar os dados de litigância e a proporção de advogados por magistrado afeta a taxa de congestionamento.

Essas informações poderiam dar a falsa impressão que bastaria aumentar o número de magistrados à proporção compatível com o número de advogados que estaria resolvido o problema da taxa de congestionamento. No entanto, será visto no tópico a seguir que o Brasil já destina parcela exorbitante de sua riqueza para o custeio do Poder Judiciário, o que tornam inconvenientes medidas que aumentem o custo da máquina judiciária.

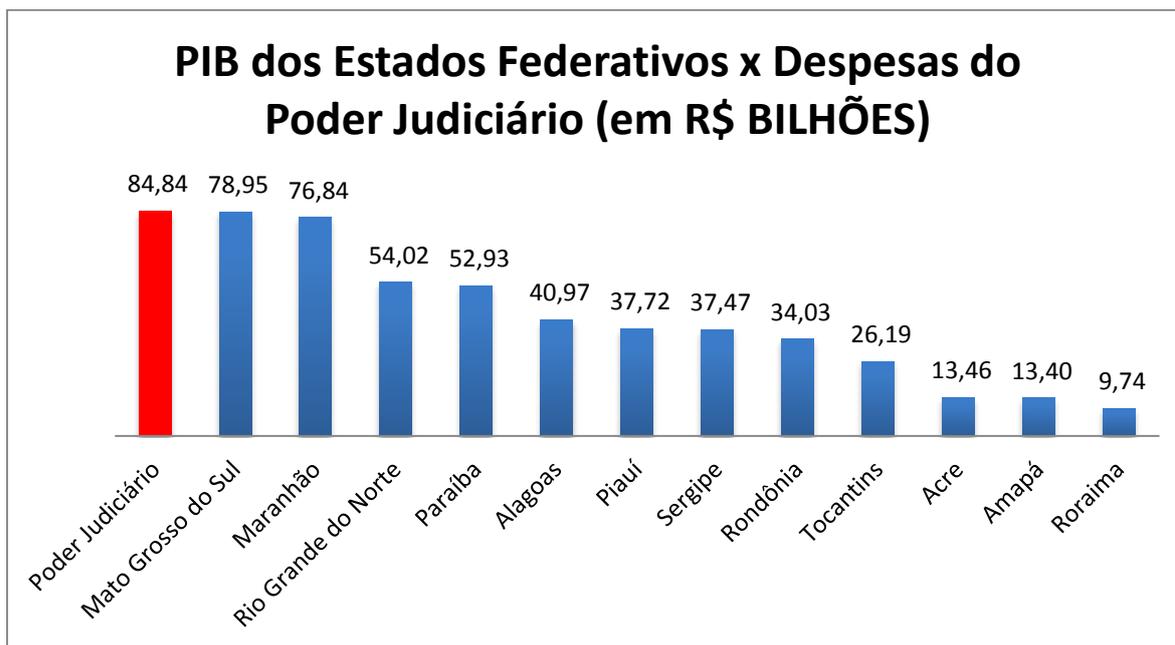
4.1.5 A inconveniência na adoção de medidas onerosas de aperfeiçoamento do sistema de justiça devido ao alto custo do Poder Judiciário brasileiro

O Brasil tem um Poder Judiciário caro para a sociedade. Assim, além dos dados sobre litigância, carga de trabalho e número de magistrados e advogados que atuam no Poder Judiciário brasileiro, é também necessário levantar as informações decorrentes do custo da máquina judiciária para os cofres públicos. Isso porque defende-se nesta tese a hipótese de que, uma vez vislumbrado que medidas de aumento de capacidade de processamento de demandas pelo Poder Judiciário não têm gerado uma diminuição na taxa de congestionamento, devem ser priorizadas políticas de aperfeiçoamento que não impliquem mais dispêndio de recursos públicos.

A importância do estudo do financiamento do Poder Judiciário decorre da observação de que seu custeio é apenas parcialmente realizado pelos próprios litigantes, grande parte deles habituais. No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 56) apontou que apenas 24% da arrecadação do Poder Judiciário decorreu do pagamento de custas, emolumentos e eventuais taxas. Isso significa que a maior parte do custo do Poder Judiciário é distribuída entre todos os contribuintes, inclusive aqueles que não utilizam esse serviço. Em 2016, a despesa total do Poder Judiciário representou um montante de R\$ 84,846 bilhões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 37) e, historicamente, tem crescido em uma taxa média de 3,9% ao ano¹³⁹ (para o período 2011-2016) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017a, p. 53). Do ano de 2011 para o ano de 2016, o custo do Poder Judiciário passou de 71,1 bilhões para 84,8 bilhões. A partir desses dados, observa-se um aumento de despesa na quantia de quase 13,7 bilhões de reais. Com fins ilustrativos, pode-se comparar, no Gráfico 7, o valor da despesa do Poder Judiciário com o Produto Interno Bruto (PIB) dos Estados brasileiros:

¹³⁹ Esse valor leva em consideração a atualização monetária pelo IPCA, com a finalidade de descontar as influências inflacionárias, e não abarca o período anterior a 2011, porque não eram computados os dados da Justiça Eleitoral, Justiça Militar, do STJ, STM e TSE.

Gráfico 7 – PIB dos Estados Federativos x Despesas do Poder Judiciário (em R\$ bilhões)

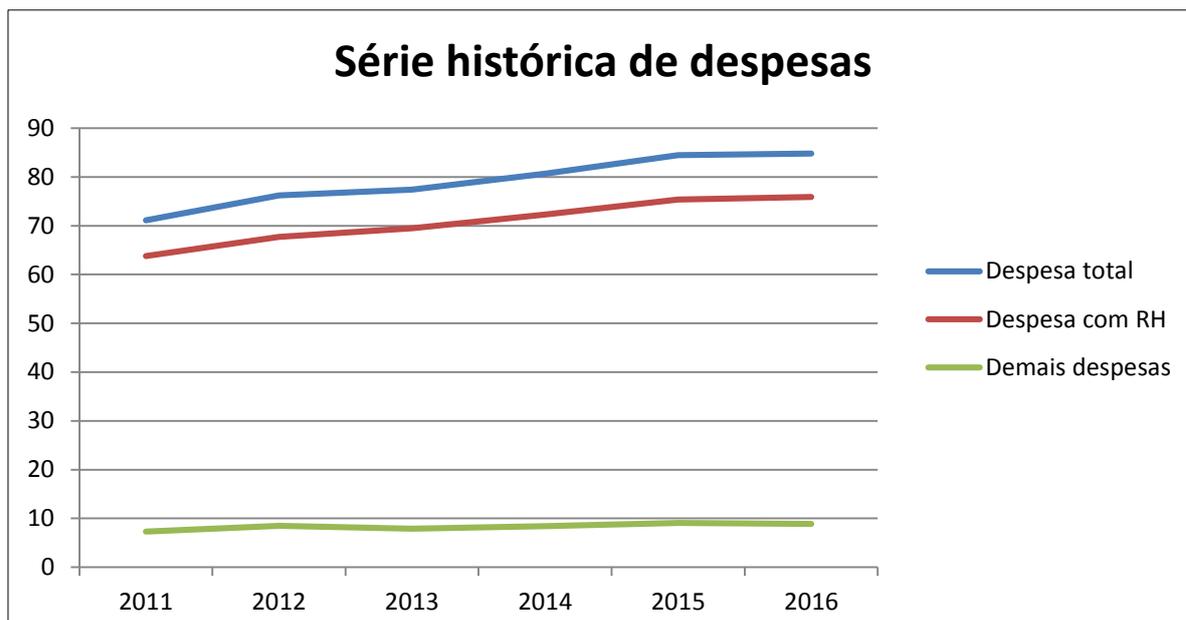


Fonte: IBGE (acesso em 27 jun. 2017).¹⁴⁰

O Judiciário gastou, em 2016, um valor maior do que aquele gasto individualmente por 12 unidades federativas, o que permite contextualizar a dimensão dos recursos que são utilizados por esse Poder. Além disso, a distribuição desses recursos se dá entre custos de pessoal e custos de estrutura. A maior parte do gasto é com pessoal, mas a quantia despendida com infraestrutura e demais gastos giram em torno de 10 bilhões de reais por ano, na forma apresentada pelo Gráfico 8:

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://saladeprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=3315>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

Gráfico 8 – Série histórica de despesas



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017a).

Nota: Elaboração própria a partir dos dados do Relatório *Justiça em Números 2017* (2018).

Da leitura do gráfico, é possível apreender que a despesa com pessoal representa a maior parte dos gastos do Poder Judiciário. Além disso, observa-se que, apesar de ter aumentado por todo o período 2011-2016, a taxa de crescimento foi reduzida no período 2015-2016. O ano de 2016, inclusive, foi marcado por ter o menor crescimento da série histórica, alcançando um patamar de 0,4% em relação ao ano anterior (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33). Essa redução no crescimento da despesa, no entanto, não significa, ainda, aperfeiçoamento na efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que, conforme apresentado, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário continua crescente.

Outro dado importante em relação à despesa do Poder Judiciário é a sua relação com o PIB, o que permite a comparação com as despesas de sistema de justiça de outros países. No período 2011-2016, a despesa média do Poder Judiciário brasileiro foi de 1,29% do PIB nacional. Essa despesa nunca deixou de aumentar, mas 2016 foi o ano em que teve o menor crescimento da série histórica, o pode ser explicado pela crise econômica e pela retração da economia vivida pelo Brasil¹⁴¹. Em resumo, as informações correlatas ao crescimento da despesa do Poder Judiciário em relação ao PIB brasileiro podem ser condensadas na Tabela 2:

¹⁴¹ “A economia brasileira passou nos últimos anos por uma brusca virada, saindo de um *boom* econômico para uma profunda recessão. O Brasil divulgou nesta terça-feira (7) [07/03/2017] seu segundo ano seguido de

Tabela 2 – Crescimento da despesa do Poder Judiciário em relação ao PIB brasileiro

Ano-base	Despesa PJ	Crescimento de despesa do PJ em relação ao ano-base anterior	Relação entre despesa do PJ e PIB	Fonte
2011	50,3 bilhões	13,4%	1,24%	CNJ, 2012, p. 449
2012	57,2 bilhões	7,2%	1,3%	CNJ, 2013, p. 298
2013	61,6 bilhões	1,5%	1,3%	CNJ, 2014, p. 32
2014	68,4 bilhões	4,3%	1,2%	CNJ, 2015, p. 29
2015	79,2 bilhões	4,7%	1,3%	CNJ, 2016, p. 33
2016	84,8 bilhões	0,4%	1,4%	CNJ, 2017, p. 37

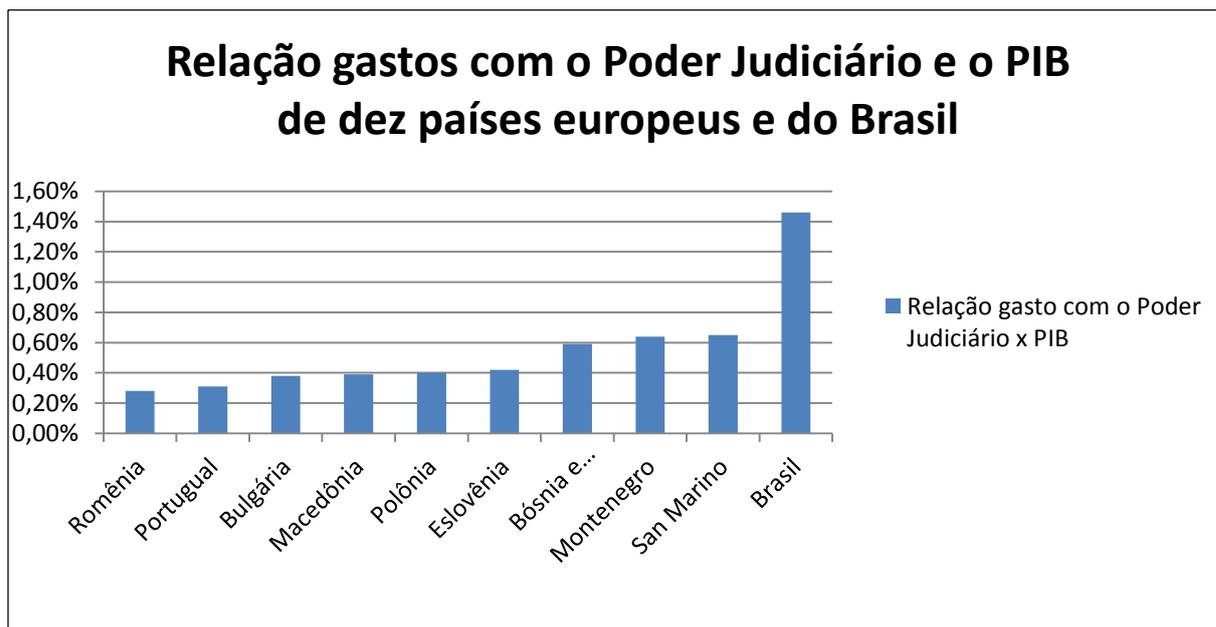
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017).

Nota: Elaboração própria a partir das respectivas fontes da Tabela (2018).

Por mais que a demanda de processos seja alta no Brasil, isso não explica o enorme custo que o Poder Judiciário brasileiro possui. Comparativamente, o Brasil possuía, em 2008, a justiça mais cara dentre 39 países analisados pelo Conselho Nacional de Justiça (2011c) sobre esse item. Nenhum outro desses países gasta mais de 1% do seu PIB com o Poder Judiciário. A partir dos dados dos 10 países dessa amostra que mais gastam com o Poder Judiciário, é possível fazer a seguinte representação gráfica (Gráfico 9):

retração no Produto Interno Bruto (PIB), o pior resultado da economia já registrado pelo IBGE. Em 2016, a economia encolheu 3,6%. Em um passado recente, a realidade era inversa e o país registrou seu maior avanço do PIB em 20 anos em 2010, quando a economia cresceu 7,5%” (TREVIZAN, 2017).

Gráfico 9 – Relação de gastos com o Poder Judiciário e o Produto Interno Bruto de dez países europeus e do Brasil



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011b).

Nota: Elaboração própria a partir dos dados apresentados pelo *Estudo Comparado sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicção no contexto internacional* (2018).

Esses dados reforçam que os gastos com o Poder Judiciário comprometem uma parcela significativa do PIB e não significam uma prestação jurisdicção eficiente. Assim, é possível tecer algumas conclusões sobre como a análise da despesa do Poder Judiciário afeta o quadro de morosidade sistêmica por ele vivido.

Por um lado, o Poder Judiciário brasileiro não consegue ter uma produtividade compatível com sua carga de trabalho. Por outro, já é destinada uma parcela significativa da riqueza nacional para o seu custeio. Essa realidade traz a discussão sobre a necessidade de se encontrar um padrão de Poder Judiciário eficiente e factível com a realidade socioeconômica brasileira.

Medidas que, para aumentar a capacidade de processamento, aumentam a onerosidade do Poder Judiciário, aproximando-o, por exemplo, do modelo dinamarquês, enfrentam o entrave da realidade diferente, em que uma parcela vultosa de recursos já é destinada ao judiciário. Enquanto o Brasil gasta 1,4% do PIB e precisaria praticamente dobrar a produtividade para conseguir atender à carga de trabalho, a Dinamarca possui o quántuplo de produtividade (1616 contra 8075 processos por juiz), mas utiliza-se de apenas 0,1% do seu PIB para tanto.

É preciso ressaltar, ainda, que a projeção de diminuição da taxa de crescimento das despesas indica que o Poder Judiciário precisará melhorar sua performance com menos disponibilidade

de recurso. Tais afirmações e dados levam a inferir que aumentaram as despesas e, conseqüentemente, a infraestrutura do Poder Judiciário. Aumentou a produtividade dos magistrados e dos servidores, mas isso não resultou em eficiência, já que a taxa de congestionamento é crescente. Também se pode inferir que não é a capacidade de aumento no processamento das demandas que permitirá alcançar a solução, bem como o cenário internacionalmente considerado sugere que há necessidade de reduzir drasticamente o custo do Poder Judiciário brasileiro.

Sendo assim, a relevância desses dados na composição do âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça se justifica na medida em que cria uma ressalva sobre medidas que, apesar de buscarem efetivar a retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário, impõe uma maior onerosidade para seu custeio. Não se trata de uma proibição imperativa de adoção de medidas mais onerosas de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, mas de levar o custo das propostas como uma variável relevante para avaliar a conveniência delas.

4.2 A PARTICIPAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A exposição de dados estatísticos feita até aqui demonstra que o Poder Judiciário brasileiro possui uma série de entraves para uma performance adequada à demanda a ele submetida. Por possuir mais de 100 milhões de processos em tramitação e um índice de congestionamento superior a 70%, o Brasil está em um processo de contínuo acréscimo do acúmulo de trabalho, que nega a normatividade do direito fundamental de acesso à justiça e impede a retroalimentação desse direito com o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Já no tópico 4.1, observou-se que o Estado é o principal litigante perante o STF. Ele está presente na maior parte das demandas submetidas a esse tribunal em um dos polos do litígio. Esses dados auxiliam a demonstrar que a utilização do Poder Judiciário não é homogeneamente distribuída entre os jurisdicionados, mas concentrada em certos perfis de litigantes.

Este tópico é destinado a demonstrar que esse fenômeno se repete nas instâncias inferiores do Poder Judiciário. Para isso, descreve-se o impacto quantitativo da participação do Estado (pessoas jurídicas de direito público) na formação do perfil dos principais litigantes das instâncias inferiores do Poder Judiciário e identifica-se quais classes de processos são aquelas em que eles estão presentes. Para tanto, utiliza-se, como principais fontes de dados empíricos,

o estudo do Conselho Nacional de Justiça (2011d; 2012) denominado *100 maiores litigantes e* o produzido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) *O uso da justiça e o litígio no Brasil* (2015).

Na segunda edição da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 7), entre todos os casos novos submetidos à apreciação do Poder Judiciário¹⁴² em 2011, 35,5% deles tinham como parte um dos 10 maiores litigantes daquele ano, de forma que representaram 32,5% dos processos na Justiça Estadual, 93,5% na Justiça Federal e 5,5% na Justiça do Trabalho. A lista dos 10 maiores litigantes do ano de 2011, conforme o estudo do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 15-31), indica que os principais ocupantes do Poder Judiciário brasileiro estão vinculados ao poder público, ao setor financeiro e ao setor de telecomunicações, conforme a Tabela 3:

Tabela 3 – Maiores litigantes do Poder Judiciário (2012, segunda edição)

Ordem	100 maiores litigantes da Justiça Comum	100 maiores litigantes nos Juizados Especiais
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
2	B.V. FINANCEIRA S/A	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
3	MUNICÍPIO DE MANAUS	UNIÃO
4	FAZENDA NACIONAL	B.V. FINANCEIRA S/A
5	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	TELEMAR S/A
6	UNIÃO	BANCO SANTANDER BRASIL S/A
7	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	BANCO ITAUCARD S/A
8	BANCO BRADESCO S/A	BANCO BRADESCO S/A
9	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	BANCO ITAÚ S/A
10	BANCO ITAUCARD S/A	BANCO DO BRASIL S/A

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2012).

Nota: Elaboração própria a partir de dados extraídos da segunda edição da pesquisa *100 maiores litigantes* (2018).

Além disso, os setores públicos federal, estadual e municipal que, conforme a método de pesquisa, não abarcam as empresas públicas e de economia mista (CONSELHO NACIONAL

¹⁴² A pesquisa compreende o universo de todos os casos ajuizados em 2011 dos “Tribunais de Justiça dos Estados, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 5). Também o método utilizado para a aquisição dessas informações está disponível em *100 maiores litigantes* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 5).

DE JUSTIÇA, 2012, p. 6), representam 22,77% de todos os processos que ingressaram no Poder Judiciário em 2011 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 8).

A participação do setor público era ainda mais relevante na primeira edição da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2011d, p. 3), quando não foram analisados apenas os processos que ingressaram no Poder Judiciário no ano de 2010, mas também todos aqueles que não haviam sido baixados definitivamente até 31 de março de 2010. Nessa amostra, os setores públicos federal, estadual e municipal participavam de 51% dos processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011d, p. 14).

O *ranking* dos dez maiores litigantes é parcialmente diferente na primeira amostra, apesar de se manterem as três classes (setor público, setor financeiro e setor de telecomunicações) como as mais litigantes do Poder Judiciário brasileiro, na forma da Tabela 4:

Tabela 4 – Dez maiores litigantes do Poder Judiciário (2011, primeira edição)

Ordem	100 maiores litigantes da Justiça Comum	Repr.
1	INSS - INSTITUTONACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,33%
2	CEF – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	8,50%
3	FAZENDA NACIONAL	7,45%
4	UNIÃO	6,97%
5	BANCO DO BRASIL S/A	4,24%
6	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,24%
7	BANCO BRADESCO S/A	3,84%
8	BANCO ITAÚ S/A	3,43%
9	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	3,28%
10	BANCO FINASA S/A	2,19%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011d, p. 5).

Nota: Elaboração própria a partir de dados extraídos da primeira edição da pesquisa *100 maiores litigantes* (2018).

A comparação dos dados fornecidos pela primeira e segunda edições da pesquisa *100 maiores litigantes* permite aferir que, quando considerados não apenas os casos novos, mas também os pendentes, a porcentagem de participação dos dez maiores litigantes aumenta, sugerindo que os litigantes habituais do Poder Judiciário possuem influência na formação do problema de incapacidade do Poder Judiciário de lidar com o acervo. Além disso, a diferença de participação do setor público, quando considerados os processos em estoque (22,77% contra 51%), indica que as demandas em que figuram as pessoas jurídicas de direito público são, ao mesmo tempo,

as mais ajuizadas perante o Poder Judiciário e as com maiores dificuldades de serem baixadas definitivamente.

Outra informação apresentada pela pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 10) é o percentual de processos em que o setor público figura no polo ativo e no polo passivo do primeiro grau de jurisdição. No setor público federal, o Estado representou 7,5% das ações que ingressaram em 2011 (2,2% no polo ativo e 5,3% no polo passivo). No setor público estadual, o número de processos em que o Estado estava presente foi de 4,3% do total (1,8% no polo ativo e 2,5% no polo passivo). Já no setor público municipal, o Estado representa 9,2% dos processos e existe uma predominância no polo ativo (8,5% no polo ativo e 0,7% no polo passivo).

Com tais dados, é possível refletir como essa participação massiva do próprio Estado no Poder Judiciário corrobora para a crise do Poder Judiciário, em especial, no que tange à morosidade sistêmica, comprometendo a promessa constitucional de cidadania pelo acesso à justiça.

4.2.1 O Estado brasileiro em juízo e a utilização das vantagens da litigância habitual

Quando Marc Galanter (1974), no artigo *Por que quem “tem mais” sai na frente: especulações sobre o limite da transformação no direito*, propôs a distinção entre litigantes eventuais (*one-shotter player*) e litigantes habituais (*repeat player*), ele buscou elaborar um conjunto de hipóteses sobre as vantagens competitivas que determinados perfis de litigantes possuem ao utilizar o Poder Judiciário.

Segundo Galanter (1974, p. 97-99), são litigantes eventuais aqueles que utilizam o Poder Judiciário apenas ocasionalmente, provavelmente sobre matérias diversas (GALANTER, 1974, p. 97). Por conta disso, eles se preocupam mais com o resultado de cada caso e possuem interesses mais tangíveis e imediatos. Os litigantes eventuais são, geralmente, indivíduos e pequenas organizações, de forma que, por terem poucas demandas, possuem custos iniciais para contratação de serviços de advocacia e pagamentos de taxas relativamente maiores, o que faz com que, também, o custo da derrota no processo seja mais danoso. Enquanto isso, os litigantes habituais, que geralmente são organizações com mais recursos, podem aproveitar a série de demandas em que figuram como parte para ganhar em uma economia de escala. Em suma, pode-se dizer que o litigante eventual possui uma estratégia de curto prazo (apenas para aquele

processo), enquanto o litigante habitual pode adotar uma estratégia de longo prazo (GALANTER, 1974, p. 98).

Bahaar Hamzehzadeh (2010) buscou verificar as hipóteses de Galanter no caso do “Wal-Mart Stores, Inc”. A partir dos dados coletados na seara trabalhista, foram identificadas três fases na litigância da rede varejista. Entre as décadas de 1960 e 1970, o Wal-Mart era um típico litigante eventual, tendo sido demandado apenas duas vezes. Na década de 1980, o número de demandas subiu para 121 casos, momento em que o perfil de litigância começou a ser alterado. Por fim, nas décadas de 1990 e 2000 o Wal-Mart já possuía um perfil de litigância habitual, tendo sido demandado 1734 e 2950 vezes nessas décadas, respectivamente (HAMZEZHAADEH, 2010, p. 250).

Os resultados dessa pesquisa apresentaram indícios que corroboram as hipóteses de Galanter. No primeiro período, o Wal-Mart não venceu nenhum dos processos trabalhistas em que figurou como parte. No segundo período, venceu 12 casos de uma amostra de 24, ou seja, 50%. No terceiro período, o Wal-Mart apresentou uma taxa de sucesso de 67% de uma amostra de 100 processos da década de 1990 e 66% de uma amostra de mesma quantidade na década de 2000 (HAMZEZHAADEH, 2010, p. 255), levando-se em consideração apenas os casos em que a sentença determinou a improcedência total dos pedidos (HAMZEZHAADEH, 2010, p. 252).

Quando Galanter (1974, p. 101) discorreu sobre os diferentes interesses de litigantes habituais e eventuais, sugeriu que, porquanto os primeiros podem buscar resultados de longo prazo, é conveniente para eles negociar com as partes nos casos em que a probabilidade de perda é maior e aguardar para litigar naqueles casos em que é possível gerar precedentes a seu favor. Isso permitiria aos litigantes habituais manter uma taxa alta de sucesso perante o Poder Judiciário; manter uma boa reputação para negociações futuras e, ao mesmo tempo, evitar decisões judiciais que poderiam implicar em mudanças de suas políticas e práticas organizacionais (TALESH, 2004, p. v).

As ideias de Galanter motivaram uma nova agenda de pesquisa e, nesse sentido, permitiram que diversos outros estudos ao redor do mundo fossem possíveis. Para os fins desta tese, cabe analisar como esses estudos demonstram a aplicação da teoria de Galanter quando o Estado é parte dos processos.

Songer, Sheehan e Haire (2003, p. 88), ao testarem a hipótese de Galanter a partir das categorias de litigantes (indivíduos, classe empresarial, governo local ou estadual e governo federal),

aferiram que o litigante mais bem-sucedido dos tribunais norte-americanos é o próprio Estado. Esses pesquisadores utilizaram como parâmetro um indicador denominado ‘vantagem líquida’ (*net advantage*), que é o resultado da taxa de sucesso do litigante habitual no polo ativo menos a taxa de sucesso da parte oponente quando o litigante habitual está no polo passivo (KRITZER, 2003, p. 346).

Os índices de vantagem líquida [*net advantage*], como a taxa de sucesso global, demonstram que os “que tem mais” [‘*haves*’] tiveram em regra mais sucesso que os litigantes eventuais que presumidamente possuem menos recursos. [...] indivíduos, presumidamente a maioria daqueles litigantes eventuais que possuem um risco relativo maior em relação aos recursos, apresentaram uma vantagem líquida fortemente negativa. Litigantes da classe empresarial, uma categoria de litigantes que presumidamente possui um número não trivial tanto de litigantes habituais quanto litigantes eventuais, apresentaram uma vantagem líquida próxima a zero. Em contraste, os litigantes habituais do setor público apresentaram um índice de vantagem líquida fortemente positiva (SONGER; SHEEHAN; HAIRE, 2003, p. 94-95).

Essa constatação pode ser observada a partir da Tabela 5, que reproduz a “Tabela 3.2” do artigo científico desses pesquisadores:

Tabela 5 – Desempenho de litigância habitual do governo norte-americano

Litigante	Taxa de sucesso no polo ativo		Quando está no polo passivo, taxa de sucesso da parte oposta		Vantagem líquida	Taxa de sucesso combinada	Tamanho da amostra (em número de processos)
Indivíduo	26,1%	-	38,7%	=	-12,6	35,1%	9311
Classe empresarial	30,8%	-	33,6%	=	-2,8	48,2%	9313
Governo local ou estadual	45%	-	29,4%	=	+15,6	64,5%	2205
Governo federal	51,3%	-	25,7%	=	+25,6	70%	7319

Fonte: Songer, Sheehan e Haire (2003).

Nota: Reprodução da Tabela 3.2 do artigo *Do the “haves” come out ahead over time?*

Em pesquisa similar, Kritzer (2003, p. 351) indica que essa discrepância na vantagem líquida do Estado norte-americano com outras classes de litigantes decorre porque ele, além de possuir as vantagens comuns a qualquer litigante habitual, também possui forte influência na elaboração e alterações das leis, tem estruturas que permitem filtrar os casos com poucas chances de sucesso e pelo fato de que os órgãos de julgamento também são órgãos governamentais. Tendo em vista esse quadro geral de vantagem competitiva para os litigantes

habituais do Poder Judiciário norte-americano e, em especial, para os litigantes do setor público, as pesquisas indicadas fornecem índices para reforçar a hipótese de Galanter.

No caso brasileiro, não existem, nas fontes pesquisadas, dados sobre a litigância no judiciário que permitam aferir, com a mesma precisão das pesquisas sobre a realidade norte-americana, as características da utilização da litigância habitual do Estado. No entanto, já é possível demonstrar duas formas desse comportamento pelas pessoas jurídicas de direito público.

A primeira delas é a utilização do Poder Judiciário para negar efetividade a direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, de forma que o Estado se utiliza da morosidade do Judiciário para postergar as prestações devidas. Esse comportamento foi identificado em relatório produzido pelo Banco Mundial (2004, p. 135), em que se vislumbrou que uma das dimensões da crise do Poder Judiciário decorre da má qualidade das políticas públicas promovidas pelo Poder Executivo, que desaguam em ações em massa, quadro que é intensificado porque o Estado tem a cultura de recorrer para controlar seu fluxo de caixa.

É possível, a partir dos estudos produzidos pela FGV (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 68) sobre a taxa de derrota dos maiores litigantes do STF e da combinação com outros dados, apresentar indícios empíricos sobre essa situação no Brasil. Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 68) elaboraram uma “taxa mínima de derrotas no polo ativo”¹⁴³ para os maiores litigantes do STF, que pode ser reproduzida na forma da Tabela 6 a seguir:

¹⁴³ Para o método de formação desta taxa, cf. Falcão; Cerdeira; Arguelhes (2011, p. 68).

Tabela 6 – Taxa mínima de derrotas no polo ativo para os maiores litigantes do STF

N.	PARTE	PROCESSOS	% DE PROCESSOS	% ACUMULADA DE PROCESSOS	PROCESSOS NO POLO ATIVO	TAXA DE LITIGANCIA ATIVA	TAXA MÍNIMA DE DERROTAS NO POLO ATIVO
1	Caixa Econômica Federal (CEF)	211.420	18,87%	18,87%	206675	97,76%	53,11%
2	União	184629	16,48%	35,34%	126.677	68,61%	52,86%
3	Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)	166653	14,87%	50,21%	125351	75,22%	43,55%
4	Estado de São Paulo	47.771	4,26%	54,48%	22.983	48,11%	57,87%
5	Banco Central do Brasil	26.429	2,36%	56,84%	24.984	94,53%	62,74%
6	Estado do Rio Grande do Sul	23.432	2,09%	58,93%	13.329	56,88%	58,02%
7	Município de São Paulo	22.391	2,00%	60,93%	16.438	73,41%	62,47%
8	Telemar Norte leste S/A	14.765	1,32%	62,24%	14.143	95,79%	61,46%
9	Banco do Brasil S/A	12.579	1,12%	63,37%	8.650	68,77%	50,43%
10	Estado de Minas Gerais	12.428	1,11%	64,47%	6.723	54,10%	46,76%
11	Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul (Ipergs)	10.724	0,96%	65,43%	3.486	32,51%	55,82%
12	Distrito Federal	10.366	0,93%	66,36%	5.686	54,84%	65,81%

Fonte: Falcão, Teixeira e Arguelhes (2011).

Nota: Reprodução de tabela elaborada pelo Relatório *Supremo em Números: o múltiplo supremo*.

Segundo os dados de Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 68), os maiores litigantes no STF são pessoas jurídicas de direito público e possuíam, no ano de 2010, uma taxa mínima de derrota maior que 50% quando no polo ativo das causas de controle concreto de constitucionalidade. Isso significa que elas perdiam a maioria dessas ações que impetravam.

Para explicar esse fenômeno, Ferraz Júnior, Maranhão e Azevedo (2009, p. 21) consideram que:

O Estado é o agente que mais comumente emprega a estratégia de entrar com ações e apelações, mesmo quando sabe que tem poucas chances de vitória. [...] A existência dessa prática é bastante compreensível quando se leva em conta a quase ausência de restrição de recursos para litigar do Estado, e quando se leva em conta os incentivos perversos do ciclo eleitoral de qualquer democracia moderna: o político devedor de hoje tem incentivos para postergar ao máximo o pagamento da dívida, dado o seu horizonte eleitoral incerto. Esta superutilização do Judiciário com fins meramente protelatórios merece, de fato, mais atenção por aqueles preocupados com a eficiência judicial.

Quando os autores falam da ausência de restrições de recursos para litigar, pode-se enfatizar exemplos de práticas de desoneração como a isenção de custas e de depósitos. É o caso da legislação paulista (Lei nº 11.608/2003), que disciplina que “Art. 6º. A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária”¹⁴⁴ (SÃO PAULO, 2003). No mesmo sentido, a legislação trabalhista (Decreto-Lei nº 779/1969) também isenta as pessoas jurídicas de direito público do depósito para interposição de recursos²¹⁴⁵.

Às vantagens mencionadas pelos referidos autores soma-se, ainda, o fato de a efetivação de direito social por meio de cumprimento de decisão judicial representar, para a administração pública, a possibilidade de realizar gasto à revelia das normas de licitação ou de responsabilidade fiscal, de forma que a reparação à violação do direito de um jurisdicionado não representa uma alteração nas práticas estatais.

Isso forma o que Joaquim Falcão (2008, p. 254) denomina “uso patológico” da administração da justiça. Em situações como essas, não apenas se nega a necessidade de retroalimentação entre o acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça. Na verdade, subverte-se a garantia constitucionalmente assegurada ao cidadão e a transforma em instrumento de violação de direitos.

¹⁴⁴ No caso específico da Execução Fiscal, também é possível vislumbrar como exemplo de desoneração dos custos de litigância para as pessoas jurídicas de direito público, os precedentes no STJ no sentido de isentar as pessoas jurídicas de direito público do pagamento de custas por conta do art. 39 da Lei de Execuções Fiscais. Nesse sentido: “Art. 39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou prévio depósito”.

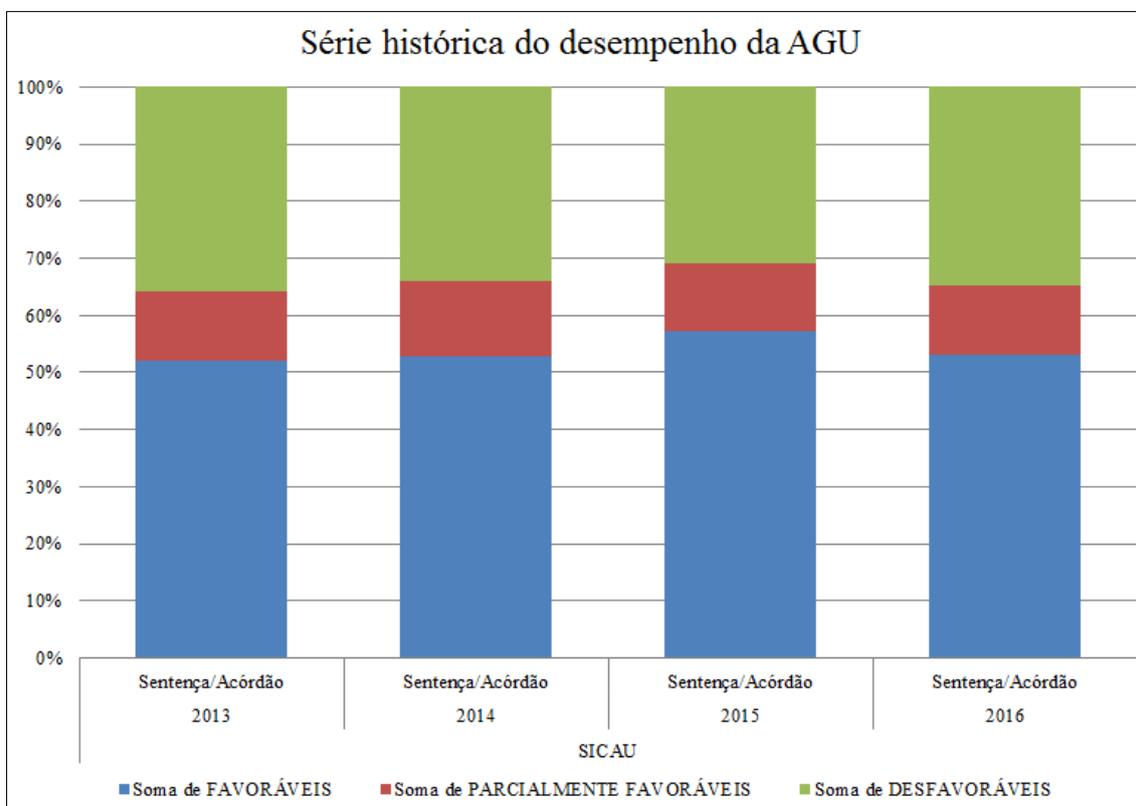
¹⁴⁵ “Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: [...] IV – a dispensa do depósito para interposição de recurso; [...]” (BRASIL, 1969).

A segunda forma de aproveitamento da litigância habitual pelo Estado tem sido observada mais recentemente, a partir de 2013. Trata-se da atuação coordenada da advocacia pública em nível federal que, tal qual sugerido por Galanter (1974), faz o controle e o monitoramento, dando comportamento dos tribunais menos alinhados aos interesses do Estado.

Dados da Procuradoria-Geral da União (BASILE, 2014) indicam que, em 2012, a União conseguiu um saldo de apenas 38% de vitória dentre todas as ações perante o Poder Judiciário. Esse quadro foi alterado em 2013, quando a marca de vitórias alcançou 53%¹⁴⁶. “A virada se deu devido a um planejamento estratégico, pelo qual os advogados e procuradores da União passaram a dar atenção especial aos juízes que costumam tomar decisões contrárias ao Poder Público” (BASILE, 2014).

Com o auxílio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, esses dados foram verificados junto à Advocacia-Geral da União (AGU), resultando no Gráfico 10, a seguir.

Gráfico 10 – Série histórica do desempenho da AGU



Fonte: Serviço de Informação ao Cidadão (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

¹⁴⁶ Esses dados são preliminares e foram retirados de notícia vinculada no sítio eletrônico da AGU. Foram solicitados, por meio da Lei de Acesso a Informação, dados mais atualizados e mais precisos sobre a situação da União perante o Poder Judiciário.

Os dados recebidos informam que a AGU, na série histórica, estava passando por uma alteração de sistema de acompanhamento de processos. Nesse sentido, utiliza-se, nesta tese, os dados referentes ao sistema SICAU, que foi descontinuado em 2016, mas que representa o período mencionado por Basile (2014) no que tange à melhora de desempenho da advocacia pública federal¹⁴⁷.

Além disso, não foram disponibilizados dados anteriores ao ano de 2012, apesar de solicitados. Em resposta à solicitação, o Serviço de Informação ao Cidadão (2018) informou:

Acerca do seu pedido de informação, todos os dados disponíveis nas bases de dados desta Procuradoria-Geral da União foram apresentados. A obtenção de outros dados demanda trabalho adicional de análise e consolidação, sendo aplicável à hipótese de disposto no art. 13, inciso III, do Decreto nº 7.724, de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 2011 [...]

Apesar dessa limitação de informações, observa-se que o quadro de vitórias, que saltou de 38% para mais de 50%, se manteve no período entre 2013 a 2016. Entre as medidas adotadas pela União para essa mudança nos resultados de litigância, estão a identificação e o monitoramento dos juízes que são refratários aos interesses do governo federal, a uniformização da estratégia de atuação nos diversos entes da federação e uma maior presença física dos advogados da União nas varas e tribunais para aceleração de atos processuais (BASILE, 2014). É possível inferir, a partir da apresentação desses dados, que o Estado brasileiro, pelo menos em âmbito federal, tem adotado medidas para aproveitar as vantagens que a litigância habitual pode lhe conceder.

Essas medidas demonstram que, há menos de dez anos, o governo federal tem se organizado para atuar estrategicamente no Poder Judiciário, isso sem falar nas prerrogativas processuais que a fazenda pública tem quando em juízo¹⁴⁸. Também trazem indícios que confirmam a hipótese de Galanter, no que concerne ao fato de litigantes habituais terem a potencialidade de recorrer a características outras (diversas do mérito dos argumentos) para aperfeiçoar sua margem de sucesso perante o judiciário. Além disso, é possível inferir que, na medida em que o planejamento estratégico do Estado permitiu a ele aumentar sua taxa de sucesso, os demais

¹⁴⁷ “Em atenção à sua solicitação sobre o histórico da quantidade de processos que a AGU venceu nos últimos anos, cumpre esclarecer que a AGU possui dois sistemas de acompanhamento e trâmite de processos administrativos e judiciais: o Sistema Integrado das Ações da União (SICAU) e o Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS). Os mencionados sistemas não dispõem de filtros que facilitem a busca e não emitem relatórios que especifiquem o detalhamento de informações, razão pela qual não conseguimos classificar as informações como parte litigante, assunto, órgão jurisdicional, conforme solicitada” (SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO, 2018).

¹⁴⁸ Incluem-se como prerrogativas o reexame necessário (art. 496, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e prazos diferenciados para suas manifestações processuais (art. 183, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015).

litigantes (inclusive o cidadão quando pleiteia efetivação de direitos fundamentais) se inseriram em um quadro de desvantagem competitiva.

No que tange à formulação do âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça, é relevante expor que a utilização, pelo Estado, de vantagens competitivas decorrentes de sua litigância habitual, apesar de vantajosa para esse ente, ignora seu interesse primário de efetividade dos objetivos constitucionais.

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário também falha ao buscar corrigir, individualmente, os erros do Poder Executivo. Os dados apresentados demonstram que “o controle judicial dos abusos administrativos é mais eficientemente direcionado para forçar os administradores a mostrarem um desempenho de melhor qualidade” (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 135).

Assim, a necessidade de retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário valida a instituição de meios para equilibrar as forças entre o Estado e os demais litigantes, especialmente o cidadão em busca de direitos fundamentais, quando utiliza o Poder Judiciário.

4.2.2 A execução fiscal: caso extremo de ineficiência

O tópico anterior serviu para demonstrar as características e vantagens competitivas que os litigantes habituais possuem frente aqueles indivíduos que se utilizam do Poder Judiciário apenas eventualmente. Também foi demonstrado que o governo federal brasileiro tem se aperfeiçoado para aproveitar essas vantagens competitivas para, por um lado, negar efetivação de direitos fundamentais violados em massa por conta de má execução de políticas públicas e, por outro lado, monitorar o Poder Judiciário para conseguir ampliar sua taxa de sucesso em relação às teses jurídicas que interessam ao Estado, incluindo-se, assim, nas características de litigante habitual.

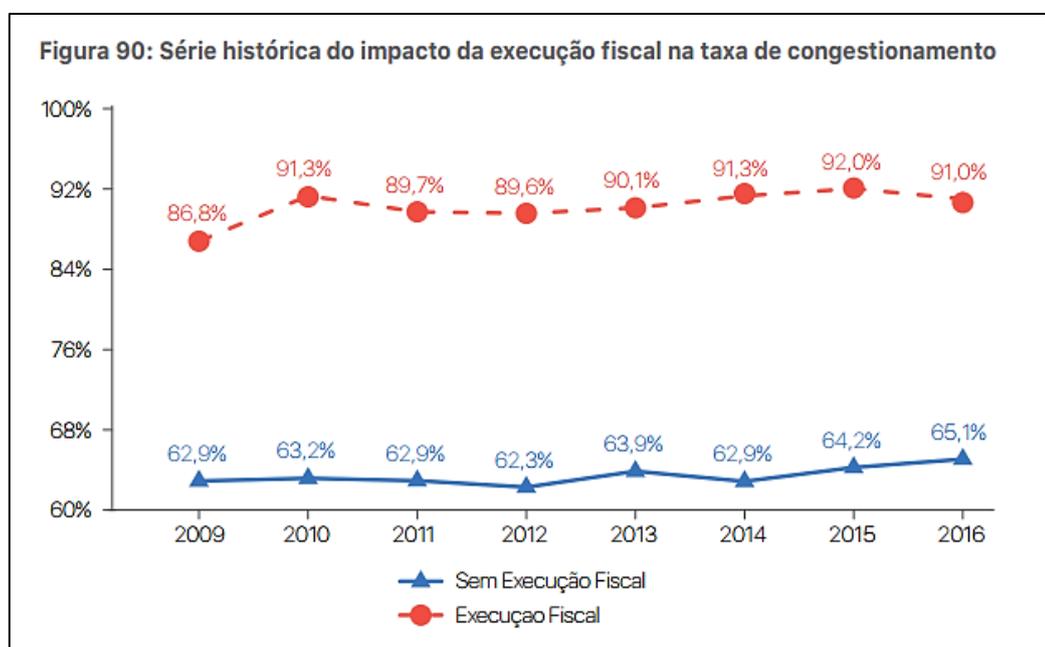
No tópico 4.1.2, quando se tratou do impacto das execuções, em sentido *lato*, no Poder Judiciário, mencionou-se que 75% das execuções pendentes de baixa são processos de execução fiscal. Assim sendo, o Conselho Nacional de Justiça (2017a, p. 63) considera que “[...] dentro do quadro geral das execuções, pode-se afirmar que o maior problema são as execuções fiscais”.

Uma das causas para esse fenômeno pode ser explicada em decorrência da presença de uma cultura de inadimplemento de tributos. Balthazar e Alves (2004, p. 183) tentam explicar esse comportamento por uma dimensão histórica, ao defenderem que

[...] o pagamento de tributos está associado à insegurança, numa aversão diretamente proporcional à sua história e do descaso político da burocracia estatal ante a população brasileira. A imposição tributária durante a colonização foi opressiva, desmedida, realizada de forma violenta, como no período da mineração. [...] A relação entre o fisco e contribuinte assemelha-se a um campo de batalha em que um lado está o cidadão e o outro o Estado.

Com essa contraposição de interesses, a execução fiscal possui forte impacto na taxa de congestionamento do Poder Judiciário. Sem sua presença, o congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65,1%. Isso se deve ao fato da taxa de congestionamento da execução fiscal alcançar patamares superiores a 90%, o que pode ser observado no Gráfico 10, que reproduz a “Figura 90” do Relatório *Justiça em Números 2017*:

Gráfico 11 – Série histórica do impacto da execução fiscal na taxa de congestionamento



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017a).

Nota: Reprodução da Figura 90 do Relatório *Justiça em Números*.

A observação da série histórica do congestionamento do Poder Judiciário com e sem os processos de execução fiscal demonstra que, nos últimos 8 anos, a disparidade média foi de 27,5 pontos percentuais. Ao tratar dessa realidade, o relatório do Conselho Nacional de Justiça (2017a, p. 111) também aponta que

[...] os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 38% do total de casos pendentes [...]. Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65%

em 2016 (redução de 8 pontos percentuais). A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (95%), e a menor, na Justiça Eleitoral (83%).

Observa-se, pois, que, se no caso das teses jurídicas, conforme apresentado no tópico 4.2.1, o Estado tem a possibilidade de se utilizar da litigância habitual como uma vantagem competitiva, no processo de execução, em que está no polo ativo e não se busca solucionar uma crise de certeza, mas de cooperação, também encontra uma série de barreiras decorrentes de sua própria ineficiência arrecadatória e da ineficiência da cobrança perante o Poder Judiciário. Não há estratégia vantajosa que possa “justificar” tamanha judicialização.

Nas execuções fiscais federais, a etapa de citação constitui um gargalo inicial, em apenas 3,5% dos processos dos executados comparecem espontaneamente. Em 47,4% dos casos, a citação não ocorre na primeira tentativa, sendo que em 36,9% de todos os feitos não há qualquer citação válida. Nas execuções em que ocorre a citação válida, 6,4% são promovidas por edital. Com isso, infere-se que, em 43,3%¹⁴⁹ dos casos, o Poder Judiciário não consegue encontrar o devedor (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p.19).

A não realização da citação na primeira tentativa, em decorrência da não localização do devedor, gera ainda mais ineficiência no sistema:

[...] cruzando-se a quantidade de ações nas quais ocorre pelo menos uma tentativa inexitosa de citação com o universo de executivos fiscais nos quais o devedor não é encontrado pelo sistema de justiça, chega-se à conclusão de que a localização imediata do executado é fundamental para o êxito da citação pessoal. Quando o devedor não é encontrado logo na primeira tentativa, as chances de que venha a ser localizado posteriormente caem para pouco mais de um terço (34,8% dos casos) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 20).

Dentro do universo das execuções fiscais que tramitam na Justiça Federal e que conseguem ultrapassar a etapa de citação válida do devedor, a penhora de bens se dá em apenas 25% e o leilão, por sua vez, acontece apenas na sexta parte das penhoras. Isso significa que o leilão (independente se com êxito ou não) só ocorre em 2,6% dessas ações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 19). Já acerca do procedimento de leilão, a pesquisa do IPEA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 20) ressalta que

[...] nas entrevistas realizadas ao longo da pesquisa, os diretores de secretaria e serventuários da Justiça responsáveis pela etapa do leilão demonstraram profundo

¹⁴⁹ Conforme entendimento do enunciado nº 414 da súmula do STJ, a citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades. Assim, ao somar-se os 36,9% dos feitos em que não há citação com 6,4% dos casos em que a citação ocorre por edital, tem-se o resultado de que em 43,3% dos processos de execução fiscal o Judiciário não encontra o devedor.

desalento com a complexidade dos atos administrativos e judiciais necessários à realização de um leilão, que são extraordinariamente burocráticos, demandam muito trabalho e são de pouca efetividade. Como resultado, muitas das varas da Justiça Federal implantadas nos últimos cinco anos jamais realizaram qualquer pregão.

A arrecadação média dos processos de execução fiscal da Justiça Federal é de R\$ 9.960,48 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 21). Entretanto, esse valor corresponde apenas aos processos em que a informação do valor pago foi identificada nos autos. O IPEA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 21) faz a seguinte ressalva sobre o método para se identificar o valor médio arrecadado nas execuções fiscais federais:

[...] o que é surpreendente, no que diz respeito às modalidades de pagamento, é a pouca informação existente nos autos sobre quem, de que modo e quanto pagou ao exequente. Em regra, os juízes não têm qualquer preocupação em verificar se a informação prestada pelo exequente é verdadeira, ou seja, se realmente houve o pagamento e qual o valor efetivamente pago. Por esta razão, em 20,9% dos casos não se sabe a modalidade de pagamento adotada, e em 37,1% dos processos não consta qualquer informação sobre o valor efetivamente apurado. Considerando-se apenas os casos em que esta informação encontra-se presente, pode-se afirmar que cada ação de execução fiscal resulta na arrecadação média de R\$ 9.960,48 em principal e R\$ 37,69 em custas judiciais (para uma mediana de zero). Levando-se em conta apenas os executivos fiscais extintos por pagamento [em dinheiro], este valor sobe para R\$ 23.751,18 em principal e R\$ 100,83 em custas judiciais (para uma mediana de R\$ 1.942,05 em principal e R\$ 10,64 em custas judiciais).

Medidas de aperfeiçoamento da execução fiscal sempre serão úteis na busca pelo aumento da eficiência do Poder Judiciário. No entanto, outro dado põe em xeque a racionalidade desse sistema de cobrança de dívida ativa na busca do devedor e de bens para satisfação do débito fiscal: a duplicidade dos procedimentos. Note-se que, anteriormente ao processo de execução, ainda no âmbito administrativo, existe a relação fisco/contribuinte com a dupla finalidade de formalizar o crédito fiscal (lançamento tributário) e de realizar a cobrança desse crédito. Esse processo administrativo¹⁵⁰ deriva do direito da administração pública exigir ou cobrar os tributos por meio de atos ou procedimentos unilaterais. Já nesses atos é necessário que o Poder Executivo respeite os direitos assegurados aos contribuintes, como a impessoalidade, moralidade, publicidade e o devido processo legal administrativo¹⁵¹ (D'EÇA, 2013). Portanto,

¹⁵⁰ “Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (MELLO, 2010, p. 487). Sobre a nomenclatura, o “[...] mais comum no Direito Administrativo é procedimento [administrativo], expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para os casos de contenciosos, a serem solutos por um ‘juízo administrativo’, como ocorre no ‘processo tributário’ [...]”. (MELLO, 2010, p.489, grifo do autor).

¹⁵¹ Por exemplo, o inciso LV, art. 5º da Constituição Federal estabelece que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

as garantias inerentes ao processo judicial também existem em relação ao processo administrativo.

Não obstante isso, é garantido, tanto ao fisco, quanto ao contribuinte, o acesso ao Poder Judiciário para questionar atitudes realizadas no decorrer desse trâmite, de modo que, após a finalização do procedimento administrativo sem o pagamento, a execução fiscal judicial é, na maioria das vezes, uma repetição das mesmas etapas. O insucesso do processo administrativo é reproduzido na esfera judicial.

Isso decorre de uma cultura de transferência de responsabilidade da cobrança dos tributos para o Poder Judiciário e ao mesmo tempo a fomenta. Falcão (2008, p. 256) explica:

Se os procedimentos e processos administrativos da administração fiscal não terminam dentro do período legal, muitos procuradores ajuízam ações nas vésperas do encerramento do prazo prescricional para evitar que a prescrição ocorra. Nesta sua prática diária, propõem milhares de novas ações. Judicializam a fiscalização de todo inacabada.

Em estudo produzido por pesquisadores da UFRGS, destacou-se o que foi denominado de “sistema de duplicidade de instâncias” (SOUZA JÚNIOR et al., 2011, p. 20). Segundo essa pesquisa, “as duas instâncias [administrativa e judicial] atuam de forma muito independente, quase como se fossem mundos à parte. Provas produzidas na esfera administrativa não são, em princípio, admitidas uma à outra”. O mesmo quadro foi exposto também no Relatório *Justiça em Números* do ano de 2016, em que se destaca:

[...] o processo judicial [de execução fiscal] acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional sem sucesso, de modo que chegam ao Judiciário justamente aqueles títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 119).

Diferentes de outros sistemas de execução fiscal ao redor do mundo, o Poder Executivo brasileiro não possui meios próprios de expropriação de bens. Pode, apenas, indicar bens à penhora, na forma do art. 797, inciso II, alínea c da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e art. 53 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Assim, imagina-se que todo processo de cobrança fiscal depende, necessariamente, do Poder Judiciário, criando uma “judicialização obrigatória” para a Fazenda Pública. Todavia, o que a lei impõe é que se faça a cobrança, impondo responsabilidade ao agente omissor. Isso não significa, necessariamente, que essa cobrança seja efetivada perante o Poder Judiciário. A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio

de 2000, prevê responsabilidade criminal e improbidade administrativa, imputáveis ao agente que se omite na cobrança. São alguns exemplos:

Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar [nº 101/2000] serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 (Crimes de Responsabilidade); o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores); a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos); e demais normas da legislação pertinente (BRASIL, 2000a).

No mesmo sentido, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, disciplina:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

[...] (BRASIL, 1992a).

Cobrar não significa transferir a responsabilidade pela cobrança e a ineficiência arrecadatória do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Tanto é assim que o STF admitiu como constitucional o protesto da Certidão de Dívida Ativa.¹⁵²

¹⁵² Ementa: Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade. 1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. [...] 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada “sanção política” vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias etc.). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos

Ao contrário, no sistema de execução fiscal estadunidense, após o lançamento do tributo devido (*assessment tax*), se o credor se recusa a realizar o pagamento, o Poder Executivo pode bloquear tantos bens do devedor quanto necessários (inclusive salários e dinheiro em conta bancária) e, após, propor a transferência da propriedade dos bens pela ação judicial de execução fiscal de penhor (*judicial foreclosure*) ou pela penhora administrativa (*levy*). Neste último, o próprio Executivo realiza o leilão para venda dos bens (SOUZA JÚNIOR et. al., 2011, p. 131). Acaso modelo similar fosse adotado no Brasil, a via judicial restaria reservada ao particular para impugnação dos atos de cobrança, em um ambiente judicial muito menos congestionado.

Outro dado que questiona a necessidade da repetição de procedimentos na esfera judicial é aquele proveniente da análise das causas para extinção do processo de execução fiscal. O pagamento integral da dívida corresponde a 36,8% dos casos que são extintos. A prescrição e a decadência são as causas de extinção de 27,7% dos processos. O cancelamento da inscrição do débito e a extinção sem julgamento do mérito representam, respectivamente 17% e 11,5% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p.20). Esses dados indicam que, em regra, o comportamento do contribuinte em débito com a fazenda pública é realizar o pagamento ou aguardar a prescrição do crédito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 38).

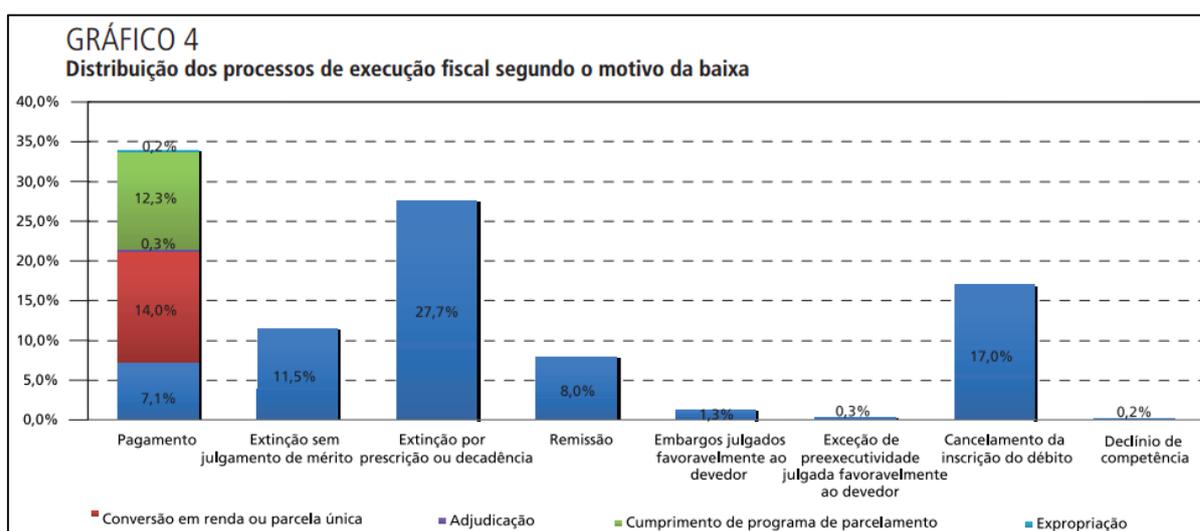
O índice de 27,5% de processos extintos por prescrição ou decadência é um dado que ajuda a reforçar a cultura do inadimplimento de tributo. A existência desses dois grupos de contribuintes inadimplentes, observada pelo CNJ, em que um realiza o pagamento após a cobrança e outro resolve aguardar a prescrição, pode ser explicada pelo fato de que o ajuizamento de demandas apenas a título de transferência de responsabilidade faz com que “[...] a crise se aliment[e] de si mesma. Menos processos ganhos significam mais incentivos para não

tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. 4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política” (ADI 5135, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018)

pagar e, conseqüentemente, mais ações ajuizadas [...]”, conforme observa o Banco Mundial (2004, p. 135).

Além disso, é baixa a utilização dos meios de defesa perante o Poder Judiciário. Houve ajuizamento de embargos de execução em apenas 4,4% dos casos e exceção de pré-executividade em 6,5% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 22). Isso representa apenas 1,6% das causas de todos os processos baixados no período analisado pelo IPEA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 21), conforme se verifica no Gráfico 11, que reproduz o “Gráfico 4” do IPEA:

Gráfico 12 – Distribuição dos processos de execução fiscal segundo o motivo da baixa



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011a).

Nota: Reprodução do Gráfico 4.

Tendo em vista a baixa taxa de questionamento dos pedidos da Fazenda Nacional nas ações de execução fiscal, o IPEA adota a seguinte posição:

[...] os mecanismos disponíveis para defesa são pouco acionados pelo devedor. Em regra, este prefere efetuar o pagamento, ou aguardar a prescrição do crédito. Logo, a simplificação dos procedimentos e o aumento da celeridade do processo de execução fiscal não comprometeriam as garantias de defesa do executado, mas resultaria melhoria na recuperação dos valores devidos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 38).

Diversas medidas foram adotadas para se alcançar a simplificação e agilidade necessárias, como a especialização das varas, virtualização dos autos, sistema eletrônico de bloqueio e constrição de bens (BACENJUD) e, inclusive, o aumento no número de servidores por processo. Apesar

disso, nenhuma dessas mediadas demonstraram, já em 2011, impactos significantes para alcançar uma maior agilidade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 35).

Em relação aos fatores usualmente apontados como cruciais na determinação do tempo de tramitação das ações de execução fiscal ou de sua efetividade, cabe registrar alguns aspectos relevantes quanto a sua significância na variação dos resultados:

- quanto à especialização das varas, não houve qualquer diferença significativa entre o desempenho das varas exclusivas de execução fiscal e o das varas mistas;
- quanto à virtualização de autos, não houve qualquer variação significativa de desempenho entre as varas que trabalham com autos físicos, digitais ou virtuais;
- quanto ao tempo em que o juiz exerce a jurisdição em um mesmo local, não se observou qualquer impacto significativo sobre o tempo médio de duração do executivo fiscal, mas há variações significativas no que tange ao motivo de baixa – quanto maior o tempo de atuação do juiz na vara, maior a probabilidade de que a execução fiscal resulte em pagamento;
- quanto ao uso do BACENJUD, não houve variação significativa entre o tempo de duração dos executivos fiscais nas varas que empregam prioritariamente o sistema e aquelas que o utilizam de modo apenas subsidiário;
- quanto ao número de processos por servidor, não se observou qualquer evidência significativa de que este indicador esteja correlacionado com o tempo de duração do executivo fiscal; [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 35).

O que essas informações auxiliam a corroborar é que as medidas de ampliação da capacidade de processamento das varas de execução fiscal não surtiram os efeitos desejados, sendo insuficientes para agilizar os processos de execução fiscal. Isso corrobora a conclusão alcançada por Falcão (2008, p. 253):

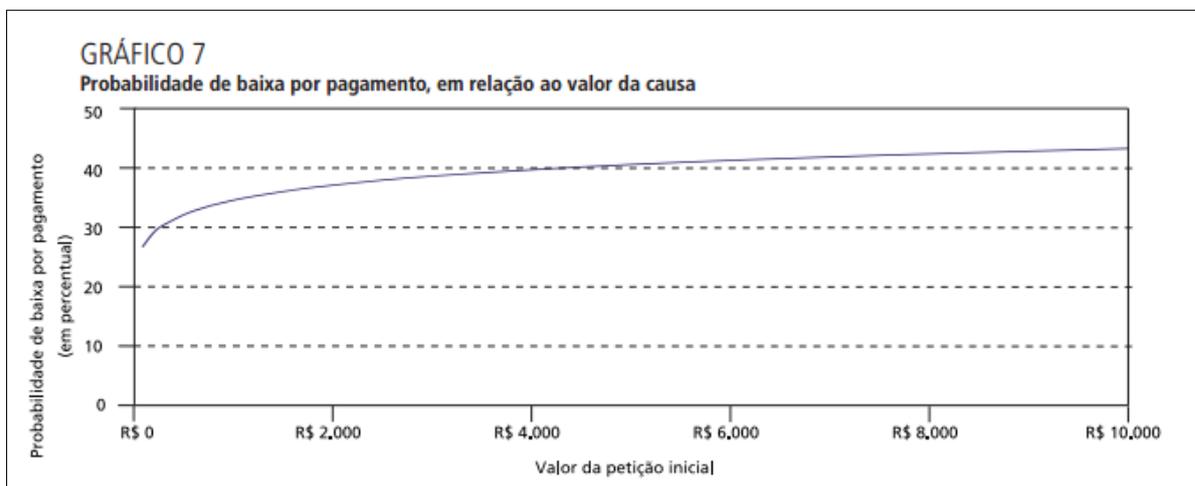
Se o foco da mudança for apenas um aperfeiçoar, conservar, reformar ou mesmo revolucionar o Poder Judiciário (leitor, escolha sua alternativa), ela será sempre ineficiente. Há que mudar, também, a natureza e a forma de suas relações com a sociedade, os profissionais jurídicos, os demais Poderes da República.

Do ponto de vista crítico, Galanter (1974, p. 124) especulou que em situações de sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário, a vinculação ao devido processo legal naturalmente tende a proteger o possuidor em relação ao credor. “Além do mais, as exigências do devido processo legal, com suas barreiras ou proteções contra a ação abrupta, naturalmente tendem a proteger o proprietário ou possuidor contra o requerente” (GALANTER, 1974, p. 124).

Assim sendo, a execução fiscal é um caso em que o congestionamento e a morosidade do Poder Judiciário correm em favor dos contribuintes inadimplentes e, nesse sentido, mitigam algumas vantagens da litigância habitual. Além disso, a grande variedade de litigantes que precisa enfrentar faz com que, na distribuição de alocação de recursos (principalmente tempo), o Estado reforce o trabalho em relação a grandes devedores, que têm menos chance de se utilizarem do gargalo da baixa eficiência da execução fiscal na citação do executado e na busca por bens a

serem penhorados. Isso pode ser observado pelo gráfico produzido pelo IPEA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 32) que correlaciona probabilidade de baixa por pagamento e valor da causa, reproduzido a seguir:

Gráfico 13 – Probabilidade de baixa por pagamento, em relação ao valor da causa



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011a).

Nota: Reprodução do Gráfico 7.

Da mesma forma, o Poder Judiciário tem se inclinado a priorizar a alocação de seus recursos na resolução das demandas mais fáceis de representar um incremento de produtividade, a fim de atender as exigências dos órgãos de correição. Nesse aspecto, segundo o IPEA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p. 32), “Durante o estudo, muitos magistrados relataram adotar a mesma prática [da Fazenda Pública]”. Ora, essa prática só agrava o problema de congestionamento dos casos pendentes. Galanter também teorizou sobre isso, afirmando que a situação de sobrecarga “[...] significa que existem mais compromissos no sistema formal do que recursos para honrá-los – mais direitos ‘nos livros’ do que é possível proteger ou executar. Há, assim, questões de prioridade na alocação dos recursos” (GALANTER, 1974, p. 122, grifo do autor).

A análise desses dados permite aferir três aspectos da realidade que afetam o âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça. O primeiro aspecto da realidade é o fato de que as diversas medidas de tentativa de aumento da capacidade de julgamento do Poder Judiciário em casos de execução fiscal não surtiram o efeito de dar mais celeridade à atuação jurisdicional. O segundo aspecto da realidade decorre do fato de que a falta de entrosamento e diálogo entre as instâncias administrativa e judicial (“a duplicidade de instâncias”) faz com que seja imputado ao Poder Judiciário uma ineficiência que não decorre da sua falta de produtividade. O Poder

Judiciário não pode ser responsabilizado pela ausência de condições de localização do devedor ou de patrimônio para saldar a dívida. Todavia, fica com o ônus da ineficiência, da alta taxa de congestionamento e os encargos financeiros decorrentes da manutenção das atividades dessas unidades judiciárias, alocando nelas recursos materiais e humanos em desprestígio do atendimento das demandas dos cidadãos.

Conforme visto no tópico 4.1.2, cabe ao Poder Judiciário, na fase de execução, superar uma crise de cooperação por meios de medidas imperativas de constrição do patrimônio ou de incentivo à adoção de determinadas condutas pelo executado. Essas medidas, no entanto, não podem extrapolar os limites do patrimônio disponível do executado, bem como não podem ser vexatórias ou desumanas para obrigá-lo a cumprir as obrigações inadimplentes. Determinados casos de ineficiência decorrente de gargalos por ausência de citação ou ausência de bens do executado disponíveis para penhora não podem ser imputados ao Poder Judiciário. A busca pela identificação da correta localização do devedor e a existência de bens penhoráveis são elementos alheios ao controle da atividade jurisdicional.

Não se quer dizer, com isso, que, no sistema adotado no Brasil, não cabe ao Poder Judiciário determinados atos de busca do executado e ou de seu patrimônio, como a quebra do sigilo fiscal. Significa sustentar, na verdade, que a função primária do Poder Judiciário na fase executiva é a adoção de medidas imperativas que forcem a efetividade da norma concretizada para o caso sem, com isso, violar as garantias constitucionais do executado. Não cabe ao Poder Judiciário atuar apenas como um agente de cobrança do Poder Executivo.

Por fim, o terceiro aspecto da realidade, que também é decorrente da falta de coerência entre as instâncias administrativa e judiciária, trata-se da falsa concepção de uma imposição, ao administrador público, de uma “judicialização obrigatória”, quando, na verdade, a legislação infraconstitucional exigiu apenas a não omissão na cobrança do tributo. Assim sendo, a presença massiva do Estado, em juízo, causada pela ineficiência arrecadatória ou pela transferência de responsabilidade da própria cobrança para o Poder Judiciário representa uma judicialização que ignora que o direito de acesso ao Poder Judiciário só pode ser evocado quando ele representar mais acesso à justiça. E ainda assim, restará a pergunta: Justiça para quem?

4.3 OS ELEMENTOS RELEVANTES DO ÂMBITO NORMATIVO NA FORMAÇÃO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DE CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A partir da compreensão de que o âmbito normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é parcialmente construído pelo próprio direito (como uma regra de competência) e parcialmente vinculado materialmente (como uma regra de direito fundamental), foi possível propor, como uma das hipóteses do programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, o seguinte imperativo: “necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário”.

Esse programa materialmente vinculado, por necessitar de dados da realidade para sua concretização, motivou a elaboração desta quarta seção, que tem como objetivo identificar quais dados são relevantes para aferir se a retroalimentação entre direito de acesso à justiça e direito de acesso ao Poder Judiciário está ocorrendo. Conforme apresentado na base teórica desta tese, os dados da realidade que são relevantes para a concretização da norma podem ser de duas naturezas. Eles podem completar o sentido do programa normativo ou negar a normatividade concreta da Constituição Federal, situação em que se exigem mudanças na realidade.

Com base no imperativo de “necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário”, foi possível analisar diversas fontes de dados empíricos e avaliar aqueles que negam efetividade à normatividade concreta desse comando constitucional. Os dados que se referem a uma análise geral do Poder Judiciário foram divididos em cinco temas: (a) crescimento exponencial das demandas judiciais após a Constituição Federal de 1988; (b) incongruência dos dados acerca do acervo de processos pendentes em relação à alta produtividade quando internacionalmente comparada; (c) discrepância de efetividade das etapas de conhecimento e execução; (d) a influência do quantitativo de operadores do direito (magistrados e advogados) nos índices de litigiosidade e congestionamento; e (e) o custo de manutenção do Poder Judiciário.

Em relação ao primeiro tema (a) demonstrou-se que a ampliação do acesso ao Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988 se inseriu em um contexto de expectativa de que a partir desse Poder seria possível consolidar a cidadania no Brasil e que isso teve como consequência aumento exponencial de demandas perante a Corte Constitucional. Apresentou-se, também, que a realidade de sobrecarga das cortes constitucionais é um fenômeno global para aqueles

modelos, como o brasileiro, que adotaram um sistema em que quase toda matéria pode ser objeto de controle de constitucionalidade e esse controle é feito por um órgão com poucos juízes, que devem julgar em plenário (para usar as palavras de Pfersmann (2014), modelo fortemente compreensivo de arranjo monomicrodicástico).

Em relação ao caso brasileiro, o aumento das demandas foi concentrado em feitos recursais, ou seja, aquelas em que o controle de constitucionalidade é solicitado ao STF por descontentamento em relação à decisão prévia de outras instâncias do Poder Judiciário. Identificou-se que as pessoas jurídicas de direito público foram aquelas que mais figuraram em litígios dessa natureza. Observou-se, também, que o STF adotou medidas de redução do arranjo monomicrodicástico e da compreensividade para conseguir suportar o excesso de demandas, como a delegação de competências para as turmas e a criação de filtros jurisprudenciais de admissibilidade de recursos. Esses dados auxiliam a fortalecer a tese de Pfersmann (2014) sobre a impossibilidade estrutural de efetivar um modelo que adote um amplo acesso à corte constitucional.

Também as medidas para aumento da produtividade do STF e contenção de demanda instituídas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mostraram-se insuficientes. No período 2009-2013, foi possível conter os casos novos e aumentar a produtividade da corte, mas no período posterior observou-se que a demanda e o estoque voltaram a crescer. Esses efeitos práticos da ampliação de acesso à corte constitucional confrontam a necessidade de retroalimentação entre direito fundamental de acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário. Os efeitos danosos de um amplo acesso à corte constitucional têm sido observados internacionalmente, o que faz possível a inferência de que não se trata de problema decorrente da pouca produtividade da corte, mas um problema estrutural desse próprio modelo. Além disso, medidas gerais de contenção de demandas ignoram que a utilização da corte não é realizada de modo uniforme entre os litigantes, mas, na verdade, de forma excessiva por pessoas jurídicas de direito público.

Em relação ao segundo tópico (b) foram apresentados como dados relevantes aqueles relativos a casos novos/baixados/estoque das instâncias inferiores ao STF. Os dados demonstraram que a maior dificuldade do Poder Judiciário brasileiro é realizar o encerramento definitivo do processo. Assim sendo, por mais que o Judiciário julgue uma enorme quantidade de processos, isso não representa a finalização das lides.

Então, foram feitas duas críticas ao CNJ por conta de práticas que dificultam a análise sobre a retroalimentação entre direito de acesso à justiça e de acesso ao Poder Judiciário. A primeira decorre da utilização do indicador “processos baixados” para análises globais do Poder Judiciário (realizadas pelo CNJ nos relatórios Justiça em Números). Foi identificado que o indicador “processos baixados” abarca não apenas os processos baixados definitivamente, mas também outros decorrentes de mudança de fase processual ou mudança de competência. Isso gera a incongruência de um “Índice de Atendimento à Demanda” (IAD) de 100%, em média, ao mesmo tempo que persiste uma taxa de congestionamento superior a 70%.

A segunda crítica se refere à falta de compatibilidade entre os dados inferidos pelos relatórios da série *Justiça em Números* e as metas de gestão do CNJ. As Metas 1 e 2 privilegiam o julgamento de processos de conhecimento e não a baixa definitiva, criando um cenário propício para a manutenção da realidade observada pelo *Justiça em Números*: uma produtividade que não representa satisfação da lide. Essas duas críticas voltam-se à gestão administrativa e estatística do Poder Judiciário e são importantes para fins desta tese na medida em que fontes confiáveis e precisas são necessárias para a acurada aferição do âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça. Todavia, para não haver prejuízos nessa aferição, frisou-se a necessidade de, metodicamente, fazer análise sistêmica dos dados a partir de várias outras fontes.

Em relação ao terceiro tema (c), aprofundou-se a questão da dificuldade do Poder Judiciário em lidar com o estoque e produzir de forma a encerrar definitivamente as lides. Com base em indicadores de tempo médio de tramitação dos processos baixados e tempo médio de tramitação dos processos em estoque, foi possível observar que o Poder Judiciário é mais eficiente na etapa cognitiva dos processos judiciais que na etapa executiva. O tempo médio de duração de um processo na fase executiva é 276% maior que na fase cognitiva. Além disso, identificou-se que a produtividade do Poder Judiciário é seletiva. Isso pode ser inferido da diferença de tempo médio dos processos baixados e o tempo médio dos processos em estoque.

Na fase de cognição, por exemplo, esse tempo chega a ser maior que o dobro (um ano e nove meses para os baixados em 2016 e quatro anos e quatro meses para os que estavam em estoque até 31/12/2016). A ausência de um tempo médio comum ou similar entre processos baixados e processos em estoque confronta a necessidade de retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça, porque distribui de forma desproporcional entre os litigantes a capacidade de processamento do Poder Judiciário, ferindo a dimensão do acesso à justiça como

acesso igualitário ao Poder Judiciário. Por meio deste terceiro tema (c) também foi possível aprofundar o diagnóstico acerca da ineficiência do Poder Judiciário em lidar com o estoque de processos, já que se aferiu que a maior taxa de congestionamento está nos processos de execução.

Já no quarto tópico (d) foram apresentados estudos sugerindo que o quantitativo de advogados e juízes tem a capacidade de influenciar índices de litigiosidade e congestionamento. Em relação aos advogados, foi apresentado que a quantidade de advogados deve ser suficiente para que os jurisdicionados tenham uma oferta ampla de serviços, mas não pode ser demasiada, sob o risco de ampliar casos de litigância desnecessária. Em relação aos magistrados, observou-se que é necessário manter uma proporção razoável entre o número de advogados e o número de magistrados. Isso porque os estudos de comparação internacional demonstram que, quando o número de advogados supera mais de 15 vezes o número de magistrados, surge uma tendência de aumento da taxa de congestionamento.

Essas duas constatações no quarto tema (d) revelaram que a advocacia constitui um fator importante para o estudo da litigiosidade e da taxa de congestionamento, mesmo não pertencendo diretamente aos quadros do Poder Judiciário. Além disso, ficou demonstrado que faz parte de seu ofício resguardar o imperativo de retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder judiciário.

O quinto e último tema (e) de análise geral foi relacionado ao custo de manutenção do Poder Judiciário. Foi constatado que o Brasil destina, em média, 1,3% do seu PIB para custear o Poder Judiciário, o que representa uma quantia exorbitante quando comparada internacionalmente. Em relação aos países analisados, o Brasil foi o único que destinou mais que 0,7% de sua riqueza anual para o Judiciário.

Esses dados sugerem que não é razoável para o Estado adotar medidas que importem em aumento do gasto público com o Poder Judiciário, mesmo que tais medidas tenham por objetivo o aumento da capacidade de processamento de demandas, já que, até hoje, elevar a capacidade de processamento se mostrou ineficaz para resolver o problema da morosidade sistêmica. Com base nesses dados financeiros, é possível inferir que devem ser prestigiadas aquelas medidas de retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário que não aumentem o custo ou, pelo menos, não onerem mais o cidadão.

A partir desses cinco temas, passou-se a analisar os dados específicos sobre a litigância do Estado brasileiro. Essa análise específica foi feita em dois momentos. No primeiro momento coube analisar o Estado como um litigante habitual e que, por isso, possui vantagens competitivas em relação aos demais. No segundo momento, coube analisar os gargalos que fazem da execução fiscal a classe processual com a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

Em relação ao primeiro momento, discutiu-se, com base nos ensinamentos de Galanter (1974), que alguns litigantes, pelo fato de rotineiramente demandarem perante o Poder Judiciário, têm a possibilidade de formular estratégias a longo prazo e com isso maximizar suas chances de sucesso. Foi demonstrado que, ao redor do mundo, o Estado costuma ser um litigante habitual e, que, a exemplo do Estado norte-americano, utiliza-se de estratégias de litigância que lhe permitem ter mais chances de sucesso. No caso brasileiro, observou-se que as pessoas jurídicas de direito público ocupam parcela significativa do trabalho do STF e das instâncias inferiores do Poder Judiciário e, há menos de 10 anos, começaram a se valer dessas vantagens, criando estratégia de atuação.

Dados produzidos por pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas demonstraram que, em 2010, os maiores litigantes do STF eram as pessoas jurídicas de direito público, mas suas taxas de derrota costumam ser superiores a 50%. Já informações da Advocacia-Geral da União mostraram que, até 2012, a taxa de sucesso da União foi de 38%. Esse quadro foi alterado por meio de planejamento estratégico de litigância, resultando, no ano de 2013, uma taxa de vitórias de 53% para a AGU. Esses dados auxiliaram a demonstrar que a utilização de vantagens competitivas decorrentes da litigância habitual perante o Poder Judiciário viola a retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário, porque desiguala os jurisdicionados e favorece aquele que utiliza o Judiciário em excesso, sem contar que, no caso do Estado, em que há prerrogativas quando em juízo, o favorecimento é ainda maior.

No segundo momento da análise do Estado em juízo, demonstrou-se que, em relação à execução fiscal, algumas vantagens competitivas do Estado são mitigadas em decorrência das regras de devido processo legal e da ineficiência arrecadatória das Fazendas Públicas. Além disso, a estruturação do processo de execução fiscal trata a seara judicial de forma totalmente apartada da cobrança administrativa, gerando uma “duplicidade de instâncias” que é prejudicial à efetividade da execução, porque os atos praticados no âmbito administrativo não são aproveitados no Judiciário e porque permitem a transferência de responsabilidade de cobrança

do Poder Executivo para o Judiciário. Na verdade, entregam ao Judiciário aquelas execuções fadadas ao insucesso, cabendo-lhe os custos e a pecha da ineficácia.

A apuração geral desses dados demonstra que o Poder Judiciário vive uma crise que pode ser entendida pelo crescente aumento da carga de trabalho, apesar dos esforços de reformas já realizados. Por um lado, existe uma demanda maior que a capacidade de processamento do Poder Judiciário. Além disso, a utilização do Poder Judiciário não é igualmente distribuída entre os jurisdicionados, mas concentra-se na figura de alguns litigantes habituais, dentre os quais o Estado é o principal.

A relação do Estado com a crise do Poder Judiciário se dá em duas dimensões. A primeira dimensão decorre da utilização das pessoas jurídicas de direito público, que podem se utilizar do Poder Judiciário para transferir responsabilidade pela execução de políticas públicas sem o risco de sofrer retaliações políticas ou jurídicas, bem como se utilizar da morosidade sistêmica para negar direitos fundamentais, deixando para o cidadão o ônus da ineficiência do Poder Judiciário. Nessas etapas, as pessoas jurídicas de direito público possuem capacidade de suportar melhor os ônus processuais e acessar às instâncias superiores do Poder Judiciário. Além disso, podem se valer da litigância habitual para auferir vantagens competitivas nas demandas. Nessa seara, a retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário fica prejudicada quando não se estabelece um regime jurídico que mitigue essas vantagens competitivas, inclusive com a restrição de acesso ao Poder Judiciário a esses litigantes habituais.

A segunda dimensão ocorre nos processos em que as Fazendas Públicas precisam executar as dívidas dos contribuintes. Nessa etapa, o ajuizamento de ações de execução fiscal sem lastro de identificação do devedor e de existência de bens tornam o processo judicial inócuo. Nesses processos, é transferida ao Poder Judiciário a tarefa de refazer todo o trabalho de investigação da administração pública, atribuindo a ele uma ineficiência decorrente da impossibilidade material de recuperação do crédito, quer seja por não se encontrar o devedor, quer seja pela inexistência de patrimônio a garantir o pagamento da dívida.

A partir dessas duas dimensões, pode-se aferir que, nesses casos, o acesso das pessoas jurídicas de direito público ao Poder Judiciário não significa mais acesso à justiça. Pelo contrário, auxiliam na formação do quadro de ineficiência do Poder Judiciário. Assim sendo, o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça permite que sejam pensadas medidas que

inibam a judicialização de demandas por esses litigantes que, por um lado, se valem da própria habitualidade para se beneficiarem nos processos em fase cognitiva e, por outro, transferem atribuições de cobrança de seus créditos ao Poder Judiciário, mesmo sabendo da baixa probabilidade de sucesso.

Na medida em que se interconectam o programa e o âmbito normativos acerca da necessidade de retroalimentação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário, permite-se sustentar que são constitucionais determinados fundamentos para limitação do acesso do Estado ao Poder Judiciário.

Na próxima seção, realizar-se-á a verificação das hipóteses de trabalho com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de validar experimentalmente esta tese. Segue-se, desse modo, a metódica da Teoria Estruturante do Direito na busca por realizar um esforço sintetizador que seja capaz de demonstrar que as proposições realizadas nesta tese são compatíveis com o quadro geral de ideias que orientam o sentido do direito fundamental de acesso à justiça.

5 A ESTRUTURAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Até aqui vem se sustentando que o problema da morosidade sistêmica traz à tona a discussão acerca do direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A partir desses dois institutos jurídico-constitucionais, foi proposta, nesta tese, com base no estudo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a hipótese explicativa de que esses princípios, embora correlatos, não são sinônimos.

Também foi sustentado que esses institutos devem se retroalimentar. Isso quer dizer que o acesso ao Poder Judiciário só deve ser evocado quando representar efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Da mesma forma, esse direito exige que o Estado tenha órgãos eficientes para fazer cumprir as promessas constitucionais de igualdade de todos perante a lei e de efetivação de direitos fundamentais.

Ademais, na sociedade foram constituídos outros diversos fóruns de resolução de conflitos, além do Poder Judiciário. Nesse contexto, ao Poder Judiciário também foi atribuída a prerrogativa de resguardar que a atuação desses órgãos ocorra conforme a Constituição Federal. Quando o controle judicial é realizado em relação aos outros poderes, observa-se a situação em que interagem a inafastabilidade do Poder Judiciário e a separação dos poderes. Quando o controle é realizado em fóruns não vinculados ao poder público, ocorre uma fiscalização da efetivação do devido processo legal.

Sob o pressuposto de que essas hipóteses explicativas e suas consequências formam o programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, foram delimitados os fatos genéricos sobre a carga de trabalho do Poder Judiciário, a partir de dados produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça e outros órgãos de pesquisa. A análise desses dados permitiu delimitar as características da denominada "crise do Poder Judiciário brasileiro" e observar a participação do Estado como litigante habitual e, por vezes, a desnecessidade dessa litigância.

Da união dos dados linguísticos e dos empiricamente vinculados à situação de morosidade sistêmica do Poder Judiciário, foi formulada a proposição de que "é constitucional a limitação do acesso do Estado ao Poder Judiciário" naqueles casos em que sua presença é um entrave ao aperfeiçoamento do sistema de justiça que, na hipótese delineada, nega a necessária retroalimentação entre o direito de acesso à justiça e de acesso ao Poder Judiciário. A

verificação das hipóteses com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal terá como objetivo validar experimentalmente¹⁵³ a tese. Não é demais reiterar que a escolha recaiu sobre a jurisprudência do plenário do STF por ser a instância máxima constitucional brasileira e, como tal, apta a dar a última palavra em jurisdição constitucional.

No decorrer desta seção, pretende-se detalhar a metódica dessa pesquisa jurisprudencial e a construção da chave de busca que alcançou o maior grau de confiança no que se refere à jurisprudência do STF acerca do tema “Acesso à justiça”, para posterior identificação de como esse tribunal se posiciona sobre o sentido do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A fim de garantir o máximo de confiabilidade dos dados jurisprudenciais que fundamentam esta tese, é necessário estabelecer alguns parâmetros prévios da metódica de pesquisa jurisprudencial de base pragmático-estruturante. É importante analisar as diferentes maneiras de se alcançar o objetivo da pesquisa, escolhendo a base procedimental que garanta o melhor resultado entre as múltiplas possibilidades, justificando, assim, as posições tomadas para orientar os rumos da tese.

Faz-se necessário entender como funciona a indexação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando cada etapa do fluxo de tratamento a que um acórdão é submetido ao ser indexado e lançado na base de dados do sítio dessa corte, maximizando, assim, o resultado do estudo. Entendendo o fluxo de indexação e o tratamento dos dados jurisprudenciais no STF, consegue-se, então, construir uma chave de busca que retorne resultados confiáveis e relevantes para o objeto da tese. Tratar-se-á disso doravante.

¹⁵³ O termo “experimentalmente”, apesar de comum nas ciências biológicas e físicas, também pode ser utilizado nesta pesquisa, mas com sentido razoavelmente diverso. Conforme Peirce (2005, p. 218), “experimento” pode adquirir um sentido mais amplo, que consiste na confirmação de uma suposição com base na sua concordância com um resultado sensível passível de ser delimitado. Para os fins desta tese, diz-se que a análise da jurisprudência do STF foi utilizada como uma forma de testar as hipóteses de trabalho, tendo em vista a concepção de direito da Teoria Estruturante do Direito, que o entende a partir do comportamento de seus operadores. Nesse sentido, sustenta-se: “Uma metódica do direito constitucional diz, portanto, respeito a toda ação constitucionalmente orientada de tutelares de funções estatais. O estilo de trabalho de todas as instâncias pode ser apreendido de forma estruturalmente unitária na matéria fundamental e em larga escala ‘cientificizada’ do direito constitucional” (MÜLLER, 2010, p. 28, grifo do autor).

5.1 ELEMENTOS METÓDICOS PARA A PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Para demonstrar o processo de criação da chave de busca utilizada na presente pesquisa, é necessário conceituar os elementos metódicos utilizados para a compreensão do fluxo de tratamento e indexação dos acórdãos.

Esses elementos são a indexação, o tesauro e os operadores *booleanos*, pontos essenciais para se construir uma chave de busca confiável. Assim, faz necessário explicitar seus conceitos, a fim de haver uma maior compreensão da base de uma pesquisa empírica pautada na jurisprudência de determinada corte.

5.1.1 Indexação

Em um mundo onde as informações se multiplicam exponencialmente, há a necessidade de se encontrar um procedimento que permita localizar e recuperar, de forma rápida, essas informações. Um dos métodos mais comuns de recuperação de informação é a indexação. O estudo da indexação se tornou necessário na maioria dos ramos científicos. Lancaster (2004, p. 6) define “indexação” como a representação de determinado conteúdo temático de documentos por termos que geralmente pertencem a um vocabulário previamente determinado. Também é conceituada pelo Manual de Indexação de Jurisprudência da Justiça Federal como “[...] o processo de compreensão e interpretação do conteúdo temático de um documento, descrevendo-o em uma linguagem padronizada, visando à recuperação rápida da informação para e pelo usuário” (GUIMARÃES; BASÍLIO; SORDI, 1995, p. 11).

No âmbito jurídico, a indexação da jurisprudência constitui-se em um processo essencial para recuperação de acórdãos e decisões proferidas pelos tribunais. Seria uma árdua tarefa buscar essas informações sem que houvesse um indexador, tendo em vista o grande volume de julgamentos que é disponibilizado diariamente, principalmente em um país de dimensão continental como o Brasil. A título exemplificativo, no ano de 2015, apenas o Supremo Tribunal Federal proferiu 116.628 decisões monocráticas e colegiadas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 29).

Para se recuperar esses milhares de acórdãos e decisões de forma rápida e eficaz, deve-se passá-los por um fluxo de tratamento, por meio do qual são selecionados, analisados, identificados, descritos e separados de forma temática, por assunto, para posteriormente serem inseridos na

base de dados de jurisprudência e recuperados de forma rápida (GUIMARÃES; BASÍLIO; SORDI, 1995, p. 10). O principal objetivo da indexação é a recuperação de documentos a partir de descrição de seu conteúdo.

A indexação geralmente pressupõe um vocabulário pré-definido. Esses termos que formam a indexação, chamados de “descritores”, pertencem, por vezes, a um Tesouro, como é o caso das decisões do STF, tribunal que possui um Tesouro Jurídico.

5.1.2 Tesouro

Como em qualquer outro ramo da ciência, o Direito tem seu próprio vocabulário de uniformização, no qual são selecionados os termos técnicos que compõem o conhecimento jurídico. Nesse sentido, um tesouro jurídico, segundo o Manual de Indexação de Jurisprudência da Justiça Federal (GUIMARÃES; BASÍLIO; SORDI, 1995), constitui-se como “[...] um tipo de linguagem documentária composta de uma lista de descritores acompanhados das relações que se estabelecem entre eles”.

O Tesouro Jurídico tem como função padronizar as terminologias utilizadas pelos usuários, documentos e indexadores. Os conceitos apresentados pelo julgador muitas vezes não correspondem aos utilizados pelo usuário. Assim, o indexador, a partir de sua leitura do acórdão, irá buscar no Tesouro os conceitos tratados na etapa de indexação, com o objetivo de se utilizar sempre os mesmos termos, tanto na indexação quanto na recuperação da informação.

Como exemplo, pode ser demonstrado o caso do termo "Pacto de São José da Costa Rica", que é o nome informal da "Convenção Americana de Direitos Humanos". No *Vocabulário Jurídico* de indexação do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, acesso em 27 nov. 2016), o nome informal existe porque é uma chave importante de busca. Apesar disso, os indexadores não estão autorizados a utilizar essa expressão para evitar a proliferação de sinônimos. Assim, as indexações sempre serão feitas pelo nome formal, mas a busca do usuário tenderá a gerar os mesmos resultados independentemente de qual expressão seja usada.

Desse modo, por mais diferente que sejam as palavras interpretadas pelo indexador e pelo usuário, o Tesouro terá o papel de uniformizar seus termos, pois tanto no processo de indexação quanto no processo de recuperação da informação serão utilizados os mesmos termos para representar os mesmos conceitos. O Tesouro do Supremo Tribunal Federal (TSTF) é composto

por ferramentas que auxiliam na sua utilização. O sítio eletrônico do STF os relaciona como descritores, não-descritores, nota explicativa, termo genérico, termo específico, termo relacionado e categoria.

“Descritores” são termos escolhidos para representar um conceito no Tesouro e que é utilizado na indexação e na recuperação de determinado assunto. Sempre que houver outros termos que representem o mesmo conceito, o Tesouro terá a função de informar para o usuário qual termo utilizar. Exemplo: Se for utilizado o termo “BACENJUD”, o Tesouro irá informar para utilizar o termo “SISTEMA DE ATENDIMENTO AO JUDICIÁRIO (BACENJUD)”.

Outro termo funcional do TSTF são os não-descritores que, embora descrevam o mesmo conceito que o descritor, não é autorizado na indexação, para evitar a proliferação de sinônimos. Por exemplo, utilizado o termo “CITAÇÃO”, o TSTF retornará “ATO CITATÓRIO” como não-descritor, ou seja, um sinônimo de “CITAÇÃO” que não é utilizado como termo indexador.

O terceiro elemento do TSTF é a nota explicativa, que fornece uma definição do termo ou uma orientação sobre como utilizá-lo em uma indexação. A título de exemplo, ao se buscar “DISPENSA DE LICITAÇÃO” o Tesouro retornará como nota “O artigo 24 da Lei 8.666/1993 elenca as hipóteses de dispensa de licitação”.

Já o termo genérico indica que há relação hierárquica entre termos com relação gênero-espécie e que esse descritor representa o termo com o conceito mais abrangente. Exemplo: “CITAÇÃO POR HORA CERTA”, termo genérico será “CITAÇÃO FICTA”. Diferentemente do termo genérico, o termo específico indica os termos subordinados ao termo genérico na cadeia hierárquica. Exemplo desse termo é a busca por “CITAÇÃO FICTA” retornar como termo específico “CITAÇÃO POR EDITAL” e “CITAÇÃO POR HORA CERTA”.

O termo relativo indica a relação entre termos que não formam uma hierarquia (gênero-espécie), mas que são associados mentalmente, de forma automática. Servem para orientar o indexador quanto às possibilidades de encadeamento de descritores e para sugerir ao usuário formas de limitar ou expandir uma pesquisa. Exemplo: “CITAÇÃO POR EDITAL” possui como termo relacionado “LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO” e “PRESO FORAGIDO”.

Em relação à categoria, o TSTF é organizado em três grandes grupos: Ramos do Direito (Direito Constitucional, Direito Civil etc.), Especificadores (agrupam termos que restringem o conceito de um descritor, revelando a situação concreta em que o descritor foi empregado) e

Identificadores (agrupam nomes de pessoas, instituições, países, Estados-membros, programas etc.).

Todos estes elementos têm a função de padronizar a terminologia adotada na indexação, por meio de uma linguagem controlada, aumentando as chances de se recuperar o maior número de documentos que tratem do mesmo assunto em um banco de dados. Quanto mais uniforme a indexação, mais completa será a sua recuperação.

5.1.3 Operadores *booleanos*

O matemático George Boole (1815-1864), nascido em Lincoln, na Inglaterra, é considerado o fundador da lógica simbólica. Ele desenvolveu uma série de termos lógicos formais a fim de representar o processo de raciocínio do ser humano, aplicando o cálculo formal a diversas situações (FONSECA FILHO, 2007, p.56). Boole percebeu que a matemática poderia ser simplificada a ponto de permitir que operações aritméticas clássicas fossem utilizadas com outros objetos que não números, realizando uma operação abstrata, com múltiplas interações, sem a necessidade de interpretação do objeto símbolo (FONSECA FILHO, 2007, p. 57).

Para realizar essas operações entre os objetos, Boole desenvolveu uma série de operadores lógicos formais, denominados operadores *booleanos*, os quais são termos usados para descrever operações lógicas entre objetos. Esses operadores são suficientes para a realização de diversas formas de comparações e operações aritméticas sem a necessidade de se utilizar números.

Para os fins desta tese, os operadores *booleanos* são utilizados como termos lógicos para acrescentar ou excluir os acórdãos que contenham ou não determinadas palavras, realizando operações lógicas formais entre termos da chave de busca. Essas “ferramentas” são disponibilizadas pelo STF. Sua utilização permite realizar uma pesquisa mais refinada da jurisprudência, retornando resultados de modo mais específico, utilizando-se das limitações já mencionadas.

O site do STF utiliza os seguintes operadores:

E - Procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento. Ex.: icms e substituição.

ADJ“n” (adjacência) - Busca palavras aproximadas na mesma ordem colocada na expressão de busca até o limite “n” adicionado pelo usuário. Ex.: ministério adj2 público / tempo adj2 serviço/ empresa adj5 correios.

PROX (proximidade) - Procura palavras aproximadas em qualquer ordem. Ex.: regime prox5 pena.

OU - Procura uma das palavras ou todas. Ex.: (inativo ou aposentado) / (deputado ou parlamentar ou congressista).

NÃO - Recupera documentos que contenham a primeira, mas não a segunda palavra. Ex.: ministério não público/ tribunal adj2 justiça não superior adj2 tribunal adj2 justiça.

MESMO - Operador utilizado para pesquisar no mesmo parágrafo. Ex.: aposentadoria mesmo parlamentar.

\$ - Esse operador substitui qualquer parte da palavra desejada, prefixo, radical ou sufixo. Ex.: \$constitucional\$ / militar\$. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, acesso em 27 nov. 2016)

Com esses conceitos e seu uso, pode-se avançar nas etapas seguintes da pesquisa, como adiante descritas.

5.1.4 Seleção da amostra no universo da jurisprudência do STF para esta tese

Após o estudo do processo de tratamento dos acórdãos pelo STF, o próximo passo é a seleção da amostra de acórdãos que será trabalhada. A proposta para esta seção da tese é analisar tematicamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apresentando sua linha de entendimento sobre o acesso à Justiça. Essa análise tem por objetivo a aferição de como o tema é tratado pelo STF, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 31 de dezembro de 2015, ano anterior ao da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Uma pesquisa jurisprudencial deve ser clara e objetiva quanto à delimitação do assunto pesquisado. Igualmente, o termo que se utiliza para pesquisar no banco de dados de jurisprudência, aqui tratado como “chave de busca”, não deve ser genérico. É fundamental que esteja bem delimitado. Caso contrário, será exaustiva a análise e pode desvirtuar-se dos objetivos da pesquisa. As limitações que auxiliam em uma melhor especificação do assunto podem ser classificadas como temporal, temática, institucional e/ou processual (PALMA, FEFERBAUM, PINHEIRO, 2012, p. 144).

A utilização de um termo genérico resulta em muitos falsos positivos (acórdãos que não guardam pertinência com a tese). Por outro lado, a utilização de um termo muito específico pode vir a excluir acórdãos importantes. Diante da necessidade de se fazer uma pesquisa criteriosa, enviou-se um e-mail à Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do STF para sanar algumas dúvidas. Perguntou-se: i) sobre a existência de manual de indexação utilizado pelo STF e o acesso a ele; caso contrário, explicação das etapas de tratamento pelas quais passa uma decisão/um acórdão ao ser indexada/indexado; ii) se há indexação de todas as decisões e

se há possibilidade de busca de todas as decisões ou apenas de alguns acórdãos principais; iii) se é feita a indexação conforme o Tesouro disponível no site do STF; e iv) se há possibilidade de pesquisar as palavras-chave no inteiro teor dos votos ou somente nos termos indexados.

A responsável pela Secretaria de Documentação do referido órgão informou que todos os acórdãos e decisões monocráticas são disponibilizados no Portal do STF após publicação. Também respondeu que a pesquisa de jurisprudência resgata todas as palavras constantes do teor das decisões monocráticas. No que se refere aos acórdãos (decisões colegiadas), a pesquisa de jurisprudência resgata informações contidas no espelho dos acórdãos, o qual abrange a identificação do processo (classe, número, origem, relator, órgão julgador, data de publicação, data de julgamento, partes processuais), a ementa, o dispositivo das decisões, a indexação, além dos precedentes, da legislação e da doutrina citados nos votos. O sistema de pesquisa do Portal do STF não alcança palavras-chave no inteiro teor dos acórdãos.

Ainda informou que a indexação, realizada apenas em acórdãos e por meio de um vocabulário controlado (Tesouro), representa uma síntese das principais ideias que compõem os votos e que não estão contidas nas ementas ou no dispositivo das decisões. Ademais, comunicou que não há manual oficial e público sobre as regras de indexação. Por fim, acrescentou que a pesquisa de jurisprudência pode ser feita com auxílio de formulário disponível no Portal <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>>.

Feitos esses esclarecimentos e já com uma apreensão das etapas e dos conteúdos das indexações, torna-se possível avançar nas delimitações da pesquisa. A limitação temporal ou recorte temporal é a delimitação pelo período no qual as decisões foram proferidas. A limitação temática ou recorte temático é muito comum e refere-se diretamente ao tema, utilizando-se da especificidade do objeto a ser analisado (PALMA, FEFERBAUM, PINHEIRO, 2012, p. 146).

O recorte institucional corresponde à instituição na qual será realizada a busca, por exemplo, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas da União, Tribunal Superior Eleitoral etc. Por fim, a limitação processual considera os elementos processuais como forma de delimitação para o tema proposto na pesquisa, como o tipo de ação ou decisão proferida ou a aplicação de precedentes ao caso (PALMA, FEFERBAUM, PINHEIRO, 2012, p. 145).

Diante disso, com o intuito de conferir direcionamento à pesquisa e, assim, viabilizar um estudo mais direto, foi preciso delimitar quais seriam os julgados alvos desta tese. Inicialmente, pensou-se em limitar o campo de busca apenas no âmbito das Repercussões Gerais indexadas com menção ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Para isso, foi utilizada a seguinte chave de busca:

20/11/2015 - Pesquisa STF – Repercussões Gerais encontradas: 94 - 16:45h -
Brasília
Expressão de busca: (CF-1988 mesmo ART-00005 adj40 INC-00035) em
Repercussões Gerais

Entretanto, essa expressão de busca gerou resultados pouco confiáveis e inúteis para o objetivo da pesquisa. Os resultados, pela natureza própria de Repercussão Geral, restringiam-se apenas a casos de Recursos Extraordinários que, por vezes, não foram admitidos. Além disso, o objeto de julgamento da Repercussão Geral é demasiado restritivo para análise do direito material de acesso à Justiça ou da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Mesmo quando julgada a procedência da Repercussão Geral, muitos casos ainda estavam pendentes de julgamento. Isso porque o mérito desse instituto é identificar os aspectos de relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. O pronunciamento do STF não se dá acerca do sentido atribuído ao programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça, mas sobre queles aspectos que formam o mérito da Repercussão geral.

Optou-se, então, por alterar o objeto da pesquisa para os acórdãos proferidos pelo Tribunal Pleno, corroborando o intuito de identificar o posicionamento colegiado do STF a respeito do reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental em um sistema jurisdicional congestionado pela alta demanda de processos, além de proporcionar um rol de matérias já com trânsito em julgado, obtendo maior segurança na colheita das informações.

Desse modo, seguiu-se a seguinte linha de raciocínio: dentro de um universo X, estão todos os acórdãos, decisões monocráticas, repercussões gerais, súmulas etc. já proferidos pelo plenário do STF (recorte institucional). Então, para alcançar aqueles referentes ao tema abordado, foi preciso limitar a busca em um universo Y de acórdãos (recorte processual) relativos apenas à matéria “Acesso à justiça” (recorte temático), desde a promulgação da CF/88 até 31 de dezembro de 2015 (recorte temporal).

O termo inicial do recorte temporal se justifica na importância da Constituição Federal para uma nova fundamentação do ordenamento jurídico brasileiro que elevou o Devido Processo Legal e seus consectários à categoria de direito fundamental, cláusula pétrea etc. Já o termo final é a edição do Código de Processo Civil de 2015, dada a promessa de celeridade processual nele contida, além do fato de ser recente sua aplicação no campo jurídico, uma vez que sua *vacatio legis* teve fim em 18 de março de 2016.

Em relação ao tema da tese (acesso à justiça), a consulta da expressão “Acesso à justiça” no vocabulário jurídico do STF (Tesauro), em seu sítio eletrônico, gerou como resultado o descritor de indexação “Acesso ao Poder Judiciário” e, como termos relativos, “Ameaça a Direito” e “Lesão a Direito”¹⁵⁴. Logo, para abranger toda a matéria de direito relativa ao acesso à justiça, não só tem que se buscar o termo em si, mas também o descritor “Acesso ao Poder Judiciário”. Sob esses pressupostos, foi criado o primeiro termo para a construção da chave de busca: “(ACESSO ADJ4 (JU\$))”. Dele é possível retornar os acórdãos que possuem como indexadores os descritores “Acesso à Justiça”, “Acesso ao Poder Judiciário”, “Acesso à Tutela Jurisdicional” ou “Acesso ao Judiciário”.

A amplitude de resultados dessa chave de busca só é possível em razão da utilização do operador *booleano* “ADJ4”. Com isso, o termo “ACESSO” tem que necessariamente ser sucedido pelo termo “JU\$” e, em razão do algarismo “4”, essa sucessão se dá imediatamente ou em até 4 termos de distância. Sua função é retornar tanto “Acesso ao Poder Judiciário” quanto “Acesso à Justiça”.

Outro operador *booleano* utilizado foi o “\$” que, quando utilizado, retorna nos resultados da busca qualquer palavra iniciada com “JU”. Por exemplo, judiciário, justiça, jurisdicional, judicial. Assim, ao se utilizar os dois operadores em conjunto, “ADJ4” e “\$”, cria-se uma chave de busca que tem como resultado de pesquisa “Acesso à Justiça”, “Acesso ao Poder Judiciário”, “Acesso à Tutela Jurisdicional” ou “Acesso ao Judiciário”.

Entretanto, por vezes, acesso à justiça é referenciado pelo “princípio da inafastabilidade da jurisdição”. Não por acaso, o Tesauro do STF utiliza esse termo como descritor. Com objetivo de ser o mais criterioso possível na pesquisa jurisprudencial, evitando qualquer exclusão

¹⁵⁴ Em nota, o Tesauro do STF orienta que esses termos são relativos ao “[...] inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: ‘XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’”.

precipitada de acórdãos e, ainda, sabendo da importância do rigor metódico em um trabalho científico, foi incluída, também, a chave de busca “INAFSTABILIDADE ADJ5 JU\$”, retornando todos os resultados relativos à “inafastabilidade da jurisdição”.

Para agregar os dois termos de busca, fez-se necessário a utilização de um terceiro operador *booleano*, o “OU”. Esse operador possibilita utilizar em apenas uma chave de busca dois termos. Utilizando o operador “OU”, foi construída a seguinte chave: “((ACESSO ADJ4 (JU\$) OU INAFSTABILIDADE ADJ5 JU\$))”, em que retornam tanto os resultados de “Acesso ao Judiciário”, “Acesso à Justiça”, quanto aos relacionados ao Princípio da “Inafastabilidade da Jurisdição”.

Ademais, foi acrescentada, no formulário de busca do sítio eletrônico do STF, a opção de retornar apenas os acórdãos em que o STF indexou, nas informações gerais do acórdão, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira. Assim, foi possível refinar a pesquisa, eliminando resultados indesejáveis, uma vez que essa estratégia permite que apenas os acórdãos nos quais os indexadores do STF entenderam constar a presença temática do artigo 5º, inciso XXXV, retornem na amostra da pesquisa. Seguindo esse caminho, a pesquisa foi realizada com a seguinte chave de busca:

04/01/2017 - Pesquisa STF - Acórdãos encontrados: 65 - 08:40h – Brasília

Expressão de busca: ((ACESSO ADJ4 (JU\$) OU INAFSTABILIDADE ADJ5 JU\$)) em Acórdãos proferidos pelo pleno depois da CF/88 até 31/12/2015 com a indexação no espelho do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

Como resultado, compuseram a amostra da pesquisa 65 acórdãos proferidos pelo plenário do STF, sendo eles listados de forma cronológica no Quadro 1 a seguir:

Quadro 1 – Amostra da pesquisa de acórdãos proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

Nº	IDENTIFICADOR	DATA DE JULGAMENTO	Nº	IDENTIFICADOR	DATA DE JULGAMENTO
1	ADI MC 1.074-3 DF	30.06.1994	36	ADI 3.700 RN	15.10.2008
2	ADI MC 1.127 DF	06.10.1994	37	ADI MC 2.160 DF	13.05.2009
3	ADI 948 GO	09.11.1995	38	ADI MC 2.139 DF	13.05.2009
4	MS 22.472 AL	21.03.1996	39	AO AgR 1.531 RS	03.06.2009
5	MS 22.503 DF	08.05.1996	40	ADI 3.826 GO	12.05.2010
6	ADI MC 1.576 UF	16.04.1997	41	MS AGR 28.174 DF	04.10.2010
7	ADI MC 1.651 PB	15.04.1998	42	RE 631.102 PA	27.10.2010
8	ADI MC 1.772 MG	15.04.1998	43	RE 591.033 SP	17.11.2010
9	ADI MC 1.715 DF	21.05.1998	44	ADI MC 2.356 DF	25.11.2010
10	ADI MC 1.851 AL	03.09.1998	45	RE 363.889 DF	02.06.2011
11	ADI MC 1.882 DF	16.12.1998	46	RE 566.621 RS	04.08.2011
12	ADI MC 1891	12.05.1999	47	RE 603.583 RS	26.10.2011
13	MS AGR 23.800 MS	29.06.2001	48	ADI 4.414 AL	31.05.2012
14	ADI MC 2.473 DF	13.09.2001	49	RE 384.866 GO	29.06.2012
15	RE 194.657 RS	04.10.2001	50	ADI 4.372 DF	06.03.2013
16	SE AGR 5.206 ESPANHA	12.12.2001	51	ADI 4.357 DF	06.03.2013
17	SS AGR AGR 1.917 AP	01.07.2002	52	ADI 4.425 DF	06.03.2013
18	PET MC 2.702 RJ	18.09.2002	53	ARE 648.629 RJ	24.04.2013
19	ADI AGR 2.234 GO	30.03.2003	54	RE 597.368 MT	15.05.2013
20	ADI 2.555 DF	03.04.2003	55	RE 578.543 MT	15.05.2013
21	ADI 2.655 MT	09.10.2003	56	RE 631.240 MG	03.09.2014
22	ADI 1.882 DF	04.12.2003	57	ADI 4.161 AL	30.10.2014
23	MS 24.182 DF	12.02.2004	58	ADI 4.792 ES	12.02.2015
24	MS MC 25.579 DF	19.10.2005	59	AI AGR-ED-ED- EDv-ED 703.269 MG	05.03.2015
25	AR 1.376 PR	09.11.2005	60	RE 632.853 CE	03.04.2015
26	ADI 3.685 DF	22.03.2006	61	ADI 3.943 DF	06.05.2015
27	RE 389.383 SP	28.03.2007	62	ADI 4.815 DF	10.06.2015
28	ADI 1.074 DF	28.03.2007	63	RE 592.581 RS	13.08.2015
29	MS 21.896 PB	04.06.2007	64	HC 127.483 PR	26.08.2015
30	ADPF MC 130 DF	28.02.2008	65	ADPF MC 347 DF	09.09.2015
31	RE QO 576.155 DF	11.06.2008			
32	ADC MC 18 DF	13.08.2008			
33	RCL AGR 6.534 MA	25.09.2008			
34	ADI 173 DF	25.09.2008			
35	ADC 4 DF	01.10.2008			

Fonte: Supremo Tribunal Federal (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Todo esse esforço metódico visa à seleção da melhor amostra possível, mas, como qualquer outra pesquisa desse gênero, não exclui a possibilidade de eventual imperfeição, uma vez que o sistema de indexação e de buscas de qualquer Tribunal no Brasil é alimentado por pessoas.

Isso, no entanto, não desqualifica a utilização desses dados, mas reafirma que seu estudo, tal qual qualquer outra parte desta tese, mantém a verificabilidade lecionada por Müller.

Ainda assim, mesmo que a ampliação da busca para abarcar as expressões “acesso” e “inafastabilidade” possa vir a resultar em falsos positivos, comprometeu-se, nesta tese, no sentido de contornar esse aparente problema, com a análise do inteiro teor de cada acórdão da amostra. Então, com a leitura integral dos votos, sistematizou-se o entendimento do STF sobre o direito fundamental de acesso à justiça.

Além disso, previu-se que poderia ocorrer, no período entre a data final do recorte temporal (2015) e a data de finalização desta tese, que alguns dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal fossem alterados. Por conta disso, preocupou-se em realizar uma busca sobre os temas analisados e, nos casos em que houve alteração de entendimento, essa ressalva foi realizada.

5.2 CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na primeira parte desta seção (item 5.1), cuidou-se de explicar a metódica adotada para a seleção da amostra de estudo, os recortes realizados e os resultados alcançados, listando-se, ao final, 65 acórdãos que são utilizados nesta etapa da pesquisa. Cabe, agora, à segunda parte, apresentar os resultados decorrentes da análise do inteiro teor dos precedentes judiciais, por meio da qual se avaliam os casos em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 foi concretizado, os sentidos atribuídos a esse enunciado, bem como os argumentos que fundamentaram as respectivas atribuições de sentido.

Todo esse esforço tem como objetivo realizar um teste de falibilidade das hipóteses de trabalho, formuladas na terceira seção desta tese, que são: (i) prerrogativa do Poder Judiciário para garantir o princípio da separação dos poderes, revisar atos administrativos e legislativos, e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pela avaliação do cumprimento da norma do devido processo legal; e (ii) necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça.

Para isso, a leitura do inteiro teor dos votos foi direcionada à percepção e avaliação dos momentos em que um determinado sentido para o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi evocado pelos ministros do STF. Isso significa que outras questões que

tocavam os precedentes, mas não tinham relação com o direito fundamental de acesso à justiça, por serem irrelevantes para a presente tese, não foram transcritas ou relatadas.

De forma geral, buscou-se avaliar os votos dos ministros e considerar as ideias e os argumentos que se assemelham ao seguinte tipo: “em um caso como este [...]’ (MÜLLER, 2003, p. 125) o preceito normativo do art. 5º, inciso XXXV, impõe que ...”. Essas estruturas de raciocínio, ao mesmo tempo que são vinculadas ao caso concreto, exigem que o jurista as fundamente com base em argumentos generalizáveis, já que o sentido proposto à prescrição normativa em questão tem a pretensão de ser aplicado em todos os casos similares.

A apresentação desses resultados não se dá, no entanto, na forma de um relatório com o fichamento de cada um dos precedentes, o que acarretaria o risco de tornar a leitura demasiadamente cansativa e desnecessariamente detalhada. Os resultados são apresentados a partir de esquemas conceituais teóricos, ou seja, ideias gerais aptas para explicar racionalmente o comportamento do Supremo Tribunal Federal quando observado o conjunto da amostra e não cada um dos casos. No decorrer dessa apresentação, alguns aspectos singulares de determinado caso podem ser explicados para a melhor compreensão da ideia geral, mas, conforme apresentada na segunda seção desta tese, uma das características da base teórica adotada é o esforço sintetizador.

Ao levar isso em consideração, os acórdãos que compõem a amostra de pesquisa foram classificados de forma temática com base na estrutura demonstrada na Tabela 7. Essa classificação considera que, na verificação da primeira hipótese, é possível identificar precedentes em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi utilizado para, junto com os dados do caso, estabelecer a extensão da capacidade do Poder Judiciário em resguardar direitos fundamentais sem ofender a separação dos poderes, em outras palavras, precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal busca determinar a harmonia entre a sua atividade e a dos demais poderes. Esses tópicos foram denominados “controle judicial da atividade legislativa e administrativa”.

Ainda na verificação da primeira hipótese, identificaram-se precedentes que trataram da relação do Poder Judiciário com outros fóruns de resolução de conflitos. Conforme será explanado, observa-se que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi utilizado no processo de concretização de normas de prejudicialidade entre fóruns de resolução de conflitos, bem como

para adequação do procedimento interno desses demais fóruns com a cláusula do devido processo legal.

Já em relação à segunda hipótese de trabalho, são identificadas 9 situações gerais em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi considerado pertinente para regulamentar o conflito, discorrendo sobre limites de acesso ao Poder Judiciário, em cujas ideias gerais está o denominado esforço sintetizador. São elas: (i) ônus financeiro para a provocação da atividade jurisdicional; (ii) relativização (ou não) de normas processuais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça; (iii) regulamentação de prazo prescricional; (iv) regulamentação sobre provas; (v) segurança jurídica: uniformização da jurisprudência (repetibilidade, repercussão geral) e coisa julgada; (vi) limitações à tutela cautelar em desfavor das pessoas jurídicas de direito público; (vii) precatório; (viii) funções essenciais à justiça; (ix) liberalidade.

Por fim, são apresentadas as ideias presentes em acórdãos em que o art. 5º, inciso XXXV, foi abordado de forma demasiadamente genérica, apenas reforçando aspectos gerais desse preceito. A Tabela 7, a seguir, ilustra essa separação.

Tabela 7 – Classificação temática dos acórdãos que compõem a amostra de pesquisa

Hipótese	Tema	Acórdãos
Prerrogativa do Poder Judiciário para garantir o princípio da separação dos poderes e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pela avaliação do cumprimento da norma do devido processo legal	Controle judicial da atividade legislativa	MS 22.503-3; ADI 4.792
	Controle judicial da atividade administrativa	RE 194.657; RE 592.581; ADPF MC 347; MS 24.182; MS MC 25.579; MS 21.896
	Controle judicial do cumprimento do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos	ADI MC 1.891; ADI 173; SE AGR 5.206; ADI MC 2.160; ADI MC 2.139; MS AGR 28.174; RE 597.368; RE 578.543; RE 632.853; RE 631.240; RE 389.383
Necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça	Ônus financeiro para a provocação da atividade jurisdicional	ADI MC 1.074-3; ADI 948; ADI MC 1.651; ADI MC 1.772; ADI 2.655; AR 1.376; ADI 1.074; ADI 3.826; RE 384.866; ADI 4.161
	Relativização (ou não) de normas processuais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça	MS 22.472; ADI MC 2.473; PET 2.702; ADI AGR 2.234; ADI 4.414; RE 597.368; RE 578.543; MS AGR 23.800; AI AGR-ED-ED-EDv-ED 703.269
	Regulamentação de prazo prescricional	ADI MC 1.715
	Regulamentação sobre provas	ADI 2.555
	Segurança jurídica: uniformização da jurisprudência (repetibilidade, repercussão geral) e coisa julgada	ADPF MC 130; RE QO 576.155; ADC MC 18; RE 363.889; RE 566.621
	Limitações à tutela cautelar em desfavor das pessoas jurídicas de direito público	ADI MC 1.576; ADC 4
	Precatório	ADI MC 2.356; ADI 4.372; ADI 4.425; ADI 4.357
	Funções essenciais à justiça	ADI 3.700; AO AGR 1.531; RE 603.583; ARE 648.629; ADI MC 1.127; ADI 3.943
	Liberalidade	SE AGR 5.206; ADI MC 1.851; RE 591.033; HC 127.483
Precedentes que tratam do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 de forma secundária	-	ADI MC 1.882; SS AGR AGR 1.917; ADI 1.882; RCL AGR 6.534; ADI 4.815; RE 631.102; ADI 3.685

Fonte: Elaboração do autor (2018).

Antes de iniciar a apresentação dos resultados, é importante responder à crítica de que as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem qualidade suficiente para, a partir delas, se extrair ideias gerais sobre o sentido de acesso à justiça. A título de exemplo, Conrado Mendes (2018) enfatiza sua crítica na relevância que ganharam as decisões individuais dos ministros, em prejuízo à colegialidade. Em suas palavras:

A síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho por liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo. [...] A prática do STF pede adaptação daquela máxima: a interpretação constitucional deve estar submetida ao “governo do Supremo, não dos ministros”. O tribunal, porém, tem sido governado pelo voluntarismo incontinente de seus membros. É muito poder individual de fato (e de legalidade duvidosa) para ser usado com tanta extravagância. [...] Às vésperas dos 30 anos da Constituição de 1988, temos um tribunal constitucional desencontrado. O STF promete mais do que deve, entrega menos do que pode, disfarça tanto quanto consegue. Habitou-se à prática do ilusionismo e dela faz pouco caso. Criou uma espécie de zona franca da Constituição, onde reina a discricionariedade de conjuntura e aonde o Estado de Direito não chega.

Em relação ao aumento da frequência de decisões monocráticas, avaliou-se, na quarta seção desta tese, conforme ensinamentos de Pfersmann (2014), que esse tem sido um fenômeno mundial decorrente de um paradoxo estrutural entre a promessa de um modelo monomicrodicástico e muito compreensivo e as condições fáticas da realização dessa promessa. Em outras palavras, pensou-se em uma jurisdição constitucional plena e ampla, mas cujas estruturas do Poder Judiciário não são aptas a satisfazê-la. O problema de pesquisa desta tese, inclusive, ao investigar fundamentos de limitação de acesso ao Poder Judiciário, se insere nesse contexto. Sob esse ponto de vista, não se pode ignorar que o excesso de demandas também afeta as condições de aplicabilidade do princípio da colegialidade, que deveria ser predominante no STF.

Como essa crítica foi prevista no desenvolvimento da metódica desta tese, foram adicionados elementos para mitigar os efeitos de decisões arbitrárias. Primeiro, a utilização apenas de julgamentos em plenário para compor a amostra de pesquisa. Isso porque, a partir do inteiro teor desses julgamentos, os argumentos de cada ministro podem ser ponderados com os dos outros e a concepção política ou ideológica de cada um dos indivíduos não é suficiente para, sozinha, firmar a posição adotada pelo órgão. Segundo, a amostra é composta por julgamentos em plenário dentro de um período de 27 anos de duração, o que reforça a mitigação dos aspectos subjetivos do julgador por ser uma análise macroscópica do posicionamento do STF. Isso faz com que a observação de fundamentos que permanecem orientando o posicionamento da corte

constitucional brasileira, mesmo após alterações em sua composição, auxilie a alcançar os objetos desta seção.

Além disso, conforme apresentada na segunda seção deste texto, a Teoria Estruturante do Direito considera que problemas estruturais da formação do Estado Democrático brasileiro não podem ter como consequência para o jurista uma desistência em relação à efetividade desse modelo de Estado (MÜLLER, 2013, p. 170). Pelo contrário, surge para o jurista a responsabilidade de posicionar-se pela efetivação da racionalidade e da verificabilidade da atividade jurisdicional.

Em face dos desafios de tal monta, os juristas brasileiros são mais desafiados e menos vaidosos que os juristas nos países ricos ou nos países em que as instituições foram, historicamente, estabelecidas há mais tempo. As situações destes países são, de um lado, invejáveis, mas, de outro, elas não estimulam a consciência política dos juristas e de outros intelectuais (MÜLLER, 2013, p. 252).

Em outras palavras, não se olvida que a tarefa de determinar ideias gerais racionalizáveis do comportamento jurisprudencial é mais trabalhosa nos países que, como o Brasil, ainda precisam consolidar determinadas instituições e cultura democráticas, o que não significa que esse objetivo seja menos importante, mas o contrário. O trabalho do jurista é mais desafiador, todavia tem enorme importância para a consolidação da democracia.

5.2.1 A inafastabilidade da jurisdição: garantia à separação de poderes e reconhecimento da prerrogativa do Poder Judiciário na validação de outros fóruns de resolução de conflitos

Na terceira seção desta tese, a utilização de elementos de concretização em relação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal permitiu demonstrar que a formulação linguística escolhida pelo processo constituinte de 1988 para esse enunciado constitucional fundamenta-se na tradição do constitucionalismo brasileiro, ao menos nos regimes democráticos, de resguardar a independência do Poder Judiciário frente à intromissão de outros poderes, bem como afirmar, a exemplo da experiência norte-americana, que as atividades administrativa e legislativa podem ser judicialmente controladas quando representarem violações a direitos constitucionalmente resguardados.

Relembra-se que o controle judicial das atividades administrativas e legislativas não necessariamente recai sobre atos do Poder Executivo e Legislativo, respectivamente. Esses

poderes exercem essas atividades de forma preponderante (típica), mas não exclusiva. Por exemplo, o RE nº 194.657 avalia o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 em relação à realização de concurso público (ato administrativo de gerenciamento de pessoas), embora, no caso concreto, feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em atividade administrativa atipicamente exercida pelo Poder Judiciário.

Além disso, a separação dos poderes há muito não é considerada como uma divisão estanque ou absoluta. A separação pretende um exercício harmônico das diversas funções do Estado, distribuídas entre os poderes. Não é em outro sentido que, na formulação linguística do art. 2º da Constituição Federal de 1988, preveu-se que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 110) considera que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Por essa razão, nos itens 5.2.1.1 e 5.2.1.2 demonstram-se precedentes em que o Supremo Tribunal Federal evocou o art. 5º, inciso XXXV, para concretizar essa relação de freios e contrapesos, que permite aos outros poderes exercerem suas atividades administrativas e legislativas de forma independente, ao mesmo tempo em que se resguarda a prerrogativa do Poder Judiciário de revisar os atos que invadam a esfera dos direitos fundamentais. Já no item 5.2.1.3, discute-se a relação do Poder Judiciário com outros fóruns de resolução de conflitos. Parte-se, nesse sentido, das compreensões, também apresentadas na terceira seção desta tese, de que a jurisdição pode ser exercida por outros órgãos de resolução de conflitos, sem, com isso, perder a característica da unidade.

Sob esse ponto de vista, analisam-se precedentes em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi evocado para que o Poder Judiciário aferisse as condições com as quais outros fóruns estavam resolvendo conflitos interpessoais, primordialmente na efetivação do devido processo legal, inerente ao acesso à justiça.

5.2.1.1 Controle judicial da atividade legislativa

A relação de freios e contrapesos entre o Poder Judiciário e o Legislativo é fruto de uma perspectiva mais moderna do constitucionalismo. Tradicionalmente, compreendia-se que caberia ao Poder Judiciário simplesmente aplicar, no caso concreto, as regras abstratas produzidas pelo Legislativo. Esse quadro se alterou principalmente com a criação das cláusulas pétreas e o estabelecimento de constituições rígidas que, conforme explica Canotilho (2003, p. 215) “[...] traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior a de qualquer lei ordinária [...]”.

Sob esse ponto de vista, a promulgação, pelo legislador, de diploma normativo cujo conteúdo viole direito ou garantia fundamental permite o controle de constitucionalidade da legislação pelo Poder Judiciário. Esse, no entanto, não é o único freio e contrapeso existente entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Os precedentes da amostra de pesquisa, pertinentes a esse assunto, tratam de outros dois.

O primeiro é a possibilidade de o Poder Judiciário, antes mesmo da promulgação da lei, revisar os atos do processo legiferante no momento de elaboração dos diplomas normativos em tramitação perante o Poder Legislativo. O segundo é a possibilidade de o Poder Legislativo estadual, tal qual ocorre em nível federal, estabelecer competência para as Assembleias Legislativas dos Estados julgarem os governadores em crimes de responsabilidade e poderem obstar o processamento de ações penais perante o STJ em acusações de cometimento de crimes comuns.

No primeiro caso, a possibilidade de auditagem pelo Poder Judiciário da atividade do Legislativo foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança (MS) nº 22.503-3 (BRASIL, 1997a), em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi utilizado para avaliar se parlamentares possuem ou não o direito subjetivo de ingresso no Poder Judiciário para questionar a tramitação de projeto de Emenda Constitucional (BRASIL, 1997, p. 394). Nesse sentido, houve três correntes de pensamento. A primeira, vencida, defendia que o rito de elaboração das proposições legislativas não é um mero ato político ou uma atividade estritamente legislativa, mas passível de impugnação por minorias parlamentares perante o Poder Judiciário, para resguardar o devido processo legal legislativo (BRASIL, 1997, p. 459-460). O Min. Celso de Mello ilustra essa corrente de pensamento no seguinte trecho de seu voto:

[...] o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para estabelecer, em torno de um dos órgãos da soberania nacional, um indevassável círculo de imunidade, insuscetível de revisão judicial, não obstante a concretização eventual de lesões a direito titularizado pelos membros do Congresso Nacional. [...] o processo de formação das espécies normativas revelar-se-á plenamente suscetível de controle pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, ou, então, quando o descumprimento das diretrizes fixadas pela Carta Política ou pelo Regimento Interno das Casas legislativa [sic] gerar ofensa a direito subjetivo dos próprios parlamentares, enquanto atores principais da construção legislativa da ordem jurídica (BRASIL, 1997, p. 459-460).

Esse posicionamento mais ampliativo do controle judicial contrasta com a segunda e terceira correntes, que consideram que o controle judicial não é devido quando se tratar de interpretação do regimento interno das casas legislativas, mas apenas sobre interpretação do texto constitucional a respeito do processo legislativo (BRASIL, 1997, p. 484). Elas diferem entre si porque, no caso concreto, a segunda corrente, também vencida, considerou que a questão suscitada pelos impetrantes (que a rejeição à emenda aglutinativa significaria a impossibilidade de julgamento da proposta original) era matéria atinente apenas ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁵⁵, enquanto a terceira, vencedora, considerou que existiria questão constitucional e, nesse sentido, passível de controle judicial¹⁵⁶.

Sob o ponto de vista desse julgamento, as cláusulas de separação dos poderes e de inafastabilidade da jurisdição foram concretizadas no sentido de considerar que não é passível de controle judicial qualquer reclamação sobre o rito legislativo, mas apenas aquelas constitucionalmente asseguradas. Vencida a primeira corrente, compreende-se, nesse sentido, que a separação de poderes poder vir a ser um fundamento constitucionalmente adequado de limitação de acesso ao Poder Judiciário.

O segundo limite de atuação do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo foi avaliado na ADI nº 4.792 (BRASIL, 2015b). Nesse caso, ocorreu o inverso. Coube ao Poder Judiciário avaliar até que ponto o Poder Legislativo pode interferir na competência e tramitação de processos judiciais.

¹⁵⁵ O voto do Min. Octavio Gallotti (BRASIL, 1997, p. 484) considerou: “A rejeição de emenda, de que trata a Constituição, proíbe a reiteração de proposta na mesma sessão legislativa. Mas não se acha em jogo essa questão, que seria, ela sim, constitucional, por não estar em causa, como visto, a reiteração de emenda rejeitada, mas, simplesmente, a controvérsia regimental em torno da sucessão de etapas, no processo legislativo”.

¹⁵⁶ O voto do Min. Sydney Sanches (BRASIL, 1997, p. 489-490) conhece “[...], porém, do Mandado de Segurança, no ponto em que se alega ter ficado prejudicado o Projeto de Emenda Constitucional, porque rejeitada a matéria na mesma sessão legislativa, tema que assume, também, teor constitucional [...]. Aí, sim, os Parlamentares têm direito público subjetivo de se oporem à reapresentação da proposta rejeitada, em face da norma prevista no parágrafo 5º do art. 60 da Constituição Federal, ou seja, para que não sejam obrigados a participar de processo legislativo vedado pela Constituição”.

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi evocado para avaliar se, aos moldes do que ocorre em nível federal, o Poder Legislativo estadual poderia disciplinar, em sua Constituição, que o Governador deveria ser julgado, nos crimes de responsabilidade, pela Assembleia Legislativa e, nos crimes comuns, que o processamento e o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça estariam condicionados à autorização dessa mesma casa Legislativa.

A inconstitucionalidade da prescrição normativa estadual, que concedia competência para a Assembleia Legislativa julgar o Governador nos crimes de responsabilidade, foi fundamentada na competência exclusiva da União para legislar sobre as normas de processamento, julgamento e definição dos crimes de responsabilidade, posicionamento sintetizado no enunciado 722 da Súmula do STF¹⁵⁷ (BRASIL, 2015b, p. 16).

Os temas do acesso à justiça e da separação de poderes foram trazidos em questão na alegação de inconstitucionalidade material de dispositivo da Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo, que condicionava a instauração da ação penal contra o Governador, perante o Superior Tribunal de Justiça, à autorização pela Assembleia Legislativa¹⁵⁸, situação similar àquela que decorre da prerrogativa da Câmara dos Deputados para autorizar a instauração de processos contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, conforme art. 51, inciso I, da Constituição Federal de 1988¹⁵⁹).

No julgamento, ponderava-se a questão da jurisprudência já formada em defesa da constitucionalidade do condicionamento e da relação dessa norma com a impunidade. A perspectiva vencedora, conduzida pela Min. Relatora Cármen Lúcia, considerou que deveria ser mantido o posicionamento do STF e questionou a existência de um quadro geral de

¹⁵⁷ “São de competência da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processamento e julgamento” (BRASIL, 2003a).

¹⁵⁸ Em relatório, a Min. Cármen Lúcia explica o posicionamento do Requerente, que argumenta que essa condição de procedibilidade instituída no art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo contrariaria o “princípio da Separação dos Poderes (art. 2º) em razão da indevida interpretação extensiva da norma dirigida ao Chefe do Poder Executivo Federal, porquanto condiciona o exercício da função jurisdicional a uma autorização do Poder Legislativo [e] (...) vulnera[ria] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), dada a imposição de uma condição indevida ao processamento e julgamento da ação penal proposta pelo Ministério Público, resultando, ademais, em ofensa ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade” (BRASIL, 2015b, p. 4-5).

¹⁵⁹ “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado” (BRASIL, 1988).

impunidade decorrente da norma (BRASIL, 2015b, p. 28-29). Não se via correlação direta entre a impunidade e a exigência de autorização legislativa para processar o Governador.

Por um lado, o não prosseguimento da ação penal perante o STJ suspendia o prazo de prescrição penal, o que foi considerado, pela corrente majoritária, como elemento apto para não violar o direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 2015b, p. 28-29). Por outro lado, a Ministra-Relatora também ponderou que os casos de conluio entre as Assembleias Legislativas e os Governadores não formavam uma situação generalizada no país, impedindo-a de presumir a existência desse tipo de relação¹⁶⁰.

Divergiu desse entendimento o Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2015b, p. 56-57), ao considerar que a norma estadual teria como consequência a impunidade e que Constituição Federal de 1988 estabelece “o primado do Judiciário” nos casos de crimes comuns e, portanto, a prerrogativa da Câmara dos Deputados, em caso de ações penais contra o Presidente da República e demais autoridades do Poder Executivo Federal, deve ser considerada exceção que, para ser aplicada a outras autoridades, deveria ser explicitamente disposta no texto constitucional. Essa divergência, que no julgamento foi isolada, influenciou, apesar disso, os Min. Luiz Fux¹⁶¹ e Min. Luís Roberto Barroso¹⁶², que votaram com a Relatora, mas realizaram um adendo em seus votos manifestando que poderiam mudar de entendimento, caso essa questão voltasse a ser apreciada pela Corte.

Foi o que ocorreu em 2017¹⁶³, no julgamento da ADI nº 5.540¹⁶⁴ (BRASIL, 2017a) e no julgamento conjunto das ADIs nº 4.764, 4.797 e 4.798 (BRASIL, 2017b). Nesses precedentes,

¹⁶⁰ A Min. Relatora Cármen Lúcia assim se posicionou: “Por maior que seja a frustração experimentada pela sociedade, que se percebe desamparada em razão de eventuais práticas inescusáveis imputadas ao seu representante, e por mais complexa que seja a apuração e eventual punição desses agentes políticos, não se pode concluir, de plano, que todas as casas legislativas e seus respectivos membros sejam parciais e estejam em conluio com os representantes do executivo. Não é esse o espírito que orienta a noção republicana do Estado que se tem tentado construir no território brasileiro. Também não parece ser essa a ideia que se extrai da secular norma constitucional segundo a qual os poderes constituídos são independentes e harmônicos entre si, ou que pelo menos assim deveriam ser” (BRASIL, 2015b, p. 35).

¹⁶¹ O Min. Luiz Fuz manifestou-se desta forma: “Senhora Presidente, eu vou, hoje, me curvar a essa jurisprudência que está aqui citada e sedimentada com relação a esse aspecto, comprometendo-me a rever a minha posição diante dessa manifestação do Ministro Marco Aurélio” (BRASIL, 2015b, p. 61).

¹⁶² O Min. Luís Roberto Barroso assim se expressou: “Senhora Presidente, também gostaria de consignar que eu votei na linha que votei — tenho dúvida, pois acho que estamos na fronteira entre a inconveniência política e a inconstitucionalidade — e, portanto, estou me alinhando à jurisprudência. Mas me impressiono com as razões do Ministro Marco Aurélio e me reservo para, numa futura oportunidade, repensar” (BRASIL, 2015b, p. 62).

¹⁶³ Esses precedentes precisaram ser considerados porque significam mudança de entendimento posterior ao período da amostra de pesquisa.

¹⁶⁴ Até o dia 2 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia disponibilizado o inteiro teor dos votos da ADI nº 5.540 (BRASIL, 2017a).

o Supremo Tribunal Federal decidiu por alterar seu posicionamento anterior. No julgamento conjunto das ADIs nº 4.764, 4.797 e 4.798 (BRASIL, 2017b), o Min. Celso de Mello, ao relatar o caso, buscou manter a jurisprudência da Corte, reforçando os argumentos na época consolidados. No entanto, todos os demais ministros seguiram a divergência conduzida pelo Min. Luís Roberto Barroso, que fundamentou uma alteração da jurisprudência baseada em mutação constitucional.

O Ministro utilizou dados fornecidos pelo Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que os efeitos práticos da norma iam de encontro ao Princípio Republicano (BRASIL, 2017b, p. 57)¹⁶⁵, justificando a existência de uma mudança na realidade social ou percepção do Direito passível de legitimar a mutação (BRASIL, 2017b, p. 53). A percepção dos ministros em relação aos efeitos práticos negativos gerados pela norma pode ser ilustrada no voto do Min. Alexandre de Moraes:

A degeneração da norma-obstáculo estadual vem permitindo a impunidade nesses quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal e institucionalizou a prática de métodos não republicanos entre vários executivos e legislativos estaduais, culminando na negativa de autorização prévia, ou, na maioria das vezes, no simples desprezo ao pedido de análise, com a costumeira ausência de deliberação (BRASIL, 2017b, p. 76).

Os precedentes que discutiram a constitucionalidade do condicionamento do prosseguimento da ação penal contra o governador no STJ à autorização pelos Poderes Legislativos estaduais, apesar de terem demonstrado uma mudança de posicionamento da Corte, reforçaram não apenas a hipótese 1, mas também a hipótese 2 desta tese, para se garantir o acesso à justiça, consubstanciado na possibilidade de se levar ao tribunal o gestor apontado como criminoso.

Outrora, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.792 (BRASIL, 2015b), a constitucionalidade da medida foi considerada tendo em vista a suspensão do prazo prescricional e a não observação de um quadro geral de impunidade. Apesar disso, quando dados empíricos mostraram que, no âmbito normativo, esse posicionamento gerava um

¹⁶⁵ Nas palavras do Ministro, “a exigência de licença prévia significa não responsabilização e impunidade. Em informações prestadas em 19.05.2015 pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, contendo dados levantados a partir de 20.12.2003, constata-se que o STJ formulou aos Poderes Legislativos dos Estados e do Distrito Federal 52 pedidos de autorização para processar governadores. Todavia, a somente 1 desses pedidos houve autorização da respectiva Casa Legislativa. Quanto aos demais, 36 não foram respondidos, com a consequente baixa do processo em virtude da perda superveniente do foro por prerrogativa de função, e 15 foram negados” (BRASIL, 2017b, p. 57).

obstáculo à efetividade do direito fundamental de acesso à justiça pela sociedade, representada pelo Ministério Público, o posicionamento foi alterado.

Esse fenômeno demonstra que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, tal qual formulado pela hipótese 1 desta tese, mantém seu sentido atrelado a uma jurisdição desimpedida de obstáculos gerados pelos demais poderes, quando necessário resguardar o acesso à justiça. Ademais, mostra que a hipótese 1 não deixa de estar atrelada à 2, de forma que a avaliação acerca de uma determinada regulamentação ser ou não um obstáculo à tutela jurisdicional efetiva demanda a avaliação de dados materialmente vinculados (retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça).

Já no Mandado de Segurança nº 22.503-3 (BRASIL, 1997a), mostrou-se outra vertente em relação ao direito fundamental de acesso à justiça e ao princípio da separação dos poderes. Não se tratou de afastar a interferência de outros poderes à tutela efetiva, mas garantir que a violação ao procedimento legislativo constitucionalmente prescrito é, também, uma violação a direito dos parlamentares, justificando-se, dessa maneira, o controle judicial.

Assim, ratifica-se que o sentido da hipótese 1, ao considerar que a prerrogativa do Poder Judiciário de resguardar o princípio da separação dos poderes não significa apenas uma proteção contra atos dos Poderes Legislativo e Executivo tendentes a restringir a atuação do Poder Judiciário, mas também uma garantia de que este poderá intervir nos atos desses poderes que violarem direitos fundamentais.

5.2.1.2 Controle judicial da atividade administrativa

Sintetizam-se, neste tópico, os precedentes que tratam do controle judicial de políticas públicas e outros atos da Administração que versam sobre gestão de pessoas. O tema do controle judicial de políticas públicas, conforme discutido na terceira seção desta tese, tem recebido grande atenção por parte da literatura especializada contemporânea, porque, como se verá, está no cotidiano dos tribunais, inclusive na Suprema Corte, e tem impacto na sociedade e na democracia. Foram selecionados, para este tópico sobre o “controle judicial da atividade administrativa”, precedentes que discutem a influência do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 na formulação de parâmetros sobre a extensão dos poderes do Judiciário no controle de políticas públicas, tema que toca à separação de poderes.

O Recurso Extraordinário nº 592.581 (BRASIL, 2016b) e a Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL, 2016c) tratam da interferência do Poder Judiciário no sistema carcerário, enquanto o MS nº 21.896 (BRASIL, 2008a) diz respeito à demarcação de terras de povos tradicionais. Para além desses temas, a amostra analisada também gerou resultados em relação a atos de administração de pessoas pelo Poder Público. Trata-se de casos sobre a contratação por meio de concurso público¹⁶⁶ e de processos administrativos disciplinares¹⁶⁷.

Os dois precedentes acerca do sistema prisional brasileiro foram julgados em 2015. O primeiro a ser julgado foi o RE nº 592.581, em que o STF estabeleceu que o Poder Judiciário pode obrigar o Poder Executivo a realizar obras emergências em unidades carcerárias (BRASIL, 2016b, p. 132-133). Já na MC ADPF nº 347 (BRASIL, 2016c, p. 7), o pedido é mais amplo, no sentido de que o STF faça a declaração de um “estado de coisas inconstitucional”.

A literatura especializada explica que a técnica de inconstitucionalidade de um “estado de coisas” é resultado da experiência do constitucionalismo colombiano a partir de 1997, quando a Corte Constitucional da Colômbia, ao julgar determinados casos, considerou que apenas a tutela do direito individual não seria suficiente para fazer cessar as violações a direitos fundamentais (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 212).

A Corte colombiana considerou que determinados casos representam problemas estruturais em políticas públicas (como a educacional, a carcerária etc.) e, nesse sentido, denominou “estado de coisas inconstitucional” aquelas determinações que se voltariam a autoridades públicas para a racionalização de políticas públicas (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 214). Essa ideia de “estado de coisas inconstitucional” foi fundamentada no princípio da harmonia entre os poderes e na visualização de que fazer um pronunciamento geral que abarcasse diversas situações similares seria melhor que ter que repetir o mesmo pronunciamento em diversos casos individuais (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 214).

Um dos exemplos da utilização dessa técnica na Colômbia foi a declaração do “estado de coisas inconstitucional” em relação ao direito de petição dos aposentados. No caso, a Corte declarou que existia um quadro de violação do direito de petição, já que a “Casa Nacional de Previdência

¹⁶⁶ Recurso Extraordinário nº 194.657 (BRASIL, 2001a).

¹⁶⁷ Mandado de Segurança nº 24.182 (BRASIL, 2004a) e Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.579 (BRASIL, 2007a).

Social” era uma das maiores demandadas perante o Poder Judiciário e que grande parte dessas demandas pedia a simples resposta às petições administrativas (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 216). Nesse caso, a Corte colombiana determinou que a Casa adotasse medidas de racionalização dos procedimentos de reconhecimento e revisão das aposentadorias em um prazo de seis meses e determinou, ainda, a responsabilidade do “Procurador Geral da Nação” e do “Controlador Geral da República” de acompanhar a implementação da decisão (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 216).

No caso brasileiro, quando o Supremo Tribunal Federal analisou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 e da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, discutiu-se o direito fundamental de acesso à justiça sobre dois pontos de vista: a relação da interferência do Poder Judiciário na política pública carcerária e a violação do direito fundamental de acesso à justiça pela precariedade das unidades prisionais brasileiras.

A primeira discussão ficou evidenciada no Recurso Extraordinário nº 592.581, em que o posicionamento do Min. Relator Ricardo Lewandowski pode ser utilizado como exemplo da corrente majoritária, que considerou que existem casos em que atos ou omissões do Poder Público podem extrapolar a seara política e violar direitos fundamentais (BRASIL, 2016b, p. 48). Nesses casos, a exigência de realização de obras emergenciais nas unidades carcerárias pode representar hipóteses em que o princípio da inafastabilidade da jurisdição se torna pertinente, já que são situações em que a dignidade da pessoa humana está sendo violada ou em risco de ser (BRASIL, 2016c, p. 30). Assim, não haveria violação à cláusula de separação dos poderes em razão da intervenção judicial na atividade administrativa.

Enquanto o julgamento do RE nº 592.581 avalia a relação entre a inafastabilidade do Poder Judiciário frente a violações pontuais a direitos humanos no sistema carcerário, a MC ADPF nº 347 discute a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a política pública penitenciária brasileira em decorrência de um quadro sistemático de violações a direitos fundamentais (BRASIL, 2016c).

Sobre a técnica do “estado de coisas inconstitucional”, o Min. Marco Aurélio, relator da ADPF, discorrendo sobre o pedido do requerente, considerou que

[...] a técnica de declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim com supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no

campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes (BRASIL, 2016c, p. 7).

Além de o precedente ser capaz de aduzir a mesma questão acerca da influência do art. 5º, inciso XXXV, na cláusula de separação dos poderes, a questão do direito fundamental de acesso à justiça é evocada pelo requerente da ADPF como um dos direitos violados pela precariedade do sistema carcerário¹⁶⁸. Apesar de, no caso da MC ADPF, não haver discussão sobre o sentido do art. 5º, inciso XXXV, alguns pedidos do PSOL (requerente) tangenciam o tema, como o de que juízes e tribunais realizem, em até 90 dias, audiências de custódia (BRASIL, 2016c, p. 14). Além disso, o pedido da liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional também sugere que o controle judicial sobre políticas públicas, do ponto de vista estrutural, é possível (BRASIL, 2016c, p. 15).

Nos precedentes analisados, o princípio da separação dos poderes foi evocado para tentar invalidar a atuação do Poder Judiciário frente a questões administrativas do sistema carcerário brasileiro. No caso, vê-se que esse argumento não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que reforçou a tradição de aceitar a doutrina das questões políticas¹⁶⁹, já explicada na terceira seção desta tese, mas que, em síntese, significa que o Poder Judiciário pode revisar atos ou omissões da Administração Pública, não em relação a juízos de conveniência ou oportunidade, mas quanto a violações a direitos fundamentais, seja em casos concretos, como decidido no RE nº 592.581, ou em casos estruturais, conforme decisão na MC ADPF nº 347.

Ainda sobre o tema das políticas públicas, mas agora tratando da proteção à tradição e à cultura indígenas, o Mandado de Segurança nº 21.896 (BRASIL, 2008a, p. 158) foi ajuizado por proprietários de terras que questionaram a homologação da demarcação administrativa de reserva indígena no Estado da Paraíba, mesmo com a existência de ação judicial pendente de julgamento (ação de nulidade demarcatória cumulada com reivindicatória). O Min. Relator Carlos Velloso e o Min. Cesar Peluso consideraram que, ao ignorar ação pendente de

¹⁶⁸ Segundo relatório do Min. Marco Aurélio, o PSOL argumenta “[...] que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos” (BRASIL, 2016c, p. 8).

¹⁶⁹ Conforme apresentado na terceira seção desta tese, a doutrina das questões políticas deriva da tradição do constitucionalismo norte-americano de permitir que o Poder Judiciário interfira em questões políticas quando elas intervirem em direitos constitucionalmente assegurados (MENDES; BRANCO, 2017, p. 414). Para um aprofundamento do tema, cf. Scharpf (1966).

juízo e homologar a demarcação, o Poder Executivo teria violado o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, desconsiderando o controle judicial do procedimento de demarcação (BRASIL, 2008a, p. 206).

No entanto, venceu a divergência proposta pelo Min. Joaquim Barbosa, segundo o qual os atos administrativos possuem presunção de legitimidade e autoexecutoriedade (BRASIL, 2008a, p. 217). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal considerou que a simples pendência de ação não teria o condão de paralisar os atos da administração, a menos que medida liminar, nesses termos, fosse concedida pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2008a, p. 249). Observa-se, com esse precedente, que a discussão, em juízo, de ato da administração pública, por si só, não paralisa as atividades administrativas questionadas, sendo necessária tutela provisória para tal fim. Sob esse ponto de vista, caberia ao Poder Judiciário, caso a caso, avaliar a pertinência da medida e deferi-la ou não.

Nesse sentido, os precedentes analisados em relação a políticas públicas permitiram aferir que, na relação entre a atividade administrativa e o controle judicial, o estabelecimento de parâmetros para a interferência judicial ocorre por meio de uma avaliação ampla de violação de direitos, ou seja, decorre da observação dos dados do caso. Por outro lado, a interferência da tutela jurisdicional na atividade administrativa também precisa ser nos limites da sua necessidade, o que explica o posicionamento do plenário em considerar que a avaliação sobre a necessidade de paralisação dos atos de administração deve ser feita caso a caso.

Finalizada a análise dos precedentes sobre a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, passa-se à estruturação daqueles sobre a administração de pessoas. O primeiro a ser discutido é o caso de concurso público promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja legislação estadual permitia sessão secreta para avaliar a aprovação ou não de candidato (BRASIL, 2001a, p. 1495). Nesse precedente, o STF decidiu pela revisão do ato do Poder Judiciário estadual e nomeação do candidato, por considerar que a universalidade do acesso à jurisdição também significa que os atos do Poder Público precisam ter aptidão para serem verificados, sob o risco de, caso sejam realizados de forma imotivada, ser impossível o controle judicial¹⁷⁰ (BRASIL, 2001a, p. 1503).

¹⁷⁰ A fim de ilustrar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se no voto do Min. Relator Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2001a, p. 1503) que “o ponto nuclear da causa cinge-se à indagação da constitucionalidade desse poder de veto atribuído ao Tribunal pelo estatuto da magistratura local e pelo assento

A possibilidade de controle judicial de procedimentos de ingresso no serviço público por concurso é, entretanto, limitada. A análise do julgamento do RE nº 632.853 (BRASIL, 2015c) mostrou que, apesar da necessidade de transparência (observada no precedente anterior), o controle judicial não pode interferir no posicionamento científico da banca competente para revisar a adequação da correção das respostas do candidato ao conteúdo técnico exigido. Esse posicionamento do STF foi adotado, por maioria¹⁷¹, na forma do voto condutor no Min. Luiz Fux (BRASIL, 2015c, p. 22-23), que o explica da seguinte forma:

O controle jurisdicional de questões de concurso público é admitido *prima facie* como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV), sendo certo, porém, que a densidade da intervenção judicial dependerá, em cada caso, do maior ou do menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º). Em todo caso, não compete ao Poder Judiciário interpretar doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões formuladas pela banca examinadora, reservando-se a anular questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com o conteúdo previsto no Edital.

O trecho ilustra, por um lado, a reserva sobre a possibilidade de controle judicial quando se tratar de violação ao edital ou em casos de erro manifesto. Por outro lado, explicita que o controle judicial não atua para além da averiguação da legalidade dos atos da administração.

Já os precedentes sobre o processo administrativo disciplinar¹⁷² tratam da possibilidade de o Poder Legislativo julgar, em sede de Comissão de Ética, parlamentar licenciado para exercer cargo de Ministro de Estado e a extensão dos poderes da Administração Pública no processo administrativo. No caso, parlamentar licenciado para exercer cargo de Ministro de Estado pleiteava medida cautelar para suspender processo disciplinar em tramitação perante a Comissão de Ética da Câmara dos Deputados, sob a alegação de que a Constituição Federal disciplinava regime próprio para apuração de infrações praticadas por Ministros de Estado. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi considerado pertinente na discussão acerca

regimental, que então disciplinavam o concurso público para a magistratura. Tenho a respeito posição há muito firmada, ainda sob a ordem constitucional pretérita, no sentido da invalidade desse poder, que, a meu ver, afronta, pelo menos, os princípios do concurso público e da universalidade do acesso à jurisdição”.

¹⁷¹ O voto divergente foi do Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2015c, p. 26-27), que não negou a tese vencedora de impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, da correção do conteúdo técnico avaliado por banca avaliadora de concurso público. O Ministro discordou da relação da tese com o pedido formulado, que considerou que não se tratava de solicitação para revisar o conteúdo doutrinário, mas a conformidade do ato com regras resguardadas em Edital.

¹⁷² Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.579 (BRASIL, 2007a) e Mandado de Segurança nº 24.182 (BRASIL, 2004a).

do conhecimento ou não da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.579 (BRASIL, 2007a).

Nas razões de decidir, o Min. Relator Sepúlveda Pertence ilustra o entendimento do STF de que o caso se refere a mais um em que questões parlamentares se misturam com questões constitucionais, já que o que se discute é se o Poder Legislativo tem ou não a atribuição para julgar o parlamentar licenciado. Nesse sentido, a Corte conhece do mandado de segurança, embora tenha denegado a ordem. Em resumo, o Min. Relator (BRASIL, 2007a, p. 423) considera que:

Guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade cotidiana de decidir da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado, no desempenho do qual há de manter atuação escrupulosa aos dois prismas da limitação de sua função institucional: o primeiro — negativo e óbvio — é de não lhe ultrapassar as raias e invadir a órbita da livre decisão política dos demais Poderes; o segundo — positivo e não menos importante — é o de ocupar integralmente seu espaço, de modo a não se demitir do poder que é seu — não para afirmar orgulhosamente a própria força —, mas, sim, para não sonegar a garantia constitucional de acesso à jurisdição de quem quer que pretenda lesado ou ameaçado de lesão a direito seu.

Sob esse ponto de vista, reforça-se a correlação entre a separação dos poderes e o direito fundamental de acesso à justiça, não apenas na perspectiva de limitar atos do Poder Legislativo que tendam a tornar inefetiva a proteção judicial (“a lei não excluirá”), mas também na concepção de que, nos casos em que questões políticas e de direito se mesclam com o direito fundamental de acesso à justiça, justifica-se o controle judicial.

Enquanto isso, no Mandado de Segurança nº 24.182 (BRASIL, 2004a), servidor da Câmara dos Deputados questionou o desconto, em folha de pagamento, de valor de indenização devida à Câmara, apurado em processo administrativo. Nesse caso, o Supremo considerou que, apesar de constitucional a conversão da pena de suspensão em multa, a constrição patrimonial do servidor por responsabilidade civil não pode ser autoexecutada, nem apurada em processo administrativo¹⁷³. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 foi evocado pelo Min. Relator Maurício Corrêa nos seguintes termos:

¹⁷³ Nas palavras do Min. Relator Maurício Corrêa, “[...] uma vez comprovado no processo administrativo que o servidor praticou falta funcional e ainda causou dano patrimonial ao Estado, por culpa ou dolo, caberá à comissão propor à autoridade competente a aplicação de uma das penalidades previstas no referido art. 127, pois não há dúvida da competência da Administração para apurar e punir os servidor [sic] por suas faltas de natureza administrativa. A pena de suspensão aplicada, convertida em multa na forma da lei 8112/90, é passível de execução pela própria Administração, sendo tal ato legítimo. Já a obrigação de indenizar os cofres públicos, no caso concreto pelo prejuízo decorrente do desaparecimento dos talonários citados, advém da

Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, §6º), impondo ao servidor, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, artigo 5º, LV). A apuração, porém, de fato culposo ou doloso, nas hipóteses que fogem às atividades específicas da Administração, deve ocorrer no âmbito da jurisdição civil, pois a Constituição reservou exclusivamente ao Poder Judiciário a função jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV). É o que ocorre, por exemplo, com a cobrança de dívidas fiscais e multas (BRASIL, 2004a, p. 59).

O trecho apresentado diferencia as sanções administrativas, legalmente instituídas, que podem ser aplicadas na gestão de pessoas pela Administração Pública, e a responsabilização civil, que só pode ocorrer no exercício da jurisdição. Nesse sentido, as sanções administrativas advêm do poder disciplinar da Administração em relação aos servidores. Em contrapartida, apenas a jurisdição teria competência para impor responsabilidade indenizatória, no caso de culpa ou dolo do servidor.

Em relação à exclusividade da jurisdição pelo Poder Judiciário, o argumento do Ministro vai de encontro à hipótese adotada por essa tese, cujo *modus operandi* do STF tende a confirmar. Isso porque, como o esforço sintetizador consiste na avaliação do quadro geral de ideias, a análise dos acórdãos do tópico a seguir (item 5.2.1.3) demonstra que o comportamento jurisprudencial, em análise macroscópica, segue orientação contrária, de forma que outros fóruns têm atribuição para resolver conflitos interpessoais, sem a possibilidade de revisão do mérito pelo Poder Judiciário.

Ainda assim, o precedente discute importante tema quando tangencia a relação entre o direito fundamental de acesso à justiça e a possibilidade de a Administração realizar constrição patrimonial. Ao se aprofundar no argumento proferido pelo STF, segundo qual a autoapreensão de valor de indenização violaria o devido processo legal, percebe-se que os ministros se ativeram à não regulamentação infraconstitucional dessa possibilidade.

A título de exemplo, o Min. Maurício Corrêa, na condição de relator, sustenta que “[...] a lei não prevê a auto-executoriedade [sic] pura e simples da responsabilidade civil do servidor que a Administração entenda como devida” (BRASIL, 2004a, p. 58). No mesmo sentido, e após pedir vista, o Min. Gilmar Mendes assim se manifesta: “O texto legal não contém nenhuma

responsabilidade civil do servidor, e poderá até ser resolvida mediante desconto em folha, mas desde que haja aquiescência do servidor. Caso contrário, como aqui ocorre, cabe à Administração propor ação de indenização contra o responsável. A Lei nº 8.112/90, ao reportar-se à responsabilidade civil dos servidores públicos da União (art. 121 e seguintes), disciplina a forma de atuação da Administração, em tais casos, tendo em vista a necessidade de submeter ao Poder Judiciário a confirmação, ou não, do ressarcimento, apurado na esfera administrativa” (BRASIL, 2004a, p. 59-60).

autorização para que a administração realize o desconto pretendido independentemente de anuência do eventual atingido” (BRASIL, 2004a, p. 67).

Sob o ponto de vista desse julgado, portanto, vislumbram-se algumas situações em que é possível a realização de constrição patrimonial pela própria Administração, como é o caso da cobrança da multa decorrente de sanção administrativa disciplinar e, em outros casos, a impossibilidade de atos dessa natureza, como ocorre em relação à responsabilidade civil. Nessa última situação, o devido processo legal exige a participação do Poder Judiciário.

5.2.1.3 Controle judicial de outros fóruns de resolução de conflitos

Na terceira seção desta tese, posicionou-se no sentido de estar superada a concepção de que a jurisdição é uma atividade exclusiva do Estado ou do Poder Judiciário. Apesar disso, defendeu-se que ao Poder Judiciário continua sendo atribuída a função de resguardar que os diversos fóruns de resolução de conflitos efetivem o princípio do devido processo legal no exercício de suas atividades.

Assim sendo, os precedentes selecionados para este tópico permitem que se alcancem duas finalidades. Primeiro, identificar quais fóruns de resolução de conflitos já foram objeto de avaliação pelo Poder Judiciário. Segundo, identificar sob quais fundamentos o Poder Judiciário atribuiu ou retirou validade de outros fóruns de resolução de conflitos. Essa identificação, apesar de não ser taxativa, serve como um catálogo de exemplos de outros fóruns de resolução de conflitos que participam da administração da justiça.

Tendo a primeira finalidade em vista, os acórdãos apresentados neste tópico podem ser divididos em três grupos: (i) precedentes sobre a resolução de conflitos no plano internacional e a imunidade jurisdicional; (ii) precedentes sobre a resolução de conflitos perante instituições privadas; (iii) precedentes sobre a resolução de conflitos perante a administração pública.

No primeiro grupo de precedentes estão abarcados o RE nº 597.368 (BRASIL, 2014c) e o RE nº 578.543 (BRASIL, 2014d), nos quais o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 foi discutido para avaliar se o instituto da imunidade à jurisdição dos Estados Nacionais concedida à ONU e a outros organismos internacionais é constitucional. A questão da imunidade dos organismos internacionais é peculiar em relação à dos Estados Nacionais, em que, atualmente, está consolidado o posicionamento iniciado na Bélgica, em 1903, quando sua

Corte de Cassação considerou que essas pessoas jurídicas gozariam de uma imunidade relativa, “[...] que resguarda apenas os atos soberanos do Estado do julgamento em uma jurisdição estrangeira [...]” (CAETANO; WANDERLEY JUNIOR, 2016, p. 46).

De forma unânime¹⁷⁴, o Supremo Tribunal Federal considerou que é possível conceder imunidade jurisdicional a organismo internacional por meio de tratado internacional (BRASIL, 2014c, p. 172). No voto condutor, a Min. Relatora Ellen Gracie considerou que:

Se o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, fosse entendido como um direito absoluto, então todas as convenções de imunidade jurisdicional firmadas, pelo Brasil, com as pessoas de direito público internacional estariam automaticamente revogadas e denunciadas, inclusive aquelas que possibilitam as atividades diplomáticas e consulares em nosso país (BRASIL, 2014c, p. 138).

Sob esse ponto de vista, o principal argumento condutor do voto é a peculiaridade das organizações internacionais, cuja “[...] atuação, poderes, prerrogativas e limites são definidos, em tratado constitutivo, pelos próprios Estados-membros [...]” (BRASIL, 2014c, p. 139). Argumento secundário foi a existência, prevista pelo próprio tratado internacional sobre a imunidade da ONU, do dever da Organização de estabelecer processos de solução de conflitos próprios (BRASIL, 2014c, p. 191-192), de forma que existia um fórum arbitral para a resolução de conflitos do contrato entre a ONU e seus contentores, que, no caso concreto, foi o requerente dos Recursos Extraordinários em questão. A partir desses precedentes percebe-se, portanto, que as relações dos Estados-membros com as organizações internacionais são uma exceção à regra de inafastabilidade da jurisdição, dependendo, nesse sentido, dos acordos internacionais que forem firmados.

No segundo grupo de precedentes, formado pelo Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206 EP (BRASIL, 2004b) e as Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160 (BRASIL, 2009a) e 2.139 (BRASIL, 2009b), é explanada a relação do Poder Judiciário com outros fóruns de resolução de conflitos não vinculados ao Poder Público. Esse conjunto de precedentes permite fazer uma comparação dos posicionamentos do STF que consideraram, por um lado, a validade do fórum arbitral para afastar o controle judicial de controvérsias sobre direitos disponíveis e a invalidade das

¹⁷⁴ Apesar de ter havido unanimidade sobre a concessão de imunidade a organismo internacional, houve divergência nesse julgamento. Os votos da Min. Cármen Lúcia e do Min. Marco Aurélio consideram que, apesar da imunidade da ONU no caso concreto, subsistiria uma responsabilidade subsidiária da União pelas dívidas trabalhistas, tese derrotada pela maioria.

Comissões de Conciliação Prévia como etapa condicionante para o ingresso de demandas judiciais trabalhistas.

A questão da constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi um debate cujo julgamento iniciou-se em 1996, mas só foi concluído em 2001 (BRASIL, 2004b). A importância desse precedente para os fins desta tese decorre de duas razões. A primeira, pelo fato de se ter reconhecido uma limitação ao controle judicial. A segunda, porque a liberalidade foi considerada um argumento constitucionalmente adequado para, em certos casos, afastar o controle judicial. Esse segundo motivo será avaliado no tópico em relação à segunda hipótese de trabalho desta tese (Subseção 5.3). Por enquanto, apegamos-nos à primeira dimensão desse precedente, que reconheceu a constitucionalidade do deslocamento da competência jurisdicional do Poder Judiciário para um fórum de resolução de conflitos não vinculado ao Poder Público, mas cuja decisão também é considerada exercício de jurisdição, com as características a ela inerentes, tais quais as resultantes do exercício do Poder Estatal.

A questão gira em torno dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996), que permitem que o Poder Judiciário exija o cumprimento da cláusula arbitral de um contrato. Isso significa que o Poder Judiciário pode substituir, com base em um contrato previamente consentido, a parte para autorizar o início do julgamento arbitral. O Min. Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2004b, p. 1002) conduziu a corrente (vencida) segundo a qual a manifestação de vontade das partes para submissão de conflito a juízo arbitral não poderia ocorrer por cláusula contratual genérica, mas por cláusula específica, prevendo os casos e o juízo arbitral competente. Caso contrário, a manifestação de vontade deveria ocorrer posteriormente ao estabelecimento do conflito. O núcleo desse entendimento está na suposição de que a renúncia ao exercício do direito de ação não pode ser feita em abstrato¹⁷⁵.

A divergência desse entendimento, que acabou vencedora, foi conduzida pelo Min. Nelson Jobim. A corrente divergente ao Min. Relator considerou que é possível fazer uma renúncia

¹⁷⁵ De forma ilustrativa, pode-se vincular trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence no seguinte sentido: “A constitucionalidade do juízo arbitral — deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação — que é o reflexo subjetivo da garantia de prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV da Lei Fundamental — relativamente a uma prestação material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação — porque direito de caráter instrumental — não existe *in abstracto*: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral — onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação — não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual” (BRASIL, 2004b, p. 1002-1003).

prévia ao exercício do direito de ação nos conflitos decorrentes de uma relação de direitos disponíveis, porque o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é uma norma de garantia do cidadão contra o Estado e não uma imposição a esse cidadão (BRASIL, 2004b, p. 1019-1020). Nas palavras do próprio Ministro:

Diz o texto constitucional que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça de direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão compor os seus conflitos pela via judicial (BRASIL, 2004b, p. 1019-1020).

Assim, o Supremo Tribunal Federal não apenas atribuiu validade ao fórum arbitral, como estabeleceu que, dentro de uma relação jurídica de direitos disponíveis, os cidadãos podem, entre si, estabelecer o compromisso de não exercer o direito de ação, acordo este que pode, inclusive, ser exigido judicialmente.

Já no julgamento sobre as Comissões de Conciliação Prévia (BRASIL, 2009a e 2009b), o Supremo Tribunal Federal concedeu validade, em tutela cautelar, à alteração legislativa da Consolidação das Leis Trabalhistas que permitia a instituição de Comissões Prévias de Conciliação entre empregados e empregadores no âmbito das empresas ou dos sindicatos enquanto um fórum paritário de resolução de conflitos. No entanto, considerou ofensivo ao art. 5º, inciso XXXV, a imposição de que esse fórum de resolução seria condição para o ingresso de demanda de mesmo objeto perante a Justiça do Trabalho (BRASIL, 2009a, p. 176).

O voto condutor do entendimento vencedor, proferido pelo Min. Marco Aurélio, pauta-se, prioritariamente, pela comparação entre o regime da Carta Constitucional de 1969 e da de Constituição de 1988, em que houve

[...] a exclusão propriamente dita e a condição de esgotar-se, antes do ingresso em juízo, uma determinada fase. Todavia, a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona a ter-se o preceito com outro alcance, o que é reforçado pelo dado histórico, ante a disciplina pretérita. O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o esgotamento da fase administrativa, para chegar-se a formalização de pleito no Judiciário (BRASIL, 2009a, p. 153).

Sob essa base, a corrente conduzida pelo Min. Marco Aurélio considerou que o acesso ao Poder Judiciário deveria ser regra, enquanto outras cláusulas constitucionais que condicionam esse acesso, como no exemplo da justiça desportiva, exceções (BRASIL, 2009, p. 154).

Essas ideias venceram a divergência proposta pelo Min. Octavio Galloti, que foi condutor da linha de pensamento sobre a qual a condição de prévia tentativa de conciliação nas comissões seria para racionalizar e não obstruir o direito de acesso ao Poder Judiciário. Nas palavras do Ministro,

[...] julgo que a garantia insculpida no item XXXV do art. 5º da Constituição não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações, que tenham por finalidade a racionalização do procedimento — como é a hipótese dos autos — e não o escopo de obstruir desarrazadamente a via do Poder Judiciário. [...] Na primeira dessas alternativas (a de racionalização) e não na última (a do arbítrio), se inscreve a edição dos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores. Ademais disso, são de instituição facultativa (art. 625-A, caput) as Comissões hostilizadas sem a voluntária participação dos empregados. Sem ocorrer esse consenso, bastará a competente declaração desse fato na inicial da reclamação para a dispensa da tentativa de conciliação [...] (BRASIL, 2009, p. 146).

O caso também estava inserido no contexto de congestionamento da Justiça do Trabalho, o que foi apresentado no relatório, apesar de não ter sido trabalhado nos votos. Nesse precedente, foram relatadas informações fornecidas pelo Ministério do Emprego sobre o congestionamento de processos naquele segmento da Justiça (BRASIL, 2009a, p. 144). Observa-se que, tanto o posicionamento capitaneado pelo Min. Marco Aurélio, quanto o defendido pelo Min. Octavio Galloti reconhecem as comissões como um fórum “louvável” de resolução de conflitos, divergindo apenas em relação a sua obrigatoriedade.

Como esse precedente, pelo menos em um primeiro ponto de vista, se contrasta com aquele proferido sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, é preciso avaliar qual fundamento comum permitiria manter a racionalidade do comportamento do STF sob uma perspectiva macroscópica. Em primeiro lugar, deve observar-se que apenas o congestionamento do Poder Judiciário não é motivo suficiente para justificar a validade de outro fórum de resolução de conflitos. Esse argumento, já ressaltado nesta tese, lembra que o Poder Judiciário não pode se valer de sua própria ineficiência para restringir o acesso à justiça. Em segundo lugar, a distinção de posicionamento do STF nos casos de arbitragem e da comissão de conciliação se sustenta no fato de que, na arbitragem, a renúncia ao exercício do direito de ação é realizada pelo próprio interessado, enquanto, no caso das comissões de conciliação, a escolha pela sua instituição pertencia ao sindicato e ao empregador.

Sob esse ponto de vista, é possível aferir, como um sentido atribuível ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que a escolha pela utilização de um fórum extrajudicial de resolução de conflitos deve ser sempre uma decisão do próprio interessado, em abdicação do exercício de propor ação judicial. Assim, chega-se à conclusão de que a renúncia ao exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário é um ato de caráter exclusivo de seus titulares.

No terceiro grupo de precedentes, podem ser observados julgamentos de casos que tratam da relação entre o contencioso administrativo e o direito fundamental de acesso à justiça¹⁷⁶. A partir dos votos proferidos quando do julgamento Recurso Extraordinário nº 389.383 (BRASIL, 2007b) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173 (BRASIL, 2009c), é possível observar que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal tem influência na liberdade de regulamentação sobre as condições de tramitação dos procedimentos administrativos e de acesso ao contencioso administrativo.

Por exemplo, ao analisar a relação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal com o procedimento administrativo de cobrança de tributos, conforme a ADI nº 173 (BRASIL, 2009c), o STF declarou que há violação de tal dispositivo quando, para a cobrança administrativa, o Fisco se utiliza de sanções políticas. Trata-se de um julgamento por unanimidade, em que o Supremo Tribunal Federal considerou que, no exercício de cobrança dos créditos tributários, a permissão legislativa para que o Estado adote sanções que inviabilizam a atividade empresária viola o direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 2009c, p. 9). O voto condutor do Min. Relator Joaquim Barbosa ilustra que:

A interdição de estabelecimento ou a submissão do contribuinte a regime mais gravoso de apuração tributária pode impedir a discussão administrativa ou judicial sobre matéria tributária, pois é incontestável que uma empresa fechada terá menos recursos para manter um processo administrativo ou judicial. Dito de outro modo, a sanção política viola o direito de acesso ao Estado, seja no exercício de suas funções Administrativa ou Judicial, para que ele examine tanto a aplicação da penalidade como a validade de tributo (BRASIL, 2009c, p. 11).

Esse precedente evidencia que, por vezes, a violação ao direito fundamental de acesso à justiça não decorre da impossibilidade processual ou procedimental de acessar o contencioso administrativo ou o Poder Judiciário, mas de uma impossibilidade indireta, como é o caso das

¹⁷⁶ Abarcam esse grupo as Medidas Cautelares em Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.891 (BRASIL, 2002a), nº 2.160 (BRASIL, 2009a), 2.139 (BRASIL, 2009b), a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173 (BRASIL, 2009c), Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.174 (BRASIL, 2010a) e os Recursos Extraordinários nº 389.383 (BRASIL, 2007b) e 631.240 (BRASIL, 2014a).

sanções políticas. Nesse sentido, outro trecho do voto condutor do Min. Joaquim Barbosa explica que:

Um dos motivos determinantes da orientação firmada pela Corte consiste no risco posto pelas sanções políticas ao exercício do direito fundamental ao controle administrativo ou judicial da validade dos créditos tributários [...] (BRASIL, 2009c, p. 9-10)

A sanção política, assim, é considerada como violadora do direito fundamental de acesso à justiça do contribuinte porque, do ponto de vista dos seus efeitos práticos, inibe o exercício do direito de ação e de petição e, nesse sentido, forma um âmbito normativo incompatível com o direito fundamental de acesso à justiça.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 389.383 (BRASIL, 2007b), considerou inconstitucional norma jurídica que exigia a necessidade de depósito para pessoa jurídica de direito privado acessar a segunda instância do contencioso administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social¹⁷⁷.

O Min. Relator Marco Aurélio frisou a importância dos princípios da ampla defesa e do direito de petição para negar constitucionalidade à norma de exigência de depósito. A explicitação da pertinência do art. 5º, inciso XXXV, ocorreu no voto do Min. Joaquim Barbosa, que não apenas o utilizou para compará-lo com o direito de petição, mas também para argumentação de ordem prática, já que o contencioso administrativo teria como uma de suas funções permitir que a Administração e o administrado resolvam conflitos sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário (BRASIL, 2007b, p. 1641). Nas palavras do Ministro:

No que tange à razoabilidade, o confronto entre o direito ao recurso administrativo e a pretensão da Administração de reter quantias até que ela própria analise o recurso há de resultar na preponderância do direito do cidadão de levar adiante sua irrisignação contra medida que considera ilegal ou injusta, inclusive por razões de ordem prática. Vale dizer, a solução mais favorável ao administrado deve prevalecer, mesmo porque a exigência de depósito prévio tem o efeito perverso de contribuir para a sobrecarga do Judiciário, já inacessível, como todos sabemos, a parcelas significativas da população (BRASIL, 2007b, p. 1641).

¹⁷⁷ O julgado fazia referência ao §1º do art. 126 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (já revogado), que disciplinava: “§1º Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata este artigo somente terá seguimento se o recorrente, pessoa jurídica, instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de valor correspondente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão”, conforme redação incluída pela Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998 (BRASIL, 1991).

O precedente abre espaço para compreensão de que o fórum administrativo de resolução de conflitos pode ser utilizado para aliviar pressões em relação ao Poder Judiciário, que vive um cenário de congestionamento, observado na quarta seção desta tese e no voto do Ministro. Diversas aplicações práticas podem decorrer desse entendimento, como a possibilidade de execução fiscal administrativa, já que as ações de execução fiscal representam um dos grandes gargalos de efetividade do Poder Judiciário. O único voto dissidente foi proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, por considerar que o direito de acesso ao Poder Judiciário, entendido como universalidade da jurisdição, garantido na Constituição, tornaria possível a compatibilidade da exigência, já que o Poder Judiciário continuaria aberto para sanar lesão a direito (BRASIL, 2007b, p. 1675).

Ao terem sido vencidos os argumentos do Min. Sepúlveda Pertence, observa que o excesso de demandas judiciais não é um efeito desejável e que o direito de acesso ao Poder Judiciário não torna o contencioso administrativo um fórum de resolução de conflitos dispensável. Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal exige que, no relacionamento entre a Administração Pública e o cidadão, o fórum administrativo de resolução de conflitos seja mais livre e acessível, como forma inclusive de se evitar o Judiciário, contribuindo-se, desse modo, para seu descongestionamento.

Nota-se que o precedente caminha para a percepção de que o contencioso administrativo deveria ser mais harmônico em relação à esfera judicial. Com isso, quer-se dizer que a presença de uma esfera administrativa mais acessível, menos burocrática e mais garantista teria o condão de prevenir o ingresso de demandas perante o Poder Judiciário. Uma vez que a instância administrativa é sobreposta pela judicial, as garantias constitucionais devem ser, desde logo, rigorosamente observadas na esfera administrativa. Foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADI nº 1.891 (BRASIL, 2002a), considerou constitucional regra que regulamentava a renúncia automática ao contencioso administrativo quando a questão em discussão for idêntica à judicializada¹⁷⁸.

¹⁷⁸ No precedente, foi questionado o parágrafo terceiro do art. 24 da Medida Provisória nº 1.663-13, de 1998, que disciplinava: “Art. 24. [...] §3º. A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto” (BRASIL, 2002a, p. 385).

O Supremo Tribunal Federal não acolheu o pedido de suspensão dos efeitos da norma referida porque, na forma do raciocínio conduzido pelo Min. Relator Moreira Alves, há dependência entre o contencioso judicial e o administrativo. Em suas palavras:

Acrescento que, levada a questão à apreciação judicial, a essa instância fica sujeita a Administração Pública, o que implica dizer que, nesses casos, não há sequer independência de instâncias, para que tramite o recurso administrativo paralela e independentemente a par da tramitação da ação (BRASIL, 2002a, p. 400).

Assim, observa-se que prevenção de duplicidade de procedimentos é um fundamento adequado para orientar o relacionamento entre o contencioso administrativo e o judicial. A correção do primeiro aos princípios constitucionais não apenas garante o acesso à justiça para o caso concreto, como, em uma perspectiva ampla, garante o acesso à justiça como um todo, já que diminui a necessidade de judicialização dos conflitos.

Ao se comparar o posicionamento segundo o qual é constitucional a limitação ao contencioso administrativo, quando já existe o ajuizamento da questão, com aquele já apresentado sobre a inconstitucionalidade de exigência de depósito para o acesso ao grau recursal no contencioso administrativo, age-se exatamente com vista a prevenir a duplicidade de procedimentos. Sob esse prisma, revela-se também aqui uma correlação com um imperativo de atuação harmônica entre os poderes, que não está em um contexto de interferência de um nas prerrogativas do outro, mas no de garantir que os contenciosos administrativo e judicial não se isolem. Assim, pode-se derivar desses precedentes que o direito de acesso à justiça exige que se mantenha uma harmonia entre as respostas dadas pelos diversos fóruns estatais de resolução de conflitos.

Isso fica ainda mais evidenciado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240 (BRASIL, 2014a), em que o Supremo Tribunal Federal considerou pela constitucionalidade de entendimento segundo o qual, naqueles direitos previdenciários que dependem de solicitação ao órgão, a ausência dessa prévia solicitação culmina na falta de interesse processual e, portanto, na possibilidade de não conhecimento do processo judicial.

Assim sendo, por mais que exista a construção da ideia de prejudicialidade do fórum de resolução administrativo quando a demanda é judicializada, a jurisprudência tem demonstrado casos com efeito contrário, em que o acesso ao Poder Judiciário precisa da prévia provocação da Administração e, mais que isso, que a observância das garantias constitucionais no âmbito administrativo leva a um procedimento mais satisfatório e possível de evitar a via judicial.

Essa posição em que o acesso ao Poder Judiciário passa por um crivo sobre a necessidade de sua atuação é uma ideia também vinculada à segunda hipótese de trabalho desta tese, por sustentar que o acesso ao Poder Judiciário só pode ser evocado na medida em que representar mais acesso à justiça. Assim sendo, dá-se por encerrada a análise dos precedentes que tratam da primeira hipótese de trabalho e passa-se a analisar, no tópico seguinte, aqueles que discutem temas referentes à retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça.

5.2.2 A necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça

Encerrada a análise dos precedentes acerca da primeira hipótese de trabalho, passa-se a analisar aqueles julgados que foram selecionados como pertinentes para a “necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça”, que é a segunda hipótese de trabalho desta tese.

Já no tópico sobre a primeira hipótese, observa-se que, mesmo nos casos acerca da relação do direito fundamental de acesso à justiça com o princípio da separação dos poderes e naqueles sobre a atribuição de o Poder Judiciário resguardar o cumprimento do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos, o controle judicial tem como objeto promover essa retroalimentação. A diferença entre esses tópicos é que, agora, não se trata mais da relação do Poder Judiciário com outros poderes ou com outros fóruns de resolução de conflitos, mas se refere aos precedentes em que a aplicação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 serve para concretizar normas jurídicas de parâmetro para a atuação do próprio Poder Judiciário na sua função jurisdicional, com vista a torná-la mais efetiva.

O conjunto de precedentes analisados demonstra, nesse contexto, que a necessidade de retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça não é uma hipótese verificável apenas naquelas situações de provocação inicial do Poder Judiciário. Em outros casos, que envolvem regras de tramitação (como o caso de regulamentação de provas admissíveis) ou de efetividade (como os casos sobre a regulamentação de precatórios), também é evocado o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal para a concretização da norma de decisão a ser efetivada.

5.2.2.1 Ônus financeiro para a provocação da jurisdição

Ao longo desta tese, apresentou-se que parte dos esforços para se efetivar o direito de acesso à justiça tem sido por meio de reformas institucionais que diminuem as exigências de ônus financeiros para a provocação da jurisdição estatal¹⁷⁹, quando se trata de interessados com mais necessidades econômicas.

Na terceira seção, por exemplo, lembrou-se que existem iniciativas normativas para eliminação de barreiras econômicas para o acesso ao Poder Judiciário desde as Ordenações Filipinas (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 77) e que essas iniciativas são consideradas por Cappelletti e Garth (1988, p. 31-49) a primeira onda do movimento de acesso à justiça nos países participantes do Projeto Florença. Já na quarta seção demonstrou-se que o Conselho Nacional de Justiça (2009) já monitora, por meio do indicador de acesso à justiça dos relatórios da série *Justiça em Números*, dados estatísticos sobre a concessão de assistência judiciária gratuita. Esses elementos demonstram a consolidação de uma percepção de que os custos financeiros da atividade jurisdicional estatal, quando repassados para os usuários mais necessitados, podem afetar o direito fundamental de acesso à justiça.

Os precedentes que compõem essa categoria mostram que existem pelo menos três espécies de ônus financeiros para a provocação da jurisdição: taxa, garantia e outros encargos decorrentes de serviços privados necessários à provocação ou tramitação dos processos judiciais. Em relação às taxas, a análise dos precedentes selecionados¹⁸⁰ permite observar que, de forma pacífica, o STF tem entendido que esses ônus, a depender da situação, podem violar o direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 2000e, p. 191).

As decisões colegiadas nesses precedentes se orientam a considerar que não decorre do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 uma vedação ampla à instituição de taxas, conforme tentou fazer convencer, por exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no julgamento da ADI MC nº 1.651 (BRASIL, 1998a, p. 134-135).

¹⁷⁹ As expressões “ônus financeiros do processo” ou “ônus financeiros para a provocação da jurisdição estatal” foram adotadas como gênero, dentro da ideia de esforço sintetizador da Teoria Estruturante do Direito, para designar qualquer exigência de desembolso para se provocar a tutela jurisdicional. Nesse sentido, caberá a este tópico avaliar sobre quais parâmetros esses ônus são constitucionais.

¹⁸⁰ São eles as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 948 (BRASIL, 2000c) e nº 2.655 (BRASIL, 2004c), os julgamentos de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.651 (BRASIL, 1998a), nº 1.772 (BRASIL, 2000e) e nº 3.826 (BRASIL, 2010b).

O Min. Francisco Rezek (BRASIL, 2000c, p. 59-60), nesse contexto, apresenta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao considerar que a gratuidade do direito de petição, explicitamente resguardado pelo art. 5º, inciso XXXIV¹⁸¹, refere-se apenas aos pedidos dirigidos administrativamente ao Poder Público. Na medida em que o Supremo Tribunal Federal considerou que a tutela jurisdicional estatal pode ser considerada um serviço público divisível, a instituição de taxas para a provocação do Poder Judiciário foi considerada possível constitucionalmente (BRASIL, 2000c, p. 57).

No conjunto de precedentes, o Supremo Tribunal Federal avaliou leis estaduais que condicionavam o *quantum* a ser pago a título de taxas ao valor da causa. Reconheceu-se que, como tributo vinculado a um serviço público, esse ônus financeiro precisa ter uma correlação com o valor do serviço prestado. Além disso, fixou-se entendimento que essas taxas não podem ser instituídas sem um limite máximo, sob o risco de obstaculizar o direito de acesso do contribuinte ao Poder Judiciário.

A título de exemplo, a Min. Ellen Gracie (BRASIL, 2004c, p. 80) expõe, em seu voto, que

[...] este Supremo Tribunal vem admitindo o cálculo das custas com base no valor do proveito pretendido pelo contribuinte, somente repelindo, por ofensa ao art. 5º, XXXV da CF, os atos normativos que não fixaram um limite, um teto para o *quantum* devido a título de custas e taxas judiciais.

O Supremo Tribunal Federal também avaliou, na amostra selecionada, se poderia fazer controle judicial dos valores em abstrato que parecessem abusivos ou desproporcionais. No julgamento da ADI nº 3.826 (BRASIL, 2010b, p. 258), o STF discutiu a constitucionalidade de Lei Estadual de Goiás, que previa um limite para a cobrança da taxa, mas o valor, em si, era considerado abusivo pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Min. Marco Aurélio isolou-se no posicionamento de que era possível, com base na comparação dos valores cobrados pelo Estado de Goiás com os de outros Estados, aferir se as taxas eram desproporcionais ou não (BRASIL, 2010b, p. 276-277).

No entanto, venceu a argumentação conduzida pelo Min. Eros Grau, relator do caso. Para ele, a inconstitucionalidade, no plano abstrato, só seria possível ser declarada quanto à ausência de limites ao valor cobrado, mas não propriamente sobre o *quantum* (BRASIL, 2010b, p. 263). A

¹⁸¹ Dispõe a Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder; [...]” (BRASIL, 1988).

desproporcionalidade do valor, considerada, por si só, não poderia ser avaliada pelo Supremo, por duas razões: a primeira, explicitada pelo Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2010b, p. 278-279), é a incompatibilidade da manifestação jurisdicional com uma análise técnica sobre os custos do Poder Judiciário de Goiás para se aferir se há desproporcionalidade da taxa; a segunda razão, apresentada pela Min. Cármen Lúcia (BRASIL, 2010b, p. 269), é que o dever constitucional de garantir assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal) contrabalancearia o alto custo cobrado a título de taxa:

Por isso, vou acompanhar o Ministro-Relator, no sentido da improcedência da ação, exatamente com a seguinte observação: Ao Estado compete assegurar o pleno acesso à jurisdição. Portanto, na impossibilidade comprovada de não ser possível a alguém o pagamento desses valores altíssimos dessas tabelas, e aqui não me refiro apenas como pobre no sentido legal, ter-se-á que garantir a gratuidade do serviço prestado, porque, caso contrário, teríamos que declarar ser um óbice criado ao acesso à justiça, que é direito fundamental das pessoas (BRASIL, 2010b, p. 269).

Tendo esses argumentos em vista, o colegiado decidiu pela constitucionalidade da taxa em abstrato, mas posicionou-se no sentido de que o Poder Judiciário deveria resguardar, nos casos concretos, o acesso à jurisdição naquelas demandas em que esses valores violassem o direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 2010b, p. 274).

Já o conjunto de precedentes sobre a possibilidade de exigência de garantia é composto por apenas quatro julgados¹⁸², que não formam, tal qual no caso das taxas, uma confirmação do mesmo posicionamento pelo STF, pois cada um trata de questões diferentes acerca dessa espécie de ônus.

No julgamento da Medida Cautelar e do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.074 (BRASIL, 1994b; BRASIL, 2007c), o STF repudia a exigência de depósito do valor em discussão para o ajuizamento de ações de impugnação de débitos com o INSS, feita pela Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994¹⁸³. Apesar dos quase 13 anos que separam o julgamento da medida cautelar em relação ao julgamento de mérito, o STF decidiu que a exigência de depósito violava o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, fazendo-o de forma unânime nas duas causas. Já em 1994, no julgamento da medida cautelar, o Min. Francisco Rezek havia diferenciado a

¹⁸² Formam esse conjunto de precedentes a Ação Rescisória nº 1.376 (BRASIL, 2006b), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.161 (BRASIL, 2015d) e nº 1.074 (BRASIL, 2007c) e o julgamento de Medida Cautelar dessa mesma demanda (BRASIL, 1994b).

¹⁸³ Cf. art. 19 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994 “Art. 19. As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas de depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos” (BRASIL, 1994c).

exigência da Lei nº 8.870/1994 daqueles outros institutos de depósito presentes nas fases de execução:

O que se pretende, à primeira vista, é assegurar a eventual execução. Nesta trilha, a norma não representaria grande novidade em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, o que a singulariza é a restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário. A necessidade do depósito, tal qual aqui lançada, limitará o próprio acesso à primeira instância (BRASIL, 1994b).

Reforçado esse argumento por ocasião do julgamento do mérito, o Min. Relator Eros Grau enfatizou que o posicionamento construído, até mesmo antes da Constituição de 1988, com o Tribunal Federal de Recursos, é de que o depósito pode ser exigido para fins de obstar o trâmite da execução, não para obstar a ação de impugnação de débito (anulatória) em si, ainda mais em se tratando do acesso à primeira instância da jurisdição estatal, o que equivale à negativa de acesso à justiça (BRASIL, 2007c).

Por exemplo, a Lei de Execução Fiscal — Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 — pode exigir garantia à execução para permitir que o contribuinte se defenda por meio de um instrumento que obsta seu trâmite, conforme o art. 16, §1º (BRASIL, 1980). No entanto, não pode fazer essa exigência quando o contribuinte se utiliza de instrumentos que tramitam em paralelo à execução, como mandado de segurança ou ação anulatória.

Para esses casos, observa-se a harmonização de dois fundamentos constitucionalmente adequados para se concretizar o direito fundamental de acesso à justiça. Por um lado, a exigência de garantia para obstar o trâmite da execução auxilia na efetividade da execução em relação ao direito de satisfação do crédito pelo credor. Por outro lado, a possibilidade de impugnar o crédito sem exigências financeiras, com a execução correndo em paralelo, auxilia a resguardar a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça pelo acesso ao Poder Judiciário.

Outro fator que se observa como relevante para declaração de inconstitucionalidade desse ônus financeiro decorre do fato de se tratar de acesso ao Poder Judiciário em primeira instância, fase mais protegida pela jurisprudência do STF contra limitações. O STF também considerou que essa exigência é inconstitucional nos casos de acesso ao grau recursal dos juizados especiais, formado pelas Turmas Recursais. Esse é o caso da ADI nº 4.161 (BRASIL, 2015d). Nela, um

dos elementos ponderados pelos ministros¹⁸⁴ que votaram pela inconstitucionalidade material da exigência de depósito de cem por cento do valor da condenação para o acesso às Turmas Recursais é o fato de os juizados especiais serem pautados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (BRASIL, 1995).

Apesar do julgamento unânime em relação à inconstitucionalidade da medida, faz-se necessário apresentar duas ressalvas expostas nos votos dos ministros. A primeira refere-se ao voto do Min. Gilmar Mendes, que declarou apenas a inconstitucionalidade formal por considerar que se trata de regulamentação sobre matéria processual:

[...] eu vou me limitar, embora aqui, claro, haja a peculiaridade de se tratar de Juizado Especial e de se tratar de uma valoração elevada. Estamos falando de cem por cento do valor da condenação, mas, a meu ver, é suficiente a declaração de inconstitucionalidade formal. Acho importante que isso seja frisado porque todos nós estamos a buscar fórmulas que limitem a judicialização ou que estimem a desjudicialização e, certamente, uma das formas é a limitação de recursos, inclusive por esse modo (BRASIL, 2015d, p. 15).

Em sentido similar, o Min. Luís Roberto Barroso, apesar de seguir integralmente o voto da Min. Relatora Cármen Lúcia e se posicionar pela inconstitucionalidade formal e material, ressalta que a convicção de sua posição se aplica apenas à jurisdição ordinária, de forma que não entra no mérito em relação à jurisdição extraordinária (BRASIL, 2015d, p. 13).

O que essas duas ressalvas demonstram é que, pelo menos para alguns ministros, já se evidencia a possibilidade de uma maior limitação no acesso às instâncias superiores do Poder Judiciário. Nesse sentido, pode-se inferir que o direito fundamental de acesso à justiça e de acesso ao Poder Judiciário se relacionam de forma diferente, a depender das finalidades e dos propósitos para que cada órgão do Poder Judiciário foi instituído.

Para aqueles órgãos que possuem como público alvo as camadas mais vulneráveis e a pessoa física (como o juizado especial) ou que representam o primeiro amparo judiciário contra violação de direito (como a primeira instância de forma geral), as restrições de acesso ao Poder Judiciário têm potencial maior de violar o direito fundamental de acesso à justiça. Por outro lado, naqueles órgãos judiciais em que as partes atuam com certa equiparação de forças ou naquelas instâncias cujo acesso pode representar mera protelação da efetividade da

¹⁸⁴ Explicitaram o posicionamento pela violação material da exigência em relação ao direito de acesso à jurisdição a Min. Relatora Cármen Lúcia e os Min. Luis Roberto Barroso, Min. Luiz Fux e Min. Marco Aurélio.

jurisdicional, a regulamentação maior e a adoção de meios de desjudicialização de demandas não representa violação do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, tem-se um precedente que representa o caso de ônus para a provocação do Poder Judiciário, decorrente da necessidade de contratação de serviços privados. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 384.866 (BRASIL, 2012a), em que foi considerada inconstitucional a lei que dispensava o pagamento de honorários de sucumbência nas ações dos titulares das contas de FGTS (BRASIL, 1990)¹⁸⁵.

O raciocínio segundo o qual a dispensa do pagamento de honorários viola o direito fundamental de acesso à justiça é formulado pelo Min. Marco Aurélio, relator do caso. Segundo o Ministro, a parte lesada não pode ser prejudicada pela resistência da outra ao cumprimento da lei, mesmo que essa resistência ocorra por meio judicial (BRASIL, 2012a, p. 6-7).

Aquele compelido a ingressar em juízo não pode ter contra si, além da passagem do tempo sem que possa usufruir de imediato direito, a perda patrimonial, que estará configurada caso tenha de arcar com as despesas processuais, com ônus decorrente da contratação de advogado para lograr a prestação jurisdicional, a eficácia do direito integrada ao patrimônio. [...] A garantia constitucional de acesso engloba, procedente o pleito, a preservação, na integralidade, do direito do autor (BRASIL, 2012, p. 7).

Nesse caso, os honorários de sucumbência têm como objetivo mitigar parte do ônus financeiro de contratação de advogado particular e, nesse sentido, a dispensa desse pagamento prejudica a efetividade da tutela jurisdicional, que acabaria sendo prejudicial a quem tem razão¹⁸⁶.

Com a análise dos precedentes sobre os ônus financeiros para a provocação da jurisdição estatal, percebe-se que a constitucionalidade de sua existência depende de dois fundamentos. O primeiro fundamento é o custeio do serviço judiciário. Os precedentes analisados mostram que esse custeio pode ser feito de forma difusa ou individualizada (custeado pela sociedade ou pelas partes litigantes). Quando custeado pelas partes litigantes, o direito fundamental de acesso à justiça exige que esses ônus sejam mitigados para aqueles que estavam com a razão e não podem incidir sobre quem não pode pagar.

¹⁸⁵ Assim dispõe o art. 29-C da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990: “Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios” (BRASIL, 1990).

¹⁸⁶ Leciona Cahali (1997, p. 51) que “[...] o fato da sucumbência demonstra resistência injustificada à pretensão da parte contrária: aquele a quem o juiz acabou por não dar razão pode, de ordinário, ser considerado o responsável pela instauração do processo, e, assim, a *posteriori*, ser condenados nas despesas [...]”. A essa concepção, costuma-se adotar o nome de “princípio da sucumbência”.

O segundo fundamento é a efetividade da jurisdição. Nesse sentido, a exigência de garantia ou depósito para a provocação da jurisdição pode ser utilizada como instrumento para resguardar a eficácia da tutela (como ocorre no caso dos embargos à execução). Esse objetivo não pode ser alcançado, entretanto, pela instituição da exigência de depósito em todos os instrumentos de defesa do jurisdicionado, fazendo com que não existam alternativas processuais sem esse ônus.

Por fim, observa-se que, em alguns votos sobre os ônus financeiros, refletiu-se sobre a possibilidade de eles serem utilizados para limitar o acesso a determinadas instâncias do Poder Judiciário, já que, para além da primeira instância, é necessário ponderar o direito de acesso ao Poder Judiciário com o da razoável duração do processo, o que demonstra, nesses votos, a preocupação de que o acesso ao Poder Judiciário retroalimente o acesso à justiça.

5.2.2.2 Relativização de normas processuais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça

A literatura especializada há tempo já sustenta que

[...] as exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a determinados fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido, ou o fim atingido, e não tanto a regularidade formal no emprego dos meios (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 31).

Observa-se, nesses termos, que de forma inerente a todo o ordenamento jurídico processual está a busca por estabelecer procedimentos e ritos capazes de tornar a tutela jurisdicional efetiva. Daí advém a instrumentalidade das formas.

A seleção dos precedentes que tratam da relativização ou não de normas processuais possui a finalidade de aferir os parâmetros segundo os quais o Supremo Tribunal Federal tem considerado que determinadas normas procedimentais cumprem essa função de permitir uma tutela jurisdicional efetiva e quais obstruem o direito de acesso à justiça. Os precedentes analisados são divididos entre aqueles¹⁸⁷ em que o plenário do Supremo Tribunal Federal

¹⁸⁷ Trata-se do Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.234 (BRASIL, 2003b) e o Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 23.800 (BRASIL, 2001b).

considerou que as normas processuais não ofendiam o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e aqueles¹⁸⁸ em que se vislumbra a violação a esse direito.

O Supremo Tribunal Federal considerou que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 não era pertinente para questionar as normas processuais que limitavam a atuação de instituição sem fins lucrativos de proteção ao meio ambiente como assistente litisconsorcial¹⁸⁹ em Mandado de Segurança. Assim explica o Min. Relator Maurício Corrêa:

Quanto ao alegado cerceamento do acesso à Justiça, preconizado no artigo 5º, XXXV, tem-se que evidentemente inexistente lesão ou ameaça de direito, visto que a questão em exame é processual e, como está demonstrado, o Código de Processo Civil não protege o pleito do agravante. A análise de poder, ou não, ser admitido o litisconsórcio não tem nada a ver com a proteção ao meio ambiente ou com os interesses difusos preservados pela atual Constituição (BRASIL, 2001b, p. 628-269).

O cerne da questão está em avaliar se o interesse de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser um direito fundamental de titularidade difusa, seria suficiente para que o instituto de proteção ambiental atuasse como assistente litisconsorcial. O posicionamento do STF foi no sentido de que não basta

[...] a existência de interesse para justificar a admissão como assistente litisconsorcial passivo. Imprescindível o direito próprio e a previsão de prejuízo da sucumbência na ação. [...] Se o agravante não tem direito próprio à proteção ambiental, mas simples interesse previsto em suas cláusulas estatutárias, incabível figurar no processo como assistente litisconsorcial (BRASIL, 2001b, p. 263).

Como a discussão se restringiu à figura do assistente litisconsorcial, a resposta dada pelo STF aponta que a alegação de estar em defesa de certos direitos difusos não é suficiente para permitir que qualquer um possa ser parte do processo. Como o precedente se restringiu ao pedido do instituto para figurar tal como se parte fosse, ele não pode ser utilizado para inferir consequências sobre outros tipos de intervenção no processo, mas não há dúvida de que, nessa condição, foi limitado o acesso do referido instituto ambiental ao Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal também considerou que a possibilidade de perda superveniente de legitimidade ativa não viola o direito fundamental de acesso à justiça. Foi o que decidiu quando o Partido Social Liberal pleiteou a manutenção da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

¹⁸⁸ Esse grupo é composto pelo julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.473 (BRASIL, 2003c) e os Embargos de Declaração nos Embargos Divergentes nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 703.269 (BRASIL, 2015e).

¹⁸⁹ O assistente litisconsorcial é um instituto de processo civil em que terceiro atua no processo como se parte fosse. Didier Jr. (2017, p. 551-552) explica que o terceiro, para figurar enquanto tal, precisa ser titular da relação jurídica em discussão ou ser colegitimado extraordinariamente.

2.234 (BRASIL, 2003b), mesmo após perder a representação no Congresso Nacional, conforme disciplinado no art. 103, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹⁹⁰.

Portanto, certas condições para o exercício do direito de ação e certos pressupostos processuais são constitucionalmente adequados para se limitar o acesso ao Poder Judiciário. No entanto, esses dois precedentes se contrastam com aqueles casos em que o STF relativizou normas processuais com a finalidade de resguardar o direito fundamental de acesso à justiça. Fruto da concepção de instrumentalidade das normas processuais, o Supremo Tribunal Federal ratificou que embargos de divergência poderiam ser interpostos antes da publicação do acórdão embargado, sem o risco de serem considerados intempestivos (BRASIL, 2015e, p. 1).

Isso significa uma mudança de posicionamento, que se assentava na ideia de que “[...] o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido [era] prematuro, a menos que [fosse] posteriormente ratificado [...]” (BRASIL, 2015e, p. 8). A base do fundamento que legitimou a mudança de posicionamento foi a percepção de que ele ignorava o fato das normas processuais terem como função “[...] conferir efetividade aos direitos materiais [...]” (BRASIL, 2015e, p. 9).

Ao avaliar a relação do instituto da preclusão, a partir do seu objetivo de gerar celeridade aos processos judiciais, o argumento conduzido pelo Min. Relator Luiz Fux considera:

Penalizar a parte diligente, que contribuiu para a celeridade do processo, é contrariar a própria razão de ser dos prazos processuais e das preclusões: evitar que o processo se transforme em um retrocesso, sujeito a delongas desnecessárias. [...] Impossível, portanto, interpretar as normas processuais de modo desfavorável à consecução do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição) e desconectada da necessidade de conferir aplicabilidade às normas de direito material (BRASIL, 2015e, p. 9-10).

Além dessa relativização em relação ao momento de manifestação no processo, o Supremo Tribunal Federal analisou dois casos em que relativizou regras de competência para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça. No julgamento da ADI nº 4.414 (BRASIL, 2013b), o STF ratificou posicionamento no sentido de que as decisões para fazer cessar a prisão ilegal podem ser proferidas por juiz incompetente, já que o preso não pode ser prejudicado por falhas de ordem processual. Esse argumento, conduzido pelo Min. Relator Luiz Fux, compreende que:

Sendo certo de que a divisão do Judiciário em uma complexa rede de órgãos jurisdicionais se destina a facilitar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), e não o

¹⁹⁰ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; [...]” (BRASIL, 1988).

inverso, é inaceitável que o preso seja prejudicado, vendo sua liberdade cerceada indevidamente, no aguardo de que seja resolvida filigrana processual atinente à competência. Concluir que o relaxamento da prisão, nessa hipótese, não pode ser realizado pelo juízo incompetente, seria caminhar na contramão da fase instrumentalista do Direito Processual que hoje vivemos (BRASIL, 2013b, p. 83).

Essa relação entre as regras de competência e o direito fundamental de acesso à justiça também foi discutida por ocasião do julgamento da ADI MC nº 2.473 (BRASIL, 2003c), caso em que se debatia a necessidade de citação da União como litisconsórcio passivo em todas as ações judiciais em que se questionassem medidas da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, instituída no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, com o consequente deslocamento da competência para a Justiça Federal. Os requerentes — o Partido dos Trabalhadores e o Partido Comunista do Brasil — alegaram que o ingresso da União como litisconsorte passivo nas ações destinadas a impedir a suspensão de energia ou a questionar sobre tarifas, constituiria um “[...] ônus excessivo ao cidadão para tenha acesso à prestação jurisdicional [...]” (BRASIL, 2003c, p. 397), principalmente em decorrência do fato de a Justiça Federal não estar em todas as cidades.

O Min. Relator acolheu as considerações dos requerentes, mas declarou a inconstitucionalidade do artigo com base na impossibilidade de lei infraconstitucional alterar a competência da Justiça Federal (BRASIL, 2003c, p. 407-408). O juízo de inconstitucionalidade, nesse sentido, voltou-se à inconstitucionalidade formal da regulamentação. Talvez porque acolhida a tese da inconstitucionalidade formal, não se chega a formar uma maioria acerca da inconstitucionalidade material alegada. Todavia, durante os debates, a questão da violação ao direito de acesso à justiça, decorrente dessa transferência de competência para a Justiça Federal, foi avaliada pelos ministros. Sobre o ônus do cidadão precisar ir à Justiça Federal para questionar as medidas da Câmara, polarizam-se, considerando-o inconstitucional, os Mins. Néri da Silveira e Carlos Velloso; considerando-o constitucional, os Mins. Nelson Jobim e Moreira Alves.

Por um lado, o Min. Moreira Alves entende que a relação entre o acesso à justiça e as regras de competência só pode ser aferida conforme a lei, não podendo a Corte alterar a decisão do legislador. Em suas palavras: “O acesso à Justiça é de acordo com a lei, senão a Justiça Federal seria inconstitucional em todos os sentidos, para todas as ações [...]” (BRASIL, 2003c, p. 433). Por outro lado, o Min. Carlos Velloso enfatiza que as condições fáticas de pouca capilarização da Justiça Federal podem, para determinados casos, violar o direito fundamental de acesso à justiça:

Estaríamos fechando as portas da Justiça para milhares de jurisdicionados. Cito o exemplo de Minas Gerais, que tem cerca de trezentas comarcas, e temos Justiça Federal apenas em Belo Horizonte, Juiz de Fora, Uberaba, Uberlândia. Então V. Ex^a. retira o acesso à Justiça a milhares de jurisdicionados (BRASIL, 2003c, p. 433).

Frisa-se que essa discussão ocorreu durante os debates e que não houve, em relação a ela, uma explicitação do posicionamento de todos os ministros. Essa ressalva não impede, porém, que se demonstre que, nos dois julgamentos sobre normas de competência, são utilizados argumentos acerca do “[...] nexos de normas de direitos fundamentais e normas de competência [...]” , explicado por Müller (2000) como “[...] diretriz de partir, contrariamente à suposição de um isolável ‘sistema de direitos fundamentais’, do nexos material, de uma concretizabilidade reciprocamente referida de direitos fundamentais e prescrições de competência [...]” (MÜLLER, 2000, p. 85-86).

Em outras palavras, significa que os direitos fundamentais também têm, em determinados casos, capacidade de influenciar na interpretação das normas de competência, que não podem ser obstáculos na efetivação desses direitos, na mesma linha do STF e do raciocínio da segunda hipótese de trabalho desta tese, segundo a qual há uma necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça.

Essa consideração sobre direito fundamental de acesso à justiça e normas de competência também permeou o debate em outros dois precedentes do STF acerca da sua própria competência para avaliar lesão a direito. Trata-se do julgamento de Questão de Ordem em Mandado de Segurança (MS QO) nº 22.472 (BRASIL, 2001c) e da Petição (PET) nº 2.702 (BRASIL, 2003d). Nesses precedentes, o direito fundamental de acesso à justiça não foi justificativa suficiente para relativizar as normas processuais e habilitar a competência do Supremo Tribunal Federal, mas forçou a Corte a adotar medidas não previstas processualmente para resguardar a efetividade da jurisdição.

Na PET nº 2.702 (BRASIL, 2003d, p. 812), os peticionários pleitearam a mudança de entendimento do STF para que a Corte pudesse admitir, à luz do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, medida cautelar quando um recurso extraordinário ou especial ainda está pendente de juízo de admissibilidade perante o Tribunal *a quo*¹⁹¹.

¹⁹¹ Esse entendimento se baseava no art. 542, §3º, do Código de Processo Civil de 1973, ao disciplinar que “[...] o recurso extraordinário, ou recurso especial, quando interpostos em decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição de recurso contra a decisão final, ou para contrarrazões” (BRASIL, 1973).

No caso, que envolvia a possibilidade de empresa jornalística divulgar material sobre candidato à Presidência da República, o Supremo Tribunal entendeu que, em decorrência da relevância social, autorizaria o processamento do Recurso Extraordinário, mas não relativizaria o rito processual do julgamento de admissibilidade do Recurso pelo Tribunal *a quo* (BRASIL, 2003d, p. 825). Assim, foi ordenado ao Tribunal o juízo imediato de admissibilidade do Recurso.

Já no MS QO nº 22.472 (BRASIL, 2001c, p. 357), o Supremo Tribunal Federal se viu diante de pedido para que a Corte se declarasse competente para conceder segurança contra ato de cassação de mandato de prefeito em município de Alagoas. O pedido decorreu do fato de haver greve nos serviços do Tribunal de Justiça do Estado, em todos os graus de jurisdição, na época do pleito. Em relatório, o Min. Moreira Alves declarou:

Sustenta a impetrante que, estando a Justiça totalmente paralisada em ambos os graus de jurisdição, e considerando o princípio constitucional inserto no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, só lhe resta buscar a tutela de seu direito junto a esta Corte, uma vez que, segundo o artigo 102, caput, da Constituição Federal, a ela compete precipuamente a guarda da Constituição (BRASIL, 2001c, p. 357).

No caso, a solução dada pelo Min. Relator Moreira Alves e acolhida pelo plenário foi não relativizar as regras processuais de competência, mas realizar comunicação ao Presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas para que estabelecesse um sistema de plantão judiciário para causas urgentes.

Até pela impossibilidade material de julgamento por parte desta Corte, a ela não atribuiria a Constituição a competência de processar e julgar originariamente todas as ações da competência da Justiça de um Estado-membro, pela circunstância da paralisação de fato do Poder Judiciário dele. Tem razão, entretanto, a impetrante quando alega que esta Corte, por lhe competir precipuamente, em virtude de texto constitucional expresso, a guarda da Carta Magna, não pode permanecer impassível diante de obstáculo dessa natureza ao exercício do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Por isso, e tendo em vista que mesmo quando se trata de greve legal não se admite a paralisação total do serviço, proponho à Corte que se determine ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas que organize um plantão de juízes para a adoção das medidas judiciais de urgência que lhe forem requeridas, ou então, não o fazendo, chame a si a adoção dessas medidas que não podem aguardar que cesse a paralisação do Poder Judiciário do referido Estado-membro (BRASIL, 2001c, p. 362).

Observa-se que surge disso a inusitada situação em que o plenário não conheceu do mandado de segurança por incompetência, mas adotou medidas para fazer sanar a violação ao direito fundamental de acesso à justiça (BRASIL, 2001c, p. 369). A partir do trecho do voto do Min. Relator, observa-se que foram ponderados um real obstáculo de acesso à justiça e a dificuldade de generalização de um possível julgamento de procedência do Mandado de Segurança. Ao

tratar de “impossibilidade material de julgamento”, o Ministro externa a preocupação com o raciocínio do tipo “em um caso como este, o Supremo Tribunal Federal tem competência”, de forma a atrair para si a competência dos processos dos Estados-membros, o que seria constitucionalmente impossível. Observa-se que o âmbito material do caso foi determinante para a medida do Supremo Tribunal Federal, exigindo, inclusive, uma posição peculiar em relação à sua conduta (não conhecendo do Mandado, mas adotando medidas).

Esses precedentes confirmam que, em regra, o legislador ordinário tem a atribuição de regulamentar o trâmite processual da maneira que achar mais conveniente, mas, apesar disso, essas regras, além de possuírem determinados limites, precisam ser interpretadas de forma a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais.

5.2.2.3 Regulamentação de prazo prescricional

O instituto da prescrição guarda com o direito de acesso ao Poder Judiciário uma relação de tensão e complementariedade que apenas pode ser explicada em termos de acesso à justiça. A existência de um instituto como a prescrição implica o reconhecimento de que, em certas situações, pessoas que tiveram violados seus direitos não podem provocar o Poder Judiciário para resguardá-los, configurando-se, assim, em uma limitação temporal ao exercício do direito de ação.

Há quem considere, tal qual Maria Helena Diniz (2012, p. 432), que se trata de pena (sanção adveniente) para aquele que, negligentemente, deixa de exercer seu direito à ação (em sentido material). Esse entendimento, no entanto, não é compatível com as ideias gerais desenvolvidas neste tópico e observadas no *modus operandi* do STF.

Mais compatível com a visão observada nesta tese é o posicionamento de Clóvis Bevilacqua (1927, p. 426), que fundamenta o instituto da prescrição no imperativo de paz social e no “[...] respeito às situações desenvolvidas e consolidadas pelo tempo [...]”. Conforme será visto, essa perspectiva é capaz de conciliar o instituto da prescrição com as ideias gerais que têm sido concretizadas sobre o direito fundamental de acesso à justiça.

O precedente selecionado para avaliar a relação entre o instituto da prescrição e o direito fundamental de acesso à justiça é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.715 (BRASIL, 2004d). Nele, questiona-se dispositivo da Medida Provisória nº 1.597, de 10 de novembro de

1997, que determinou a reversão do saldo das contas de depósito bancário, cujo cadastro estivesse desatualizado, para a União (BRASIL, 2004d, p. 366). A relação dessa Medida Provisória com o direito fundamental de acesso à justiça está no fato de ela ter regulamentado um prazo para que os titulares das contas de depósito bancário reivindicassem sua propriedade antes de serem convertidos em benefício da União.

Nesse sentido, o art. 3º da Medida Provisória estabeleceu que “[...] o prazo para requerer judicialmente o reconhecimento de direito aos depósitos [...] é de seis meses, contados da data do edital [...]” (BRASIL, 1997b). O requerente alegou que o dispositivo da Medida Provisória viola o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de duas formas. A primeira, decorrente da própria restrição de acesso ao Poder Judiciário, ao criar esse prazo especial. A segunda, decorrente da exiguidade do prazo de apenas seis meses para a propositura da ação (BRASIL, 2004d, p. 373).

Venceu, por maioria, o posicionamento conduzido pelo Min. Relator Maurício Corrêa, que considerou o dispositivo legislativo constitucional (BRASIL, 2004d, p. 384-385). Observa-se, nesse julgamento, que o instituto da prescrição, apesar de não mencionado na Constituição Federal, não é sujeito a grandes controvérsias no Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, o Min. Relator argumentou que a ausência de tratamento constitucional atribui mais liberdade ao legislador ordinário.

Ora, a Constituição não trata especificamente de prazos prescricionais nem preconiza parâmetros de prescrição ou de decadência, deixando-os ao alvedrio do legislador ordinário. Como reconhece o próprio Requerente, ‘os prazos prescricionais são objeto de disposição infraconstitucional’ (BRASIL, 2004d, p. 384-385).

Para o Ministro, o requerente, supostamente, admitiu a constitucionalidade da Medida Provisória. O fato de fundamentar a possibilidade de regulamentação infraconstitucional de prazo de prescrição no suposto reconhecimento pelo Requerente torna difícil inferir argumentos generalizáveis para o caso. Além disso, há uma diferença na forma como os argumentos do Requerente foram apresentados no relatório e no voto daquilo efetivamente sustentado pela parte.

Relatou-se que o Requerente arguiu que “[...] mesmo que se considere que os prazos prescricionais são objeto de disposição infraconstitucional, e que seria lícito estabelecer prazos especiais por Medida Provisória [...]” (BRASIL, 2004d, p. 369). Isso não significa o reconhecimento da constitucionalidade atacada, mas nítida demonstração que adicionaria mais

fundamentos à sua tese, em obediência ao princípio da eventualidade, caso o argumento anterior fosse superado pela Corte. Essa técnica não demonstra que o Requerente tenha “confessado” a possibilidade de regulamentação infraconstitucional de prazos prescricionais, cuja constitucionalidade era atacada. Todavia, limitou a discussão. Já em relação à proporcionalidade do prazo da prescrição, o raciocínio conduzido pelo Min. Relator foi de comparação desse prazo com outros existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como o de 120 dias para o Mandado de Segurança (BRASIL, 2004d, p. 385).

Se, por um lado, a fundamentação acolhida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal para validar a regulamentação infraconstitucional de prazos prescricionais é de difícil verificabilidade e generalização (estruturação, em outras palavras), por outro, a avaliação do prazo propriamente dito com base em outras normas permite inferir que, em casos extremos, a regulamentação sobre prescrição pode afetar o direito de acesso à justiça. Ora, não fosse isso, não haveria razão para se ponderar sobre tal proporcionalidade.

Apesar disso, esse argumento generalizável é limitado, já que não estabelece parâmetros para a regulamentação, apenas indica que, ao ser proporcional com outros prazos legalmente instituídos, ele pode ser considerado constitucional.

5.2.2.4 Regulamentação sobre provas

Tal qual a regulamentação do prazo prescricional, o Supremo Tribunal Federal também avaliou se a regulamentação sobre a admissibilidade de certas provas pode violar o direito fundamental de acesso à justiça.

É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.555 (BRASIL, 2003e), que versa sobre a regulamentação do benefício concedido ao seringueiro, disposto no art. 54 do Ato das Disposições Transitórias¹⁹², e a proibição de concessão do benefício baseada exclusivamente em prova testemunhal¹⁹³ (BRASIL, 1989).

¹⁹² “Art. 54. Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei nº 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos” (BRASIL, 1988).

¹⁹³ Estabelece a Lei nº 7.986, de 28 de dezembro de 1989: “Art 3º. A comprovação da efetiva prestação de serviços a que alude esta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal” (BRASIL, 1989).

Trata-se de um precedente desafiador do ponto de sua estruturação e vinculação ao Estado Democrático de Direito. A Min. Ellen Gracie relata que o requerente alega

[...] que a vedação ao uso da prova unicamente testemunhal teria inviabilizado totalmente a obtenção do benefício constitucional em foco por parte dos seringueiros – na maioria humildes e analfabetos –, não sendo possível, segundo afirma, proibí-los de “provar os seus direitos através de prova que o ordenamento jurídico contempla” (fl. 8). Aponta, dessa forma, violação ao princípio da ação, previsto no art. 5º, XXXV da CF e, de uma forma mais ampla, ao princípio do acesso à Justiça (BRASIL, 2003e, p. 242).

A AGU explica que essa regulamentação “[...] surgiu diante da necessidade de evitar as constantes fraudes nos processos de concessão de tais benefícios, oriundas de provas forjadas, impedindo-se assim que outros bens ou princípios constitucionais fossem violados” (BRASIL, 2003e, p. 243). Decidido de forma unânime pela constitucionalidade, a condução do raciocínio vitorioso enfatizou que o terceiro parágrafo do dispositivo constitucional prevê que o benefício seria concedido conforme lei a ser proposta pelo Poder Executivo (BRASIL, 2003e, p. 245)¹⁹⁴.

Pode-se inferir que o Supremo Tribunal Federal entendeu que, nos casos em que o constituinte expressamente permitiu regulamentação pelo legislador ordinário, a liberdade para essa regulamentação seria maior. Todavia, trecho do voto proferido pela Min. Relatora, que se utiliza do posicionamento da Procuradoria-Geral da República, enfatiza outros argumentos menos verificáveis, conforme a seguir:

O próprio texto das Disposições Transitórias delega à lei a fixação das condições necessárias para o recebimento do auxílio em comento. Conforme destacou a douta Procuradoria-Geral da República, no caso em exame “não se obstrui o acesso ao Poder Judiciário, o direito de ação, entendido como direito subjetivo público exercido contra o Estado-juiz”. É que obter uma tutela jurisdicional que seja favorável demanda a presença de requisitos, pressupostos e condições definidos não no próprio texto constitucional, senão na legislação ordinária — entre eles, as provas necessárias à demonstração dos fatos narrados nos autos, em apoio à pretensão. Note-se, de outro lado, que a não admissão de mera prova testemunhal não afeta o núcleo essencial do direito constitucionalmente assegurado, a pensão vitalícia; não encerra restrição descabida, desmesurada ou desproporcional (BRASIL, 2003e, p. 245).

Tanto o argumento do requerente quanto o da AGU estão vinculados a condições materiais, mas não são relatados, no caso, dados empíricos para avaliar a ocorrência de tais condições. Da mesma forma, ao se socorrer do argumento sobre “núcleo essencial”, proposto pela PGR, o voto da Ministra retira a condição de verificabilidade da decisão.

¹⁹⁴ “Art. 54. [...] §3º A concessão do benefício far-se-á conforme lei a ser proposta pelo Poder Executivo dentro de cento e cinquenta dias da promulgação da Constituição” (BRASIL, 1988).

Assim, com esse caso, só se pode constatar que a regulamentação de provas é assunto que se relaciona ao direito fundamental de acesso à justiça e que o legislador ordinário goza de uma liberdade ampliada nos casos que recebe delegação da própria constituição para regulamentar determinada matéria, além de reforçar a ideia de que o âmbito normativo é elemento de concretização da norma jurídica, na medida em que o STF faz menção expressa a dados da realidade.

5.2.2.5 Segurança jurídica: uniformização da jurisprudência e coisa julgada

Quando se tratou dos tópicos sobre a prescrição e a regulamentação de provas, já se apresentou certa pertinência entre o direito fundamental de acesso à justiça e a ideia de segurança jurídica, seja a partir da concepção de que, após transcorrido certo prazo, a paz social se reestabelece e prevalece sobre o direito subjetivo violado, seja porque as condições para o convencimento do magistrado podem estar regulamentadas em lei.

As ideias trazidas neste tópico¹⁹⁵ tratam da relação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal com a uniformização jurisprudencial e com a coisa julgada. Esses temas tocam a questão da segurança jurídica porque, por um lado, tratam da ideia de um posicionamento uniforme em relação a casos similares submetidos ao Poder Judiciário; por outro lado, avaliam a relação entre a correição da tutela jurisdicional e a coisa julgada, flexibilizando esta última em caso de violação a preceito fundamental.

Em relação à uniformização da jurisprudência, contrastam-se três casos em que foram submetidos ao STF pedidos de paralisação da tramitação de demandas por relação de prejudicialidade ou pela natureza de demanda repetitiva. Nas Medidas Cautelares na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC MC) nº 130¹⁹⁶ (BRASIL, 2008b) e nº 18¹⁹⁷ (BRASIL, 2008d) e no RE nº 576.155¹⁹⁸ (BRASIL, 2008c), o Min. Marco Aurélio (vencido em todos os

¹⁹⁵ Compostas pelo julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (BRASIL, 2008b) e na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18 (BRASIL, 2008d); de Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 576.155 (BRASIL, 2008c) e dos Recursos Extraordinários nº 363.889 (BRASIL, 2011a) e nº 566.621 (BRASIL, 2011b).

¹⁹⁶ Tratou, em sede de tutela provisória, da suspensão da eficácia da Lei de Imprensa, decidindo-se, também, por não paralisar os processos sobre responsabilidade da imprensa.

¹⁹⁷ Analisou-se pedido de tutela cautelar para paralisação de processos sobre a incidência ou não de ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP.

¹⁹⁸ Cuidou de analisar a prejudicialidade da questão da ilegitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em matéria tributária e o questionamento, por esse órgão, de Termos de Acordo de Regime [tributário] Especial.

precedentes) evocou o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal para alegar a impossibilidade de realizar essas paralisações desde a origem¹⁹⁹. Na visão do Ministro (BRASIL, 2008d, p. 43), a paralisação do trâmite das demandas violaria o direito previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, de “[...] livre acesso ao Judiciário — e esse livre acesso não está limitado apenas à entrada, no protocolo, da peça primeira da ação, mas à tramitação regular do processo.”²⁰⁰ (BRASIL, 2008b, p. 318).

No entanto, prevaleceu o entendimento de que a resposta dada pelo Poder Judiciário não pode ser contraditória ou estimular a insegurança jurídica. Tendo isso em vista, no RE QO nº 576.155 (BRASIL, 2008c, p. 1053) foi decidido que os processos sobre Termos de Acordo de Regime (de tributação) Especial poderiam ser paralisados até que se avaliasse a questão da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública sobre a questão. Nesse precedente, a prejudicialidade, entendida como uma prioridade lógica, venceu como argumento constitucionalmente adequado.

Enquanto isso, na ADC MC nº 18 (BRASIL, 2008d, p. 85), a justificativa da não violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal pela paralisação dos processos, desde a origem, foi fundamentada no risco de decisões contraditórias e na insegurança jurídica que se provocaria, caso as demandas que questionavam a inclusão do custo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP continuassem tramitando enquanto não fosse julgada a matéria pelo STF.

Por outro lado, na ADPF MC nº 130 (BRASIL, 2008b, p. 298), o plenário do STF decidiu por não paralisar os processos relacionados à aplicação da Lei de Imprensa, objeto da ADPF, quando se discutiu a questão da recepção desse diploma normativo pela Constituição Federal de 1988. No caso, entendeu-se que existem outras normas pertinentes para a resolução dos conflitos, como o Código Civil e o Código Penal, não sendo necessário, portanto, a paralisação das demandas enquanto se aguardava a decisão da Excelsa Corte sobre a Lei de Imprensa. Isso

¹⁹⁹ Nas palavras do Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2008c): “Uma coisa é cogitar-se do sobrestamento de processos que já tenham decisão proferida por tribunal. Igual é o sobrestamento de processos que já estejam devidamente aparelhados para julgamento no próprio Supremo. Algo diverso é, contrariando-se um princípio, a garantia constitucional do acesso ao Judiciário, cessar-se ou suspender-se a jurisdição na origem, apanhando sem exame, caso a caso, inúmeros processos e simplesmente sobrestando-os”.

²⁰⁰ O Min. Marco Aurélio apresenta esse posicionamento nos seguintes termos: “Não consigo, por mais que me esforce, por mais que acredite na sabedoria dos integrantes do Supremo, harmonizar essa paralisação da jurisdição, que prejudica os cidadãos em geral, com a cláusula, que reputo pétreia, do livre acesso ao Judiciário” (BRASIL, 2008b, p. 318).

demonstra, mais uma vez, que a paralisação do tramite dos processos perante o Poder Judiciário só se justifica na medida em que resguardar a segurança jurídica e coerência das decisões dele emanadas.

Ainda sobre segurança jurídica, pode-se trazer para este tópico o RE nº 566.621 (BRASIL, 2011b), que trata sobre o princípio da irretroatividade na legislação tributária, mas cuja contribuição para esta tese advém da manifestação da Min. Relatora Ellen Gracie²⁰¹ (BRASIL, 2011b, p. 293), ao buscar fundamentar o princípio da segurança jurídica no artigo 5º, inciso XXXV. Nesses termos, é possível conciliar a perspectiva do direito de acesso à justiça com a paralisação daquelas demandas repetitivas para que se faça uma uniformização da jurisprudência.

A relação entre segurança jurídica e acesso à justiça aumenta de complexidade quando avaliada à luz do RE nº 363.889 (BRASIL, 2011a), quando foi discutida a possibilidade de relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade em que não foi feito teste de DNA. Amplia-se, neste caso, o acesso ao Poder Judiciário com a nítida intenção de se garantir o acesso a uma decisão substancialmente justa (tutela efetiva, como antes denominada nesta tese, ou, simplesmente, acesso à justiça) em conformidade com a hipótese de retroalimentação.

Tal qual o instituto da prescrição ou nos casos de paralisação de processos repetitivos, a coisa julgada também serve para resguardar a pacificação social, mas agora por meio da imutabilidade da prestação jurisdicional. Nesse contexto, explica o Min. Luiz Fux:

O fundamento substancial da coisa julgada, na realidade, é eminentemente político, uma vez que o instituto visa à preservação da estabilidade e segurança sociais, revelando fator de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo (BRASIL, 2011a, p. 90).

O próprio Ministro aponta que, em ordenamentos jurídicos cuja coisa julgada não é explicitamente reconhecida por disposição constitucional, é comum derivá-la do direito à tutela jurisdicional efetiva (BRASIL, 2011a, p. 89). Essas considerações explicitadas pelo Min. Luiz

²⁰¹ A Min. Relatora Ellen Gracie dispõe em seu voto: “O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, como de acesso ao Judiciário” (BRASIL, 2011b, p. 293).

Fux auxiliam a entender porque, no caso do RE nº 363.889 (BRASIL, 2011a), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a relativização da coisa julgada.

Como parte do direito à tutela efetiva, a coisa julgada é um instituto importante para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. No entanto, existem aqueles casos, denominados “ação de estado”, em que o cerne da discussão judicial está sobre elementos próprios da personalidade do jurisdicionado. Nesses casos, a coisa julgada é relativizada para efetivar os direitos de personalidade, de forma que se resguarda, sobretudo, a correição da jurisdição (BRASIL, 2011a, p. 120).

É bem verdade que nesse precedente também se discutiu sobre a negativa de realização gratuita do exame de DNA, mesmo estando a parte amparada pela Justiça Gratuita. Assim, no entendimento do STF, fora afastado o acesso à justiça por motivos financeiros, o que já restou estruturado nesta tese como sendo uma limitação inconstitucional de acesso à jurisdição. Preferiu-se, contudo, relacionar o precedente neste tópico, dado os acréscimos que o esforço sintetizador permitiu fazer em relação à estruturação também quanto à segurança jurídica como norteadora das ideias gerais sobre a inafastabilidade do acesso à justiça.

O universo de precedentes sobre a uniformização jurisprudencial permite a inferência que, para o direito de acesso ao Poder Judiciário representar direito de acesso à justiça, é necessário que se resguarde a segurança jurídica, que consiste em um tratamento isonômico entre partes litigantes de demandas similares, e a estabilidade das decisões judiciais.

5.2.2.6 Limitação à tutela cautelar em desfavor das pessoas jurídicas de direito público

A literatura especializada já trata que a regulamentação sobre as medidas cautelares é um tema pertinente quando se analisa o direito fundamental de acesso à justiça (MENDES; BRANCO, 2017, p. 423). Na amostra gerada pela chave de busca, foram selecionados dois precedentes sobre esse tema: a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI MC) nº 1.576 (BRASIL, 2003f) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4 (BRASIL, 2014g).

Ambos os precedentes tratam de legislação que regulamentou a concessão de medidas cautelares pelo Poder Judiciário contra as pessoas jurídicas de direito público. No caso da ADI MC nº 1.576 (BRASIL, 2003f), discutiu-se a constitucionalidade de exigência de caução na

forma de garantia real ou fidejussória para a concessão de tutela provisória contra pessoa jurídica de direito público, nos casos que podem gerar dano, e a proibição de tutela provisória nos casos que envolvam vencimentos ou vantagens pecuniárias de servidores público. Este último tema é repetido na ADC nº 4 (BRASIL, 2014g).

Em relação à exigência de caução para concessão de tutela provisória, a discussão no plenário do Supremo Tribunal Federal gravitou em torno de duas correntes. A primeira, conduzida pelo Min. Relator Marco Aurélio, considerou que a exigência de contracautela é um instituto comum no direito brasileiro e que, por não inovar, o dispositivo não seria inconstitucional, cabendo ao juiz avaliar os casos em que há ou não risco à pessoa jurídica de direito público (BRASIL, 2003f, p. 137).

No entanto, venceu a corrente que se posicionou no sentido de que a formulação linguística proposta na legislação²⁰² tem um caráter de obrigatoriedade da exigência de garantia, que não leva em consideração a falta de condições financeiras de boa parte dos jurisdicionados brasileiros. Ilustra essa corrente de pensamento a posição do Min. Néri da Silveira que, em seu voto, externou:

Penso que aqui tem de se fazer a distinção — em particular peço vênica ao Sr. Ministro Octavio Gallotti — entre independência do juiz para decidir e a possibilidade de acesso do cidadão à justiça. A meu ver, o juiz não está impedido, por essa norma, de decidir, de conceder a liminar se assim entender. O vício da norma resulta da inviabilidade que traz a uma parcela significativa da população para poder postular a garantia de um direito. O dispositivo impugnado diz que toda a vez que se postular contra a Fazenda a garantia de um direito, se o juízo entender que cabe liminar..., ou seja, se houver possibilidade. É evidente! Quando o juiz entender que cabe liminar, exigirá primeiro a prestação da garantia real ou fidejussória. Então, se a pessoa não tiver condições de prestar essa garantia, não terá condições de receber a prestação jurisdicional (BRASIL, 2003f, p. 171).

Tendo isso em vista, observa-se que a questão da inconstitucionalidade de regulamentação da limitação de tutela provisória resguarda, nesse caso, conexão direta com a questão dos ônus financeiros para a provocação da jurisdição estatal. A diferença desse precedente para aqueles analisados em tópico anterior, nesse sentido, é a demonstração que a relação desses ônus com o direito fundamental de acesso à justiça não está apenas na provocação para iniciar a tramitação

²⁰² Medida Provisória nº 1.597/97, que assim dispõe: “Art. 2º [...] §4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória” (BRASIL, 1997b).

processual, mas também em não pode inibir a concessão da tutela provisória, já no campo da efetividade da jurisdição.

Em relação à vedação de tutela provisória em casos que envolvam vencimentos ou vantagens pecuniárias de servidores públicos, assunto discutido tanto da ADI MC nº 1.576 quanto na ADC nº 4, o Supremo Tribunal Federal julgou pela constitucionalidade da medida, sob a alegação de que, nesses casos, a tutela provisória poderia ter mais efetividade que a definitiva, invertendo a lógica do processo. O Min. Néri da Silveira, nesse tema vencido, reconheceu que uma restrição geral à possibilidade de medidas cautelares em questão de vantagens pecuniárias a servidores públicos ofende o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Mas, vou além, penso que o art. 5º, item XXXV, da Constituição, está posto em causa, na inicial, de uma forma segundo a qual se pode acolher a relevância de sua invocação. De fato, tal como posta essa norma, o que se pretende é restringir o exercício do direito de acesso ao Judiciário, do direito de ação em determinadas matérias, estabelecendo, antecipadamente, a inviabilidade da obtenção de qualquer medida (BRASIL, 2003f, p. 151).

No entanto, venceu argumento segundo o qual, se a Constituição disciplina o pagamento dos débitos do Poder público por meio de precatório, a tutela provisória não poderia, ignorando essa disciplina constitucional, antecipar os efeitos de uma possível sentença favorável e já conceder o direito tutelado. Assim se manifesta o Min. Sydney Sanches:

Ademais, se é razoável nosso sistema processual, quando, com efeito suspensivo, sujeita ao duplo grau de jurisdição as decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública; se é, não só razoável, como constitucionalmente imposto, o sistema de precatórios para execução de tais decisões de mérito, não se mostra desarrazoado exigir-se, pelo menos, o mesmo tratamento para as decisões de mera antecipação de tutela, que não hão de ter eficácia maior que as definitivas (BRASIL, 2014g, p. 50).

Nesses termos, observa-se uma grande barreira de efetividade da tutela jurisdicional, que não pode ser considerada inconstitucional, porque instituída pela própria Carta Magna. Cria-se, assim, uma prerrogativa para os entes públicos no ordenamento jurídico brasileiro, que também é posta como parâmetro para efetividade da jurisdição contra esses entes estatais.

Além disso, o Ministro faz menção a outras prerrogativas das pessoas jurídicas de direito público, como é o caso do duplo grau de jurisdição obrigatório. Esse instituto é considerado inconstitucional por Jayme, Salomé e Oliveira Júnior (2013, p. 376-377), quando se assume que a garantia fundamental de acesso à Justiça “[...] não significa, somente, que todos podem ir a juízo para afastar eventual lesão ou ameaça à direito, mas, também, que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (JAYME; SALOMÉ; OLIVEIRA JÚNIOR,

2013, p. 394)²⁰³. Essa avaliação da relação do instituto do pagamento por precatório com o direito fundamental de acesso à justiça é aprofundada no tópico a seguir.

5.2.2.7 Precatório

Conforme se viu no tópico anterior, a prerrogativa da Fazenda Pública de realizar o pagamento dos débitos, decorrentes de sentença judicial, por meio de precatório afeta, inclusive, a possibilidade de concessão de tutela provisória de natureza pecuniária contrária aos entes públicos.

Para se aprofundar sobre a questão da relação entre o instituto do precatório e o direito fundamental de acesso à justiça, selecionaram-se quatro precedentes²⁰⁴ em que o Supremo Tribunal Federal avaliou se o poder constituinte reformador poderia instituir um regime de parcelamento para os pagamentos dessa natureza.

Na ADI MC nº 2.356 (BRASIL, 2011c, p. 63), por exemplo, discutiu-se o caso de Emenda Constitucional que permitiria que o pagamento dos precatórios ocorresse em “prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos”. Já no caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.372 (BRASIL, 2014e), nº 4.425 (BRASIL, 2013b) e nº 4.357 (BRASIL, 2014f) discutiu-se a dilação do prazo para quinze anos.

A questão da violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é suscitada segundo o argumento de que esse tipo de alteração constitucional tem do condão de “[...] afrontar a autoridade das decisões judiciais já insuscetíveis de recurso” (BRASIL, 2014e, p. 14). No mesmo sentido, também se alegou que “a presente emenda acaba por institucionalizar legislativamente a demora de mais de dez anos da tutela executiva aos direitos do cidadão, suprimindo por completo a eficácia da tutela executiva” (BRASIL, 2011c, p. 65).

²⁰³ Nesse sentido, no artigo *O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário*, Jayme, Salomé e Oliveira Júnior (2013, pg. 401) sustentam que “[...] deve-se reconhecer, além da inconstitucionalidade, que o reexame necessário impõe à sociedade um fardo extremamente oneroso, porquanto, ao postergar a formação da coisa julgada e ao assoberbar ainda mais os Tribunais, compromete a garantia de efetiva proteção judicial e por atentar contra a duração razoável do processo, abala a estrutura do Estado Democrático de Direito, que não prescinde da eficiência da função jurisdicional para atingir os fins a que se propõe.

²⁰⁴ São eles o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 (BRASIL, 2011c), e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.372 (BRASIL, 2014e), nº 4.425 (BRASIL, 2013c) e nº 4.357 (BRASIL, 2014f).

Nesse contexto, dois argumentos, vencidos, são levados em consideração pelos ministros que avaliaram as emendas constitucionais. O primeiro, apresentado pelo Min. Dias Toffoli, considera que não há violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, porque o pagamento de precatórios é um procedimento administrativo e a garantia constitucional perderia pertinência após a finalização do processo judicial (BRASIL, 2011c, p. 133). O segundo, em sentido semelhante, decorre do voto da Min. Ellen Gracie (BRASIL, 2011c, p. 216), ao avaliar que a função do regime de precatório é capacitar o Estado a dar cumprimento a suas obrigações judiciais. Nesse sentido, a emenda constitucional apenas manteria esse objetivo.

Apesar desses argumentos, foi derrotada a corrente que defendeu que essas reformas são constitucionais. O cerne desse posicionamento está em uma visão de que o direito de acesso à justiça é pertinente até que o dano seja reparado. De forma ilustrativa, a Min. Cármen Lúcia, ao responder ao Min. Dias Toffoli, explica que:

Lembro isso, Ministro Toffoli, porque Vossa Excelência acaba de afirmar que, na verdade, não teria sido tocado acesso à Justiça, mas acho que foi tocado sim. Acesso à Justiça não é acesso ao Poder Judiciário. O direito ao acesso à Justiça é o direito que se tem de poder chegar ao Poder Judiciário, de se ter um julgamento em tempo razoável e de se ter decisão com efetividade; ou seja, para que aquele que foi desapropriado, aquele que foi afastado de alguma forma, aquele que sofreu um dano tenha o direito de, assim que o Estado-Juiz disser que ele tem direito, que esse direito seja efetivado, e isso não pode ser postergado (BRASIL, 2011c, p. 217).

No mesmo sentido, o Min. Luiz Fux, designado para redigir o acórdão na ADI nº 4.372, avaliou que existe uma relação entre o direito de acesso à justiça e o bem jurídico objeto da demanda, nos seguintes termos:

E não se diga que esse novo alongamento temporal do perfil da dívida estatal em nada atingiria a efetividade da jurisdição, por ser o precatório um mecanismo de feição administrativa. E assim não se diga porque a execução da sentença judicial e a consequente entrega, a quem de Direito, do bem jurídico objeto da demanda (ou seu correspondente em pecúnia) integra o próprio núcleo da garantia do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário. Doutro modo, a função jurisdicional seria mera atividade lúdica (BRASIL, 2014e, p. 44).

O Min. Luiz Fux, apesar de utilizar jargão, em regra, criticável em termos de verificabilidade, isto é, “núcleo da garantia”, o faz em um contexto em que mantém o referencial explícito, qual seja, o argumento de que a tutela executiva efetiva implica a transmissão do bem da vida a quem de direito.

O que pode ser observado com a análise desses precedentes é que, embora seja admitida a restrição à tutela provisória em desfavor da Fazenda Pública, conforme analisado no tópico anterior, e o regime de precatório ser considerado um limitador constitucional da efetividade da jurisdição em relação às pessoas jurídicas de direito público, o direito fundamental de acesso à justiça também tem efeito sobre esse instituto de pagamento, que deve se amoldar à efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva surge como fundamento para a limitação da possibilidade de o legislador dilatar as condições de pagamento constitucionalmente asseguradas. O direito fundamental de acesso à justiça, como cláusula pétrea, limita, inclusive, o poder constituinte reformador. Em resumo, apesar de o precatório limitar a efetividade da jurisdição, o direito de acesso à justiça impede qualquer outro ato legislativo que tenda a diminuir ainda mais essa efetividade.

5.2.2.8 Funções essenciais à justiça

A Constituição Federal de 1988 instituiu algumas classes de profissionais que possuem relação direta com o sistema de justiça. Trata-se da Advocacia, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (BRASIL, 1988).

José Afonso da Silva (2005, p. 594) explica a exigência dessas categorias de profissionais a partir da expressão latina *nemo iudex sine actore*, em que se entende que o Poder Judiciário, por agir apenas por provocação e nos limites da demanda a ele submetida, não é capaz de exercer sua função de pacificação social e efetivação de direitos fundamentais sem outros participantes da administração da justiça. Em suas palavras,

Nisso se acha a justificativa das funções essenciais à justiça, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional [...] (SILVA, 2005, p. 594).

Da amostra selecionada, foram separados seis precedentes²⁰⁵ que envolvem a relação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o exercício das funções de defensor público, advogado

²⁰⁵ São eles as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.700 (BRASIL, 2009d) e nº 3.943 (BRASIL, 2015f), o Agravo Regimental em Ação Ordinária nº 1.531 (BRASIL, 2009e), o Recurso Extraordinário nº 603.583 (BRASIL, 2012b), o Recurso Extraordinário com Agravo nº 648.629 (BRASIL, 2014h) e a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 (BRASIL, 2001d).

público e da advocacia privada. A partir desses precedentes, é possível observar que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal resguarda uma atuação de qualidade desses profissionais, reforçando aquelas regulamentações que lhes permitem exercer suas prerrogativas e funções constitucionais, retirando validade daquelas que criam privilégios incompatíveis com o acesso à justiça.

Sobre a conferência de validade àquelas regulamentações que resguardam a atuação desses órgãos, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública; o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e, salvo exceções, a indispensabilidade da representação por advogado.

A questão da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública decorre da ADI nº 3.943 (BRASIL, 2015f), em que a Associação dos Membros do Ministério Público questionou a alteração legislativa que atribuiu essa legitimidade aos defensores, sob o argumento de que a missão constitucional do órgão é representar apenas os necessitados, cuja carência financeira pudesse ser comprovada individualmente e, por isso, impossível de ser feito por instrumentos processuais de defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (BRASIL, 2015f, p.7).

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal considerou que o questionamento feito em sede de ADI não merecia provimento porque, segundo o raciocínio conduzido pela Min. Relatora Cármen Lúcia, o objetivo da Defensoria Pública “[...] é a eficiência da prestação de serviços e o efetivo acesso à Justiça por todos os necessitados, para garantia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, incs. XXXV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição da República” (BRASIL, 2015f, p. 35).

Tomando isso como ponto de partida, o plenário entendeu que a Defensoria Pública, para resguardar direito dos necessitados, deveria ter a possibilidade de utilizar o instrumento mais adequado, de forma que o fato de uma lesão difusa afetar direitos de ricos e pobres não pode ser utilizado para limitar o acesso ao Poder Judiciário dos pobres. Pelo contrário, é por também afetar direitos de necessitados que a Defensoria Pública deve ser legitimada (BRASIL, 2015f, p. 41)²⁰⁶.

²⁰⁶ Assim se expressa a Min. Relatora Cármen Lúcia: “À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, acentuados nas manifestações do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e

Outro ponto do raciocínio conduzido pela Min. Relatora Cármen Lúcia vincula esse caso a outras dimensões do direito de acesso à justiça, como a segurança jurídica e razoável duração do processo, por exemplo, já que a Ação Civil Pública, como instrumento próprio para sanar lesões coletivas, também representa uma tutela mais efetiva desses outros direitos fundamentais:

A constatação de serem normalmente mais graves as lesões coletivas, aliada à circunstância de tender o tempo gasto em processos coletivos a ser menor, evidencia que a opção por ações coletivas racionaliza o trabalho pelo Poder Judiciário e aumenta a possibilidade de assegurar soluções uniformes e igualitárias para os diferentes titulares dos mesmos direitos, garantindo-se não apenas a eficiência da prestação jurisdicional, a duração razoável do processo e a justiça das decisões, que se igualam em seu conteúdo sem contradições jurisprudenciais não incomuns em demandas individuais (BRASIL, 2015f, p. 35).

Ainda assim, a ressalva feita pelo Min. Luís Roberto Barroso lembra que não se ignora o fato de a Defensoria Pública não ter legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública em favor de interesses difusos apenas de ricos. Em suas palavras:

Quando o Ministério Público, por exemplo, por via de ação coletiva, pretendeu tutelar interesses individuais que não eram indisponíveis, como exige a Constituição, o próprio Supremo já rechaçou essa possibilidade, por exemplo, em algumas questões, em matéria tributária, antes da mudança legislativa. O mesmo pode acontecer com a Defensoria Pública, se entrar com ação coletiva em defesa dos sócios do Iate Clube, talvez não seja o caso, ou dos titulares de contas do Itaú Personnalité. Mas, fora essas situações extremas, a legitimação, em tese, parece-me evidentemente existente (BRASIL, 2015f, p. 80).

Por esse precedente, observa-se que o direito fundamental de acesso à justiça serviu de fundamento para a declaração de constitucionalidade da alteração legislativa que adequava o ordenamento jurídico processual à natureza dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos necessitados.

Já em relação à constitucionalidade de regras que regulamentam o exercício da advocacia, o Supremo Tribunal Federal considerou que o Exame da OAB é instrumento adequado para garantir que, à disposição do jurisdicionado, exista um corpo de advogados qualificados e capazes de auxiliá-lo na busca por uma tutela jurisdicional efetiva. A constitucionalidade foi declarada por unanimidade, nos termos do Min. Relator Marco Aurélio:

da Presidência da República, a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não ‘esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça’” (BRASIL, 2015f, p. 41).

[...] a garantia constitucional de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva, prevista no inciso XXXV do art. 5º da Carta Federal, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, também impõe que seja posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão (BRASIL, 2012b, p. 25).

Também o Min. Ayres Britto ilustra esse raciocínio, adotado pelo plenário:

É preciso que a ordem jurídica seja tecnicamente, eficazmente, eficientemente interpretada e aplicada. Por extensão, podemos até dizer que a exigência de Exame de Ordem, qualificadora da mão de obra do advogado, corresponde até um conceito substantivo de devido processo legal ou de acesso à jurisdição, se entendermos que o acesso à jurisdição pressupõe um eficaz acesso à jurisdição. Ou seja, é um acesso à jurisdição promovido por detentores, que são os advogados, num primeiro plano, de qualificação técnica. Então, numa substantivação do acesso à justiça ou do devido processo legal, a exigência do Exame da Ordem transpõe-se como defluente da própria Constituição Federal (BRASIL, 2012b, p. 67-68).

Essa vinculação entre a qualidade técnica da advocacia e a tutela jurisdicional efetiva reforça a noção apresentada por José Afonso da Silva (2005), segundo a qual a tutela efetiva depende de provocação das partes e, nesse caso, da possibilidade de a parte direcionar-se ao Poder Judiciário com amparo técnico adequado à complexidade de interpretação do direito e tramitação das demandas.

Não é em outro sentido que, no Agravo Regimental em Ação Ordinária (AO AGR) nº 1.531 (BRASIL, 2009e, p. 90), o Supremo Tribunal Federal, também por unanimidade, ratificou que, salvo as exceções legais, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não impede a necessidade da parte de ser representada por advogado.

Na quarta seção desta tese, demonstrou-se que a dimensão quantitativa desses profissionais pode afetar os índices de litigância de uma sociedade e os de congestionamento do Poder Judiciário. Já com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, observou-se que para a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, também é relevante uma dimensão qualitativa do corpo de advogados disponíveis.

Assim, ao correlacionar os precedentes acerca da constitucionalidade do Exame da OAB e da indispensabilidade de representação por advogado, reforça-se que a advocacia é parte relevante para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, cuja qualidade técnica desses profissionais é indispensável ao alcance da tutela efetiva. Também por conta dessa vinculação entre acesso à justiça e advocacia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de regulamentações sobre o exercício da profissão que não se coadunavam com a efetividade

da jurisdição. São os casos da inconstitucionalidade de trechos do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 1994a) e da inaplicabilidade das prerrogativas processuais dos procuradores do INSS para receber intimações pessoais em processos ajuizados perante os Juizados Especiais.

Na ADI MC nº 1.127 (BRASIL, 2001d)²⁰⁷, julgou-se a questão da constitucionalidade de dispositivo que exigia a representação por advogado em todos os órgãos do Poder Judiciário, segundo o art. 1º, inciso I, do Estatuto da Advocacia (BRASIL, 1994a)²⁰⁸. A partir desse dispositivo, reforçou-se a noção de que a necessidade de representação decorre do direito de acesso à justiça, de forma que essa exigência, no raciocínio conduzido pelo Min. Relator Paulo Brossard (BRASIL, 2001d, p. 280-287), só não ofenderia tal acesso à justiça em relação a alguns órgãos do Poder Judiciário, cuja estrutura, princípios, história e função visam à simplicidade. São o caso da primeira instância da justiça trabalhista, a justiça de paz e os juizados especiais²⁰⁹.

Os princípios que regem os Juizados Especiais também foi motivo para que o STF declarasse a inconstitucionalidade da prerrogativa de intimação pessoal conferida aos procuradores federais nos processos que tramitam nesse órgão, reforçando que, nos juizados, o direito fundamental de acesso à justiça impede regulamentações que, na justiça comum, seriam possíveis (BRASIL, 2014f, p. 7). Na forma do voto do Min. Relator Luiz Fux, observa-se que

[...] é relevante assentar que o rito dos Juizados Especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante a redução das formalidades e aceleração da marcha processual. Essa é a inegável intenção do constituinte ao determinar, no art. 98, I, da Carta Magna, a criação dos Juizados Especiais, no bojo dos quais devem ser adotados ‘os procedimentos oral e sumaríssimo’ (BRASIL, 2014f, p. 7, grifo do autor).

²⁰⁷ O julgamento de mérito desta ADI ocorreu em 17 de maio de 2006 (BRASIL, 2010c). Apesar da data do julgamento estar dentro dos limites cronológicos utilizados como parâmetro de seleção da amostra, o precedente não retornou como um dos resultados da chave de busca utilizada por esta tese, porque não foi indexado com base no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Por conta disso, a análise desse julgado tem como base os argumentos utilizados quando do julgamento da tutela provisória, ressaltando-se, apenas, aquilo que for divergente em relação ao mérito.

²⁰⁸ “Art. 1º São atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; [...]” (BRASIL, 1994a).

²⁰⁹ Esse entendimento foi confirmado no julgamento de mérito (BRASIL, 2010c). Inclusive, nesse julgamento, observa-se uma tendência, durante os debates, de considerar que a indispensabilidade da advocacia, tal qual expressa da Constituição Federal, não deve ser entendida como uma obrigação, mas como uma garantia constitucional. Nesse sentido, poderia haver regulamentação para que a presença de advogado não fosse obrigatória, mas em nenhuma hipótese essa presença pode ser proibida (BRASIL, 2010c, p. 89).

Quando essas ponderações se somam ao quadro geral já observado em relação à possibilidade de dispensar a presença de advogado, bem como, no caso dos ônus financeiros (proibição da exigência de garantia para o grau recursal), reforça-se a concepção de que o direito fundamental de acesso à justiça é concretizado de forma diferente, a depender de cada órgão do Poder Judiciário a que se pretende acessar e cujos obstáculos de acesso à justiça se pretendem superar.

No caso dos Juizados Especiais, por exemplo, o trecho do voto do Min. Luiz Fux demonstra que, uma vez que uma das finalidades constitucionais desses órgãos é a simplicidade, o acesso a justiça ganha a dimensão de reduzir as formalidades processuais e enfatizar a aceleração da marcha processual, incompatibilizando-se, assim, com as prerrogativas dos advogados públicos de serem intimados pessoalmente. Isso implica dizer, também, que, ao se concretizar o direito fundamental de acesso à justiça em relação à forma de atuação perante os órgãos do Poder Judiciário, não basta se utilizar de normas processuais ou de competência. É necessário avaliar se a regulamentação proposta é capaz de reverberar em tutela efetiva.

Ainda na ADI MC nº 1.127 (BRASIL, 2001d), o Supremo Tribunal Federal fez o controle de constitucionalidade acerca das funções da OAB na proteção das prerrogativas dos advogados, sem, contudo, afetar a efetividade da tutela jurisdicional e a independência do Poder Judiciário. Isso porque o Estatuto da Advocacia previa que alguns atos jurisdicionais dependeriam da interferência da OAB. Por exemplo, a presença de representante da OAB para a lavratura do auto de prisão em flagrante ou do cumprimento de mandado de busca e apreensão, em face de advogado por crime cometido no exercício da função (art. 7º, IV), ou o recolhimento à prisão em sala de estado maior, com instalações reconhecidamente condignas pela OAB (art. 7º, V).

Durante o julgamento da medida cautelar (BRASIL, 2001d), esses dispositivos tiveram eficácia suspensa sob o argumento de que eles atribuíam à Ordem prerrogativas aptas a afetar na efetividade da jurisdição, na forma da linha de raciocínio construída pelo Min. Relator Paulo Brossard:

A busca e apreensão, ordenadas por magistrado, configuram, inequivocamente, atos de jurisdição, destinados a prevenir ou a reparar lesão de direitos (art. 5º, XXXV, CF). Se o artigo 92 da lei suprema atribui aos juízes o exercício da jurisdição, não podem eles ficar na dependência de outros órgãos, senão quando destes for por eles solicitada (BRASIL, 2001d, p. 271).

No mesmo sentido, mas em relação à dependência de a OAB avaliar as condições dos estabelecimentos prisionais, assim se manifesta o Ministro:

Entregando à OAB o juízo sobre as instalações e comodidades onde será recolhido o preso advogado, além de atribuir-lhe funções jurisdicionais, privativas dos juízes, de conformidade com o inciso XXXV do art. 5º, também contraria o *caput* e o inciso I desse artigo, quando põe a OAB em situação de vantajosa desigualdade frente a outras corporações, cujos integrantes também gozam de benefício de prisão especial (BRASIL, 2001d, p. 275).

Esse posicionamento foi parcialmente modificado por ocasião do julgamento de mérito. Embora não selecionado pela chave de busca, por não ter sido indexado com base no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o julgamento do mérito precisa ser aqui explicitado, dada sua correlação com o tema. Na análise de mérito (BRASIL, 2010c), os artigos que atribuíam à OAB prerrogativa para avaliar ou controlar as instalações prisionais foram declarados inconstitucionais. Todavia, o plenário, por maioria, compreendeu que, no exercício da defesa das prerrogativas, alguns atos contra advogados só se aperfeiçoariam se praticados sob a observação de representante da OAB. É o caso das buscas e apreensões.

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, por força da exigência da tutela efetiva, houve a ressalva em afirmar que o dever do magistrado é, em tempo razoável, fazer as solicitações necessárias. Caso a OAB não responda ou não se prontifique a participar do ato, o Poder Judiciário pode exercê-lo sem a presença da OAB. A título de exemplo, o raciocínio vencedor, que considerou constitucional a presença de representante da OAB para o cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia, é assim formulado pelo Min. Marco Aurélio:

Estando ligados ao exercício da profissão, tudo recomenda que a busca e a apreensão se realizem com a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, ainda que seja preciso proceder sem divulgação maior. O ato ficará restrito, de qualquer forma, ao conhecimento dos envolvidos, exceção aberta, obviamente, ao investigado. O desvio de conduta a alcançar a informação, o aviso, por parte do representante da Ordem, ao profissional que vier a sofrer o ato de constrangimento, resolve-se não no campo da inconstitucionalidade, mas da legalidade, responsabilizando-se quem de direito. Exija-se da Ordem dos Advogados do Brasil o procedimento que, em última análise, dela se espera e que tem sido adotado no dia a dia da vida em sociedade. A formalidade estará suplantada a partir do momento em que a Ordem, instada em caráter confidencial a indicar o profissional que acompanhará a diligência, deixar de fazê-lo, quando então, sem ela, será realizada a diligência com as cautelas necessárias para que não seja frustrada (BRASIL, 2010c, p. 61-62).

Ao se levar isso em consideração, percebe-se que, mesmo reconhecendo-se a exigência de efetiva participação ou formal notificação da OAB em alguns atos jurisdicionais, mantém-se o entendimento, exposto durante o julgamento da medida cautelar, de que essas formalidades não

podem ser interpretadas de modo a conferir ao órgão de classe aptidão para reduzir a efetividade da jurisdição.

Por fim, ainda relativo ao tópico dos precedentes que lidam com as funções essenciais à justiça, resta apresentar os resultados da análise da ADI nº 3.700 (BRASIL, 2009d), que volta a tratar da Defensoria Pública, mas agora em relação à constitucionalidade da contratação precária de seus membros. Por mais que o Estado do Rio Grande do Norte tenha tentado justificar a possibilidade de contratação de defensores públicos pelo regime temporário como uma forma de atender, de modo rápido, a uma demanda pelos serviços de defensoria pública, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para garantir uma tutela jurisdicional efetiva, é necessário que a contratação de seus membros se dê por meio de concurso público. Nas palavras do Min. Relator Ayres Britto,

[...] exatamente por desempenhar uma atividade estatal permanente e essencial à jurisdição, é que a defensoria pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. Tipo complexo de estruturação que opera como garantia de independência técnica das defensorias.

Nesse caso, a questão da retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça se mostra presente, inclusive, na forma de estruturação das funções essenciais à justiça. Todos os precedentes acerca desse tema demonstraram que o art. 5º, inciso XXXV, não tem pertinência apenas em relação à provocação inicial do Poder Judiciário, mas também para orientar uma exigência de qualidade técnica daqueles órgãos que atuam junto ao Judiciário no sistema de justiça.

Além disso, os precedentes em relação à defensoria pública e à advocacia pública ou privada demonstraram que as prerrogativas e a atuação desses membros precisam ser compatíveis com a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Isso significa ter independência para atuar da melhor maneira possível no resguardo de seus fins constitucionais, mas também privar-se daqueles atos que possam deturpar as prerrogativas profissionais e torná-las obstáculos à tutela jurisdicional efetiva.

5.2.2.9 Liberalidade

Quando se tratou da primeira hipótese de trabalho, aquela que vincula o direito fundamental de acesso à justiça à possibilidade de o Poder judiciário dar ou retirar validade a outros fóruns de

resolução de conflitos, com a análise sobre a obediência ao devido processo legal, apresentou-se que o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206 EP (BRASIL, 2004b), ao tratar da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, é um precedente importante para esta tese por duas razões.

A primeira razão, já apresentada naquele tópico, decorre do fato de a lei e a jurisprudência do STF atribuírem legitimidade para que outro fórum de resolução de conflitos possa realizar a atividade de pacificação social, de forma relativamente independente do Poder Judiciário e com as mesmas características da jurisdição estatal. A segunda razão, que foi reservada para ser explanada neste tópico, trata da possibilidade de, atendidas certas condições, a liberalidade ser um fundamento constitucionalmente adequado para a limitação de acesso ao Poder Judiciário e, o mais relevante, garantindo-se acesso à justiça.

Compõem os julgamentos que auxiliam a analisar essa questão, além do Agravo mencionado (BRASIL, 2004b), três precedentes²¹⁰ em que a vontade do interessado afetou a concretização do direito fundamental de acesso à justiça. Esses outros três precedentes tratam da relação do jurisdicionado com o Estado, em situações de delação premiada, escolha por regime tributário mais vantajoso e dispensa de execução fiscal.

Em relação à Lei de Arbitragem, a possibilidade de excluir do controle judicial o mérito de um conjunto de demandas decorrentes de uma relação contratual foi fundamentada na natureza dos bens e direitos arbitrados (disponíveis), somada à concepção da inafastabilidade do Poder Judiciário como garantia, não como imposição. Nesses termos, o Min. Nelson Jobim (BRASIL, 2004b, p. 1019-1020) expõe que:

Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não.

Seguindo essa linha de raciocínio, a liberalidade é fundamento constitucional suficiente e adequado para limitar o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário quando estiver previsto outro órgão de resolução de conflitos, o contrato for realizado por partes capazes, livres e transacionando sobre direitos e bens disponíveis.

²¹⁰ São eles o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851 (BRASIL, 1998b), o Recurso Extraordinário nº 591.033 (BRASIL, 2011d) e o *Habeas Corpus* (HC) nº 127.483 (BRASIL, 2016d).

O inverso aconteceu no julgamento do HC nº 127.483 (BRASIL, 2016d), em que o Supremo Tribunal Federal não homologou acordo de delação premiada em que o delator declarava se abster de questionar as condenações advenientes²¹¹. Ao não homologar essa cláusula, o Supremo reforça que a liberalidade, para limitar o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, esbarra na indisponibilidade de certos direitos fundamentais (como é a liberdade), mesmo que, no caso, a cláusula tenha contado com o aceite do delator.

No entanto, em outros dois precedentes, o STF trata da possibilidade do cidadão ou do fisco renunciarem ao exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário em questões tributárias, o que auxilia a romper o dogma da indisponibilidade do direito público. No caso da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851 (BRASIL, 1998b), o Supremo Tribunal, em plenário, avaliou o Regulamento Estadual do ICMS do Estado de Alagoas, que permitia que o contribuinte aderisse a regime tributário com alíquota mais vantajosa, desde que aceitasse uma base de cálculo presumida pela legislação e renunciasse a qualquer tipo de restituição no caso de a mercadoria ser vendida por valor mais baixo que o presumido (BRASIL, 1998b, p. 71-72).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que renúncia, nesse caso, é constitucional e, na linha de raciocínio vitoriosa, observou-se que pesou para esse entendimento o fato de ser um regime facultativo e cuja renúncia importaria uma contrapartida vantajosa (BRASIL, 1998b, 72-73). Tendo isso em vista, observa-se que, além de se tratar de direitos ou bens disponíveis, a liberalidade é um fundamento constitucionalmente adequado para limitar o exercício da jurisdição estatal, quando isso não gerar uma situação de desigualdade das partes, mantendo-se elas num relacionamento equitativo.

Por fim, no RE nº 591.033 (BRASIL, 2011d), o STF avaliou se o Estado pode ser limitado de acessar o Poder Judiciário nos casos de execução fiscal. Nesse precedente, o Município de Votorantim recorreu para que o Supremo Tribunal Federal declarasse que a extinção do processo de execução fiscal — sob a alegação de que, por se tratar de pequeno valor, faltaria interesse de agir — viola o direito fundamental de acesso à justiça. Na sentença, afirmou-se,

²¹¹ Conforme enunciado da cláusula apresentado pelo Min. Dias Toffoli, “[...] a não impugnar, sob qualquer hipótese, salvo descumprimento do acordo pelo Ministério Público Federal ou pelo juízo, nenhuma das sentenças condenatórias mencionadas na cláusula 5ª, I, deste acordo” (BRASIL, 2016d, p. 147-148).

inclusive, que o custo do aparelho estatal para a execução fiscal é maior que o valor da dívida (BRASIL, 2011d, p. 161).

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal considerou que o montante do proveito econômico não é suficiente para se limitar o acesso do credor ao Poder Judiciário, mesmo quando se de tratar do poder público. O fundamento é que o efeito da força jurisdicional, nesses casos, extrapola a recomposição patrimonial e também exerce uma função pedagógica (BRASIL, 2011d, p. 205). Ao conduzir o raciocínio pela inconstitucionalidade, a Min. Ellen Gracie também leva em consideração as limitações do fisco brasileiro para fazer a cobrança do crédito tributário:

No sistema brasileiro, em que não é dado ao Executivo proceder à chamada “execução administrativa”, a fase de cobrança extrajudicial restringe-se à notificação do contribuinte para que pague voluntariamente seu débito. Não há instrumentos de expropriação à disposição do fisco (BRASIL, 2011d, p. 182).

A Ministra ainda reforça a ideia de que a ineficiência do Poder Judiciário não pode ser considerada, por si só, fundamento para limitação de acesso à jurisdição:

Quanto à alegação do magistrado *a quo* de que as execuções são, via de regra, infrutíferas, cabe destacar que tal não justifica negar o acesso do credor ao Judiciário. Pelo contrário, se a Justiça é ineficaz, impende que o próprio Judiciário atue no sentido de buscar procedimentos mais efetivos, fazendo uso de meios mais ágeis. [...] Desse modo, ainda que não possa se vislumbrar na decisão do Magistrado violação ao postulado da separação dos poderes (art. 2º da CF), porquanto a análise das condições da ação é sim competência do Magistrado, certo é que a decisão de extinção violou, isto sim, a garantia de acesso à Justiça (BRASIL, 2011d, p. 184-185).

Ao julgar pela violação do direito fundamental de acesso à justiça, o Supremo reforça que a dimensão econômica do litígio não pode servir como medida e principal fundamento do acesso ao Poder Judiciário. Todavia, o precedente também ressalva que a dispensa da cobrança por via judicial poderia ser feita por lei específica pelo ente político com competência tributária para tanto, eximindo-se da cobrança de tributo de pequeno valor pela via ação da execução fiscal, na forma apresentada pela Min. Ellen Gracie:

Poderia o Município, por lei municipal, dispensar a inscrição em dívida e ajuizamento dos seus créditos de pequeno valor, mas não o fez. [...] Sendo do Município a competência tributária relativa à instituição e cobrança do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana), a nenhum outro ente político é dado dispor sobre o respectivo crédito (BRASIL, 2011d, p. 181).

Nesse sentido, observa-se uma ponderação que pode ser estruturada junto com a ideia de liberalidade aqui tratada. O Poder Judiciário, por si só e tendo como fundamento apenas o

proveito econômico da causa, não pode abster-se de conferir a tutela pleiteada, mas o ente político, por liberalidade, pode deixar de exercer o seu direito de acesso ao Poder Judiciário. Novidade alguma haveria nesses casos, pois já se disse que a opção por demandar judicialmente é uma mera faculdade do autor. Todavia, em se tratando de crédito tributário, a cobrança é uma imposição legal, sob pena de sujeitar o administrador público a sanções penais e administrativas.

Daí decorre a falsa percepção de que a cobrança da dívida fiscal deve se dar pela via judicial. Por isso ganha relevância a manifestação do STF quando afirma que o ente político pode abrir mão dela. É claro que, no caso do poder público, essa liberalidade tem a peculiaridade de não ser apenas um ato de vontade do administrador, mas da lei, que é a forma como esses entes devem expressar o desejo de não exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário ou qualquer outro ato volitivo.

Além disso, outra ressalva pertinente foi realizada pelo Min. Gilmar Mendes que, apesar de declarar a inconstitucionalidade das extinções das execuções fiscais, apontou, a título de reflexão, a necessidade de se rever esse procedimento:

Creio que dos setenta, oitenta milhões de processos que tramitam na justiça brasileira a cada ano, mais ou menos, algo em torno de um terço, diz respeito à execução fiscal. O que sugere que nós temos que pensar sobre isso, sobre a execução fiscal. Certamente o modelo não está dando respostas adequadas. Já há impulsos no sentido da reformulação do [sic] processos. [...] E nós sabemos que, na maioria das jurisdições, especialmente no caso da jurisdição estadual, a execução fiscal fica abaixo de um por cento. Isso significa — nós estamos falando claramente — que, se houvesse algum progresso nessa seara, de índole vária, se nós atingíssemos dez por cento da execução fiscal ajuizada, muito provavelmente estaríamos diante de uma revolução fiscal. [...] Então, é necessário realmente que analisemos criticamente o problema da execução fiscal. O modelo da judicialização aqui, pelo menos tal qual ele vem sendo feito, dá sinais de exaustão (BRASIL, 2011d, p. 195-196).

Para além dos dados apresentados pelo Ministro, importa acentuar que a ineficiência do processo de execução fiscal, a grandiosidade do volume dessas ações e seu modelo ultrapassado, inapto para dar respostas adequadas à pretensão executória, mesmo não sendo motivos únicos para se excluir o acesso ao Poder Judiciário, importam na constatação de necessidade de reformas legislativas aptas a realinhar a retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça, sem que esses eventuais limites de acesso ao Poder Judiciário venham a representar lesão ao direito fundamental de acesso à justiça, e sim, como antevisto na hipótese e aferido na prática do Supremo Tribunal Federal, a própria afirmação do direito constitucional. Nesse ponto, o exemplo da execução fiscal, já detalhado na seção 4 desta tese,

é importante na demonstração de um dado da realidade que confronta essa exigência de retroalimentação com o direito fundamental de acesso à justiça.

5.2.2.10 Demais acórdãos da amostra

Uma vez apresentados os nove temas²¹² utilizados para classificar os precedentes pertinentes à segunda hipótese de trabalho (necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça), pode-se apresentar aqueles precedentes em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi mencionado, mas que não estabelecem, por si só, novos parâmetros de estruturação acerca do direito fundamental de acesso à justiça.

Esses precedentes²¹³ voltam-se a reafirmar noções gerais sobre o direito fundamental de acesso à justiça. Sua indexação ao tema decorreu de uma menção isolada a alguns dos termos da chave de busca desta pesquisa. Como fora feita a ressalva acerca da leitura do inteiro teor dos votos integrantes dos acórdãos selecionados, foi possível a constatação de sua somenos importância para a tese, embora, para se cumprir o rigor metódico e a verificabilidade incessantemente propalada, serão igualmente analisados.

Por exemplo, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.882 (BRASIL, 2000d, p. 42-43), o Requerente alegou ser inconstitucional a legislação que permitia servidores públicos e a União fazerem acordos sobre uma determinada verba salarial, porque, ao disciplinar que os acordos deveriam ser firmados “individualmente”, estar-se-ia limitando a participação das entidades de classes e outras formas de representação coletiva.

Em resposta à alegação de violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal seguiu o posicionamento do Min. Relator Néri da Silveira (BRASIL, 2000d, p. 48), que defendeu a impertinência da alegação, porque a expressão “individualmente”

²¹² Reprisa-se que os temas foram: (i) ônus financeiro para a provocação da atividade jurisdicional; (ii) relativização (ou não) de normas processuais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça; (iii) regulamentação de prazo prescricional; (iv) regulamentação sobre provas; (v) segurança jurídica: uniformização da jurisprudência e coisa julgada; (vi) limitações à tutela cautelar em desfavor das pessoas jurídicas de direito público; (vii) precatório; (viii) funções essenciais à justiça; (ix) liberalidade.

²¹³ São eles o julgamento de Medida Cautelar e de Mérito Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.882 (BRASIL, 2000d; 2006d, respectivamente), o Agravo Regimental em Agravo Regimental na Suspensão de Segurança (SS AGR AGR) nº 1.917 (BRASIL, 2002b), o Agravo Regimental na Reclamação (RCL AGR) nº 6.534 (BRASIL, 2008e), o Recurso Extraordinário nº 631.102 (BRASIL, 2011e) e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.685 (BRASIL, 2006c) e nº 4.815 (BRASIL, 2016e).

queria dizer, apenas, que os acordos precisariam ser feitos com a manifestação de aceite do servidor, não limitando a atuação das entidades de classe:

É que, em realidade, a expressão “individualmente” há de ser entendida, a partir da consideração de o servidor estar de acordo com a forma de pagamento, na via administrativa, contemplada na Medida Provisória nº 1704. Para que tal suceda, lícita será a atuação sindical aconselhando ou não a aceitação do acordo na forma proposta na Medida Provisória (BRASIL, 2000d, p. 48).

Adiante, a ação foi considerada prejudicada por não aditamento da petição inicial frente à reedição da Medida Provisória, sem maiores discussões sobre parâmetros de aplicação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 2006d, p. 331).

A SS AGR AGR nº 1.917 (BRASIL, 2002b), por sua vez, tratou de agravo no qual se alegava que a decisão de não conhecimento do recurso representava “negativa de prestação jurisdicional”. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi evocado em um parágrafo do voto do Min. Marco Aurélio, em que desvincula esse dispositivo de um suposto direito fundamental a recurso, nos seguintes termos:

É de salientar inicialmente não consubstanciar o recurso garantia constitucional. A Carta da República assegura, isto sim, o acesso ao Judiciário — inciso XXXV do artigo 5º —, e a previsão de cabimento do extraordinário contra decisão de única ou última instância vem revelar não ser o duplo grau de jurisdição uma garantia inafastável pelo legislador ordinário (BRASIL, 2002b, p. 186).

Embora, reprise-se, não enquadrado em uma das categorizações anteriores dos acórdãos que se fez nesta tese, o trecho tem pertinência para a pesquisa na medida em que auxilia na estruturação da norma de acesso à justiça, fornecendo mais indícios sobre a possibilidade de uma maior restrição das instâncias superiores. No grau recursal, a razoável duração do processo é percebida como um aspecto mais relevante na regulamentação processual que na primeira instância do Poder Judiciário. O que ocorre, no entanto, é que essa ideia não foi debatida e, ao fim, o que prevaleceu foi um argumento de ordem processual, do tipo “[...] não cabe agravo contra ato processual que haja implicado o indeferimento de suspensão quer de medida acauteladora, quer de decisão definitiva, ambas formalizadas em mandado de segurança [...]” (BRASIL, 2002b, p. 186).

Essa pouca discussão também ocorreu na ADI nº 3.685 (BRASIL, 2006c, p. 241), em que estava em questão se o princípio da anuidade nas mudanças eleitorais também se aplica à Emendas Constitucionais. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi evocado pelo Min. Ayres

Britto apenas para servir de exemplo como fundamento para dizer que o constituinte, por vezes, utiliza a palavra lei para designar qualquer ato normativo.

Ainda de forma secundária, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi debatido entre os Mins. Ayres Britto²¹⁴ e Marco Aurélio²¹⁵ no julgamento do RE nº 631.102 (BRASIL, 2011e, p. 507 e 240), que o utilizaram para defender pontos de vista diversos. Um considerava que, em caso de empate entre os membros do plenário do STF, deveria ser mantida a decisão questionada e o outro considerava que o presidente deveria votar para o desempate. Nesse caso, apesar de mencionado, o dispositivo não foi posto em reflexão de maneira a gerar outros parâmetros de análise ainda não observados na amostra.

Já na ADI nº 4.815 (BRASIL, 2016e) e no RCL AGR nº 6.534 (BRASIL, 2008e), o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é mencionado para se dizer que, no caso do primeiro acórdão, biografias não autorizadas podem ser divulgadas sem autorização prévia, mas com responsabilidade ulterior, porque o ordenamento jurídico brasileiro permite o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Já em relação ao segundo acórdão, o dispositivo é mencionado no voto do Min. Celso de Mello (BRASIL, 2008e, p. 160) em uma relação com o Estado Democrático de Direito. Na forma constante no próprio acórdão, o Ministro disse que o art. 5º, inciso XXXV, é o “parágrafo régio do Estado Democrático de Direito”, fazendo ponderações sobre a função do controle judicial na contenção dos arbítrios. Não houve maiores discussões sobre o dispositivo.

Nesse sentido, auxilia a concretizar a dimensão, já tratada nesta tese, de que o direito fundamental de acesso à justiça tem também natureza jurídica de garantia do cidadão na efetivação de direitos fundamentais e sua eficácia, seja horizontal, seja vertical.

²¹⁴ O Min. Ayres Britto utilizou o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal para elogiar a proposta de manter a decisão recorrida em caso de empate. Em suas palavras, “[...] a proposta de Sua Excelência me parece múltiplamente vantajosa, não só porque nos possibilita sair do impasse, mas porque também homenageia o princípio da não negação de justiça, estampado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Confirma que, em recurso extraordinário, ou se obtém a maioria dos votos ou o recurso não prospera, prevalece a decisão recorrida, e confirma, também, se analisarmos a matéria pelo ângulo da lei que goza de presunção de validade, de constitucionalidade, confirma também essa presunção” (BRASIL, 2011e, p. 507).

²¹⁵ Ao criticar a posição de manutenção da decisão recorrida, o Min. Marco Aurélio assim expôs: “Assentar, a essa altura, que simplesmente fica mantida a decisão atacada é transformar o Eleitoral em Supremo. Digo mais: é contrariar cláusula básica que consubstancia garantia constitucional, que é a de acesso ao Judiciário. O disposto no inciso XXXV do artigo 5º não diz respeito apenas ao direito do cidadão bater no protocolo e ajuizar a ação, mas a regular tramitação do processo, com os recursos cabíveis, previstos pela ordem jurídica” (BRASIL, 2011e, p. 524).

5.3 UMA TEORIA DA PRÁTICA JURÍDICA PARA A CLARIFICAÇÃO DA REGRA DE INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

A utilização da metódica pragmático-estruturante, apresentada na segunda seção desta tese, levou, até este momento, à formulação de duas hipóteses de trabalho para o programa normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e à identificação de elementos da realidade que permitem caracterizar a crise do Poder Judiciário e o grau de participação que as pessoas jurídicas de direito público têm nessa crise. Coube a esta seção, por conseguinte, realizar o teste de falibilidade das duas hipóteses de trabalho. Isso foi feito por meio da aferição do comportamento do Supremo Tribunal Federal, experimento esse realizado conforme aspectos metódicos explicitados no item 5.1 desta seção.

Em linhas gerais, utilizou-se de uma série de recursos de armazenamento de dados disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal — como a indexação, o tesouro e os operadores *booleanos* — para gerar, a partir da ferramenta de busca jurisprudencial disponível por essa mesma Corte, uma amostra de 65 precedentes em que o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal foi objeto de análise pelos ministros.

A busca foi realizada em 4 de janeiro de 2017, às 8h40min, em que se utilizou a expressão “((ACESSO ADJ4 (JU\$) OU INAFSTABILIDADE ADJ5 JU\$))” para alcançar acórdãos proferidos pelo Tribunal Pleno, no período compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 31 de dezembro de 2015, com a indexação no espelho do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim sendo, os 65 precedentes foram analisados conforme o inteiro teor dos votos e classificados conforme as duas hipóteses de trabalho formuladas na terceira seção desta tese. Buscou-se identificar, nesse contexto, aqueles argumentos produzidos pelos ministros que tivessem a capacidade de ser uma ideia generalizável, com o fim de extrair esquemas conceituais teóricos, tal como propostos pela Teoria Estruturante do Direito, ao falar de um esforço sintetizador.

Em relação à primeira hipótese de trabalho (que supõe que, com base na Constituição Federal de 1988, foi dado ao Poder Judiciário a prerrogativa para garantir o princípio da separação dos poderes e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pelo controle judicial do devido processo legal), avaliaram-se precedentes sobre a atuação do Poder Judiciário

no controle da atividade legislativa, administrativa e do cumprimento do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos. Em relação ao controle das atividades legislativas e administrativas, observou-se que o direito fundamental de acesso à justiça atua de maneira dúplice a impedir que outros Poderes inibam o controle judicial dos atos atentatórios a direitos fundamentais, bem como garantir que o Poder Judiciário possa interferir nos demais Poderes quando se observar esses atos inconstitucionais.

Sob esse ponto de vista, a cláusula de inafastabilidade da jurisdição fundamenta a relação de freios e contrapesos entre o Poder Judiciário e os demais Poderes, que formatam a compreensão moderna de uma separação não absoluta entre eles. Tratou-se, nesse sentido, de observar, na prática, a aplicação da doutrina das questões políticas pelo STF, por disciplinar que, sempre que decisões políticas afetarem direitos fundamentais, o Poder Judiciário pode fazer controle do ato. Isso foi demonstrado, por exemplo, ao declarar que membros das casas legislativas possuem o direito subjetivo de acesso ao Poder Judiciário para resguardar o procedimento legiferante constitucionalmente prescrito. Por outro lado, o STF ratificou sua limitação em interpretar questões sobre os regimentos internos dos poderes legislativos.

A doutrina das questões políticas também pode ser observada em relação aos atos administrativos, principalmente em relação ao controle de políticas públicas, quando o STF reconheceu que qualquer órgão competente do Poder Judiciário pode determinar a execução de obras emergenciais no sistema carcerário e, para além disso, aceitou, mesmo que a título de tutela provisória, a possibilidade de declarar um “estado de coisas inconstitucional”, a fim de, por controle concentrado de constitucionalidade, atribuir responsabilidades gerais a gestores para o fiel cumprimento de políticas públicas inerentes aos direitos fundamentais.

Outro elemento avaliado durante a análise dos precedentes sobre a primeira hipótese de trabalho foi a aferição de que a impunidade e a transparência são elementos considerados importantes na concretização do direito fundamental de acesso à justiça. A transparência dos atos realizados pelo Poder Público é exigida por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal para permitir o controle judicial e impedir arbítrio. Da mesma forma, o direito fundamental de acesso à justiça fundamenta o controle daquela legislação infraconstitucional que permitir, como efeitos práticos, a impunidade.

Ainda sobre o controle judicial dos atos da Administração, o precedente em que se discutiu a possibilidade de constrição de patrimônio de servidor público, condenado em processo

administrativo disciplinar, demonstrou uma ênfase à legislação infraconstitucional para avaliar quais atos a Administração pode autoexecutar, autorizando a constrição no caso de sanção administrativa de multa e desautorizando no caso de indenização por responsabilidade civil.

Já nos precedentes acerca do relacionamento do Poder Judiciário com outros fóruns de resolução de conflitos, foi possível observar que o direito de acesso ao Poder Judiciário não pode ser considerado como absoluto. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da imunidade de jurisdição aos organismos internacionais, cujo tratado de criação preveja essa cláusula. Segundo, porque, ao avaliar questões sobre fóruns extrajudiciais de resolução de conflitos, o Supremo Tribunal Federal ponderou que a regra de inafastabilidade da jurisdição estatal possui uma dimensão de garantia, não de obrigação.

Isso pode ser observado por ocasião do julgamento da constitucionalidade da arbitragem e das comissões de conciliação prévia. No caso da arbitragem, ao se configurar como uma escolha ao não exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua constitucionalidade. No entanto, ao observar que as comissões de conciliação iriam instituir uma instância prévia ao Poder Judiciário, que não contava com o consentimento do trabalhador cujo direito foi violado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade.

Essa dimensão do direito de acesso ao Poder Judiciário como uma garantia também foi reforçada na análise dos precedentes classificados como pertinentes em relação à segunda hipótese de trabalho, ou seja, a necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça, que contou com a seleção de nove temas.

No primeiro tema cuidou-se dos casos de ônus financeiros para a provocação da jurisdição. Ficou demonstrada uma jurisprudência consolidada no sentido de que a cobrança para o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário só pode ser realizada daqueles que possuem recursos econômicos e, ainda assim, está submetida a limite. No caso das pessoas em situação de pobreza, não pode haver ônus financeiros para a provocação da jurisdição. Isso ficou ainda mais evidente nos acórdãos sobre a necessidade de depósito para a provocação da jurisdição nos Juizados Especiais. A finalidade desses órgãos do Poder Judiciário em proteger parcelas menos favorecidas tornou-se argumento importante para proibição de exigência de quantias financeiras para o acesso.

Além disso, independentemente de o jurisdicionado comprovar a insuficiência de recursos, observou-se uma jurisprudência muito protetiva do acesso à primeira instância do Poder Judiciário, de forma que a imposição de ônus financeiros, como limite de acesso, teria alguma plausibilidade apenas nas instâncias superiores, em que a utilização não criteriosa do Poder Judiciário pode afetar a razoável duração do processo.

No segundo tema tratou-se de outros precedentes sobre a relação das normas processuais com o direito fundamental de acesso à justiça. O que se pode inferir desses precedentes é que, em regra, as normas processuais carregam elementos de racionalidade do comportamento do Poder Judiciário. No entanto, há casos em que elas precisam ser relativizadas para fins de efetivação de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, da validade de relaxamento de prisão ilegal, em que o STF considerou que o preso não pode arcar com os ônus de falhas processuais. Outro exemplo foi o caso da greve do Poder Judiciário de Alagoas, em que o STF, mesmo não conhecendo do MS, notificou o presidente do Tribunal de Justiça Estadual para que iniciasse um sistema de plantão para casos emergenciais.

De forma semelhante, o estudo dos precedentes sobre a regulamentação de prazo prescricional e sobre provas, que foram analisados nos terceiro e quarto temas, indicam que, em regra, o legislador ordinário tem a atribuição de estabelecer as diretrizes mais adequadas para resguardar a racionalidade do acesso e do trâmite de processos perante o Poder Judiciário. Nos casos de prescrição e provas, o legislador pode avaliar aquelas hipóteses ou situações em que o tempo reestabelece a paz social e retira o fundamento do exercício do acesso ao Poder Judiciário para efetivação de acesso à justiça. Da mesma forma, o legislador pode ponderar, pela peculiaridade de certos casos, quais os requisitos probatórios específicos para a demonstração do direito violado. Acentuou-se a maior liberdade para o legislador infraconstitucional nos casos de delegação expressa da Constituição ou nas hipóteses em que o constituinte não tratou do tema.

Situação similar à da necessidade de entender que a função da prescrição é a proteção da paz social ocorre nos pedidos de paralisação de processos nos casos de prejudicialidade ou de demandas repetitivas, objeto de análise do quinto tema da segunda hipótese de trabalho. A análise dos precedentes com esses pedidos demonstrou que o direito fundamental de acesso à justiça exige uma resposta uniforme aos conflitos sociais por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, observou-se que o direito de acesso à justiça possui uma dimensão voltada para a segurança jurídica, que também está presente no instituto da coisa julgada. Eventual possibilidade de relativização da coisa julgada está fundamentada na própria tutela efetiva que,

por vezes, parece mais evidente naquelas ações de estado, cuja personalidade e identidade da pessoa humana estão ameaçadas. Esse é o caso do precedente sobre a relativização da coisa julgada para reabrir processo de investigação de paternidade, tendo em vista a não realização de exame de DNA em processo anterior.

Como sexto tema, discutiram-se os precedentes sobre a limitação de concessão de medida cautelar contra as pessoas jurídicas de direitos público. Nesse caso, observou-se um forte limitador da tutela jurisdicional, que são os precatórios, mas que, por ser um regime de pagamento constitucionalmente adequado, possui a capacidade de legitimar a limitação de tutela provisória contra os entes públicos, quando, pela decisão precária, se pretenda pagamento imediato de valores. Nesse contexto, os precatórios constaram como o sétimo tema dos precedentes sobre a segunda hipótese de trabalho.

Observou-se que, apesar das conclusões geradas da análise dos precedentes sobre as medidas cautelares contra pessoas jurídicas de direito público, o direito fundamental de acesso à justiça, na condição de cláusula pétrea, tem o condão de obstaculizar qualquer alteração, inclusive do poder constituinte reformador, que busca dilatar, ainda mais, as condições de efetividade da tutela jurisdicional executiva contra os entes públicos. Os precedentes sobre os precatórios, nesse sentido, auxiliaram a confirmar a compreensão de que, na tutela executiva, o direito fundamental de acesso à justiça só se concretiza quando ocorre a transmissão do bem da vida em questão ou o pagamento da quantia devida.

O oitavo tema foi relacionado às funções essenciais à justiça. A partir de precedentes sobre a advocacia, a defensoria pública e a advocacia pública, observou-se que o art. 5º, inciso XXXV, pode ser evocado para validar regulamentações que busquem melhorar a qualidade desses órgãos, bem como declarar inconstitucional aquelas que representem uma deturpação das prerrogativas necessárias de atuação de seus membros para a obtenção uma tutela jurídica efetiva. Foi o caso, por exemplo, da constitucionalidade de trechos do Estatuto da Advocacia e a da Ordem dos Advogados do Brasil, em que ficou reconhecida que a participação da OAB em determinados atos jurisdicionais é importante para resguardar seus membros, mas não pode ser utilizada como motivo para obstar a jurisdição.

Como nono e último tema sobre a segunda hipótese de trabalho para o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, retomou-se a discussão da liberalidade como uma possibilidade de autolimitação que o jurisdicionado impõe a si mesmo. Pela análise dos

precedentes sobre o tema, constatou-se que a liberalidade pode ser um fundamento constitucionalmente adequado para limitar o acesso à jurisdição estatal, mas apenas quando atendidas algumas situações. O precedente da arbitragem demonstrou que essa liberalidade deve ser feita em situações de paridade mínima de força entre as partes e deve tratar de direitos disponíveis. Esses critérios auxiliam a entender porque não foi homologada cláusula de acordo de delação premiada em que o delator deveria se abster de questionar as condenações nele previstas, em que se observa uma situação de direito não disponível (liberdade).

Além disso, o precedente sobre a possibilidade de renúncia à ação de repetição de indébito por conta de regime tributário mais benéfico demonstra que uma das formas de avaliar essas condições de paridade mínima entre as partes é a existência de concessões e vantagens mútuas (sinalagma) em decorrência da abdicação do direito de acesso ao Poder Judiciário.

Esse quadro geral de ideias sobre o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por certo, não é exaustivo. Ele representa a exposição da prática institucional da Corte Constitucional brasileira à medida que os jurisdicionados submeteram, a ela, questões sobre o direito fundamental de acesso à justiça. A experiência advinda dessa prática representa uma fonte importante de conhecimento sobre os efeitos que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal promove no comportamento institucional do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Nesse sentido, relembra-se a lição de Müller (2013, p. 15, grifos do autor), ao dizer: “Teoria e prática no Direito não são ‘Senhora e escrava’, mas irmãs. São equivalentes — mas a prática é a irmã mais velha da teoria, a de mais experiência [...]”.

Tendo isso em vista e validadas as hipóteses desta pesquisa, esse conhecimento pode ser aplicado ao caso do acesso das pessoas jurídicas de direito público ao Poder Judiciário, em um ambiente de congestionamento processual, o que será feito na seção a seguir. Nela, pretende-se unir o conhecimento produzido nas seções anteriores sobre o programa e o âmbito normativos do direito fundamental de acesso à justiça, bem como o quadro geral de ideias que formam o *modus operandi* de utilização desse dispositivo constitucional pelo STF, para responder à pergunta que orienta esta tese, qual seja: quais os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário em um contexto de morosidade sistêmica?

6 CONCLUSÃO

A elaboração da presente tese caminhou no sentido de identificar o comportamento do Estado em juízo e submeter as condutas identificadas ao crivo do direito fundamental de acesso à justiça. Em outras palavras, avaliaram-se as faces do Estado em juízo em relação aos fundamentos constitucionais da desjudicialização e da limitação de acesso da pessoa jurídica de direito público ao Poder Judiciário.

A Teoria Estruturante do Direito orientou toda essa elaboração. A partir dela foi possível compreender o ordenamento jurídico em uma dimensão empírico-pragmática, com o objetivo de permitir que o processo de concretização da norma jurídica seja feito com máxima verificabilidade. Assim, a utilização do pragmatismo, conforme explica Müller (2013, p. 13), não é do ponto de vista ideológico, mas metódico. Explicou-se que a dimensão empírico-pragmática gera profundas diferenças em relação à forma de entender o trabalho jurídico cotidiano quando comparada ao positivismo. A principal é a compreensão de que o sentido da norma jurídica não se encontra posto no enunciado legal, mas sim construído por um processo vinculado a regras de sustentabilidade argumentativa.

Por esse motivo, ao buscar compreender o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não se deduziram conclusões com base no conteúdo lógico da formulação sintático-semântica desse enunciado. Para responder à pergunta sobre os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário, em um contexto de morosidade sistêmica, houve a formulação de hipóteses sobre a resposta adequada à luz do ordenamento constitucional vigente e com base na estrutura da norma.

Apesar de mencionado por diversas vezes no decorrer desta tese, merece ser repetido que a Teoria Estruturante do Direito defende uma diferença entre texto de lei e norma jurídica. Assim sendo, compreender a norma jurídica como uma hipótese, para Müller (2013, p. 10-11) significa conceber, com base nos ensinamentos de Peirce, o enunciado como uma expressão com “significância”, mas ainda sem “significado”, de forma que o texto é apenas o início do processo de construção da norma jurídica.

Quando a teoria de Charles Sanders Peirce (2008, p. 73) foi apresentada nesta tese, demonstrou-se que, para esse autor, a forma de esclarecer o sentido de uma proposição não unívoca é

compreender seus efeitos práticos concebíveis. Por isso, não é estranho que Müller (2013, p. 122), ao se influenciar, na metódica, pelo pensamento pragmatista, considere que conhecer um signo linguístico significa compreender de que forma esse signo pode ser utilizado, explicitando-se suas regras de uso.

Ao avaliar a forma como os enunciados de direitos fundamentais são utilizados pelos operadores do direito, explicou-se que a Teoria Estruturante do Direito considera que o uso dessas prescrições é orientado por uma estrutura normativa composta por dois elementos: um programa normativo (dados linguísticos que ordenam a realidade) e um âmbito normativo (dados da realidade que vinculam materialmente o sentido dos dados linguísticos).

Sob esses termos, diz-se que a norma jurídica ordena a realidade quando é por ela influenciada e que, nessa relação entre programa e âmbito normativos, o programa pode considerar que determinado dado da realidade é indiferente em relação à norma, ou que é pertinente porque auxilia na construção de sentido da norma; ou ainda, que é pertinente porque é parte da realidade que a norma exige que seja alterada. Assim, nota-se que, por vezes, a relação entre programa e âmbito normativos resulta na concretização de uma norma que exige a própria alteração desse âmbito, ou seja, dessa realidade observada, o que se denomina normatividade concreta da Constituição.

Para os fins desta tese, houve a formulação de hipóteses específicas sobre o programa e o âmbito normativos do direito fundamental de acesso à justiça nas terceira e quarta seções, em que se selecionaram e se trabalharam dados linguísticos (programa normativo) e dados da realidade (âmbito normativo) referentes a esse direito fundamental e à participação do Estado na crise do Poder Judiciário, decorrente da morosidade sistêmica.

Considerando a hipótese geral de que o acesso ao Poder Judiciário não se confunde com acesso à justiça, as hipóteses específicas formuladas sobre o programa normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal são: (i) prerrogativa do Poder Judiciário para garantir o princípio da separação dos poderes e atribuir ou retirar validade dos diversos fóruns de resolução de conflitos pela avaliação do cumprimento da norma do devido processo legal e a (ii) necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça.

Essa primeira proposição específica pôde ser avaliada com base em elementos metódicos *strictore sensu*, a partir dos quais justificou-se que, por um lado, a peculiaridade da formulação

linguística pela qual se expressa o direito fundamental de acesso à justiça (que na Constituição Federal de 1988 assume a forma de um comando negativo do tipo “a lei não excluirá”) decorre da consagração dessa expressão no processo histórico de afirmação da independência do Poder Judiciário e da sua prerrogativa para controlar os arbítrios dos demais poderes. Por outro lado, as pré-compreensões advindas da expressão presente na literatura especializada (inafastabilidade da jurisdição) levaram à inferência de que, além de resguardar o princípio da separação dos poderes, ao Poder Judiciário também é atribuída a prerrogativa de garantir que o devido processo legal seja resguardado em outros fóruns de resolução de conflitos.

Já a segunda proposição originou-se das pré-compreensões das quais se infere que o direito fundamental de acesso à justiça é uma garantia resguardada tanto pela Constituição Federal quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos como um pilar da democracia, que exige que os cidadãos tenham a possibilidade de contar com instrumentos jurídicos efetivos para fazer cessar lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais. Ainda ao se avaliar essa proposição, considerou-se que ela possui uma forte vinculação material, elemento característico dos direitos fundamentais. Por isso, a avaliação acerca da efetividade da tutela jurisdicional não se dá apenas por meio de dados linguísticos. Exige-se a observação de dados da realidade e que eles sejam capazes de se compatibilizar com o programa normativo para, assim, completar o sentido do direito fundamental de acesso à justiça; ou, ao contrário, dados que demonstram práticas que confrontam esse direito, exigindo-se, assim, uma alteração da realidade.

Ao se verificar a participação do Estado no excesso de demandas, observou-se, em resumo, três dados da realidade que demonstram comportamentos em que as pessoas jurídicas de direito público abusam do direito de acesso ao Poder Judiciário e, nesse sentido, negam normatividade concreta ao direito fundamental de acesso à justiça.

O primeiro dado da realidade que confronta a normatividade concreta do direito fundamental de acesso à justiça é a utilização, pelo Estado, do sistema recursal do Poder Judiciário como forma de negar a efetividade de direitos fundamentais. Nesse sentido, a utilização de recursos processuais como forma de controlar o fluxo de caixa decorrente da condenação em massa do Estado pela má execução de políticas públicas representa uma desvirtuação do direito de acesso ao Poder Judiciário, que não apenas nega a necessidade de sua retroalimentação com o direito fundamental de acesso à justiça, mas também demonstra que o Estado se vale do Poder Judiciário como instrumento de violação a direitos fundamentais. Conforme dados de pesquisa

realizada por Falcão, Cerdeira e Argueles (2011, p. 21), em 2010, 90% da rotina do STF em relação a demandas recursais tinha pessoas jurídicas de direito público como parte.

O segundo dado da realidade que confronta a normatividade concreta do direito fundamental de acesso à justiça é a transferência de responsabilidade de matérias típicas do Poder Executivo para o Judiciário. Nesse contexto, também se enquadra a responsabilidade pela correção da má administração de políticas públicas, mas, soma-se a ela, a transferência de responsabilidade pela cobrança de tributos, que transforma a execução fiscal na classe de processos menos eficiente do Poder Judiciário brasileiro. Na quarta seção desta tese, demonstrou-se que, segundo o CNJ (2017a, p. 111), essa classe processual alcança o patamar de 91% de congestionamento.

O terceiro dado da realidade são as desigualdades processuais decorrentes da litigância habitual do Estado, que se manifesta pelo aumento da taxa de sucesso decorrente do monitoramento dos tribunais refratários aos interesses desse jurisdicionado e a sua capacidade de influenciar no processo de elaboração das leis processuais a seu favor.

Coube a esta seção, destinada às considerações finais, responder ao problema que guiou esta tese — quais os fundamentos constitucionalmente adequados para a limitação de acesso das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ao Poder Judiciário em um contexto de morosidade sistêmica? —, o que poderia ser feito apenas com os supramencionados resultados alcançados nas terceira e quarta seções.

Apesar disso, para validar as hipóteses formuladas, respeitando a importância que a jurisprudência possui para a Teoria Estruturante do Direito, avaliou-se o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal. Assim, pode-se fortalecer as hipóteses formuladas e identificar outras regras específicas de uso do signo jurídico enunciado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Isso porque, conforme apresentado na segunda seção desta tese, Peirce (1980, p. 55) explica que o raciocínio capaz de formular hipóteses é um raciocínio abduutivo. Esse tipo de raciocínio não gera, tal qual o dedutivo, conclusões necessárias, mas apenas conclusões prováveis que, por isso, não podem ser tidas como válidas ou inválidas, mas apenas como mais ou menos fortes.

O que fortalece uma hipótese é a sua capacidade de explicar um fenômeno observado e de se compatibilizar com o conjunto de demais crenças correlatas já estabelecidas. O trabalho do jurista deve ser realizado conforme “o quadro do direito vigente”, característica que, ao longo desta tese preferiu-se referir como compatibilidade da hipótese ao quadro geral de ideias

intersubjetivamente aceitas; quanto a este último aspecto, exatamente pela vinculação que Müller faz da Teoria Estruturante ao Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a análise da jurisprudência permitiu entender como o Supremo Tribunal Federal tem utilizado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o enunciado do art. 5º, inciso XXXV, desta Carta Magna. Isso porque Müller (2013, p. 28) entende que a jurisprudência é uma importante fonte de conhecimento jurídico, já que permite entender como o âmbito normativo influencia na concretização da norma jurídica, tanto para a teoria do direito, quanto para o caso concreto.

Para a dogmática jurídico-constitucional, a análise da jurisprudência permitiu observar que o Supremo Tribunal Federal, ao concretizar o direito fundamental de acesso à justiça, utilizou tanto dados linguísticos (o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e outros enunciados) quanto dados da realidade, o que confirma o pressuposto da estrutura da norma jurídica defendida pela Teoria Estruturante do Direito.

Já para o conhecimento concreto, o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal permitiu aferir parâmetros sobre as regras específicas de uso do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Isso pode ser observado nos precedentes em que foi utilizada a doutrina das questões políticas para se interferir em atividades legislativas ou administrativas, por meio da tutela jurisdicional; nos precedentes em que houve o controle judicial da efetivação do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos e nos nove temas em relação à necessidade de que o acesso ao Poder Judiciário represente acesso à justiça (retroalimentação).

Nem todos esses parâmetros observados são pertinentes para resolver o problema de pesquisa proposto por esta tese, porque nela não se propõe realizar uma teoria geral das limitações de acesso ao Poder Judiciário. Por ter como corte metódico as limitações constitucionalmente adequadas às pessoas jurídicas de direito público, utilizam-se apenas aqueles parâmetros que forem pertinentes para auxiliar na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça frente aos obstáculos descritos na quarta seção, quando da observação do âmbito normativo pertinente à pergunta que orienta a tese.

É importante ressaltar que, até esta seção, os resultados encontrados foram trabalhados como hipóteses descritivas, ou seja, descrições das regras e do modo de uso do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 como um signo linguístico, seja por meio da utilização dos métodos de concretização *strictore sensu* aplicados a esse enunciado constitucional, seja por

meio da observação do *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal. Quando se diz que essas hipóteses são descritivas, compreende-se que elas se enquadram em um conjunto geral de ideias correlatas já aceitas, mas sempre de forma crítica e refletida em relação à necessária vinculação ao Estado Democrático de Direito. A partir de agora, entretanto, as proposições a serem apresentadas ganham uma conotação prescritiva, já que visam a realizar a concretização do signo linguístico constitucional em questão no caso das pessoas jurídicas de direito público, no contexto de morosidade sistêmica do Poder Judiciário.

Diante das hipóteses de trabalho sobre o programa da norma do direito fundamental de acesso à justiça, dos parâmetros específicos derivados da observação do *modus operandi* do STF e da provocação pelos dados da realidade observados em relação à morosidade sistêmica do Poder Judiciário e à presença massiva do Estado em juízo, alcança-se a última etapa do processo de concretização do direito fundamental de acesso à justiça, em que ocorre a interligação entre o programa e o âmbito normativos, permitindo que o jurista tenha uma posição sobre a melhor resposta para o caso.

Diferentemente do que ocorre em uma demanda judicial, em uma análise acadêmica não existe uma sentença ou uma parte dispositiva, em que se ordena o cumprimento de determinada conduta. Entretanto, conforme apresentada na segunda seção desta tese, Müller (2000, p. 61) elaborou a metódica estruturante para servir tanto para uma situação concreta quanto para um problema elaborado a título de investigação. Nesse segundo caso, o final do processo de concretização é o conhecimento, não uma norma dispositiva, como ocorre no processo real de julgamento. Nesta tese, então, o caso fictício formou-se pelo problema de pesquisa e o processo de concretização finalizou-se quando realizadas as proposições acerca dos fundamentos para desjudicialização e limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário.

Essas proposições possuem um caráter prescritivo porque não mais buscam explicar o fenômeno observado (a utilização do signo linguístico do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mas aplicar as hipóteses de seu sentido à questão suscitada. Desse caráter prescritivo não deriva a compreensão de que se propõe uma solução acabada em relação à participação das pessoas jurídicas de direito público no problema da morosidade sistêmica do Poder Judiciário. Os resultados alcançados por esta tese são prescritíveis apenas na medida em que se defende, com base em uma leitura compreensível e verificável do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, tratar-se de proposições que têm a pretensão de auxiliar no aperfeiçoamento da

efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Não se trata, nesse sentido, nem de um comando, nem de uma lei necessária.

A primeira conclusão que foi possível alcançar com esta tese é que a mera observação da crise do Poder Judiciário e a participação das pessoas jurídicas de direito público não são elementos suficientes para justificar uma limitação de acesso. Embora esses dados sejam pertinentes para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça, é importante enfatizar que o comportamento do Estado viola o direito fundamental de acesso à justiça.

Na quarta seção, descreveu-se, por meio de dados de pesquisas empíricas realizadas pelo CNJ, pelo IPEA, pela FGV e outros centros, o cenário de crise do Poder Judiciário, que ainda não consegue atender a toda demanda que lhe é submetida. Nessa mesma oportunidade, apresentaram-se dados demonstrativos que o Estado (as pessoas jurídicas de direito público) possui excessiva participação nas demandas existentes no Poder Judiciário.

Por mais que os dados apresentados sejam públicos e amplamente divulgados, a primeira proposição, a título de conclusão, que se quer enfatizar é que esse congestionamento e o excesso de participação do Estado não são, por si só, um fundamento constitucionalmente adequado para a desjudicialização ou limitação do acesso ao Poder Judiciário. Utilizar a própria ineficiência do Judiciário em lidar com essa demanda estatal para justificar a limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário contraria tanto os pressupostos teóricos desta tese quanto os resultados alcançados por meio da concretização do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Quando se apresentou a base teórica na segunda seção, fez-se questão de diferenciar o pragmatismo, como parte da metódica estruturante, tal qual formulado por Charles Sanders Peirce, do sentido vulgar desse termo, que entende uma “concepção pragmática” como aquela que visa a alcançar vantagens pessoais ou sobrepor um bem geral em sacrifício de direitos e garantias individuais. Em resumo, explicou-se que o pragmatismo formulado por Peirce não é uma teoria moral, mas uma teoria do conhecimento. Desse modo, não se estabelecem finalidades fixas, tal qual ocorre no utilitarismo, para resolver questões sobre a conduta adequada para uma determinada situação. O pragmatismo foi usado aqui como parte da metódica de Müller para se fazer inferências sobre os sentidos possíveis de uma proposição.

Pela perspectiva utilitarista, a conduta de limitar o acesso do Estado ao Poder Judiciário seria aprovada ou desaprovada na medida em que tendesse a aumentar ou a diminuir o grau de

felicidade dos interessados. Como suposição, poder-se-ia pensar que uma perspectiva utilitarista aprovaria a limitação de acesso do Estado, caso isso gerasse uma maior eficiência para o Poder Judiciário e, conseqüentemente, um maior grau de felicidade geral para os jurisdicionados. O pragmatismo adotado nesta tese como metódica não possui instrumentos teóricos para, por si mesmo, responder se é adequado ou não (ou em que grau é) limitar o acesso do Estado ao Poder Judiciário. O pragmatismo não responde questões sobre qual é a conduta correta, mas sobre o sentido de determinada concepção.

Nota-se que a base teórica desta tese já impede que a simples observação da ineficiência gerada pela litigância excessiva das pessoas jurídicas de direito público seja utilizada como fundamento para a limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário. É necessário que a compreensão dos dados da realidade esteja dependente de uma concretização do programa normativo pertinente ao caso. Reforça-se que Müller (2013, p. 128) concebe que apenas os dados da realidade pertinentes em relação ao programa da norma podem ser introduzidos como elementos de decisão. Ademais, se a própria base teórica adotada, por si só, não dá suporte à possibilidade de limitar o Estado pela simples existência de ineficiência do Poder Judiciário, os resultados alcançados no processo de concretização do direito fundamental de acesso à justiça também caminham no mesmo sentido.

Na terceira seção desta tese, utilizaram-se os elementos de concretização *strictore sensu* (interpretação gramatical, genética, histórica, sistêmica e teleológica) para sustentar, entre outros aspectos, que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 possui um rol de titulares mais amplo que o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma que abarca, inclusive, a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesões a direitos de pessoas jurídicas de direito público.

O primeiro argumento utilizado para sustentar essa ideia é que, do ponto de vista dos efeitos práticos concebíveis (máxima pragmática de Charles Sanders Peirce) não existe diferença entre o direito de acesso ao Poder Judiciário reconhecido às pessoas jurídicas de direito público e aquele conferido às demais pessoas jurídicas e naturais. O segundo argumento é que a inafastabilidade do Poder Judiciário é utilizada, inclusive, para dar legitimidade extraordinária a entes despersonalizados, como também faculdade de provocar o Poder Judiciário naqueles conflitos interorgânicos, ou seja, decorrentes do descumprimento de leis no relacionamento entre órgãos de uma mesma pessoa jurídica de direito público.

Esse posicionamento foi reforçado pela análise do *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal em relação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Por exemplo, o julgamento acerca da impossibilidade de limitar o acesso da pessoa jurídica de direito público ao Poder Judiciário para promover a execução fiscal por conta do baixo valor econômico da causa, o voto da Min. Ellen Gracie (BRASIL, 2011d, p. 184-185) ilustrou esse raciocínio ao dizer que a ineficácia do Poder Judiciário exige seu aperfeiçoamento, não a limitação do direito de acesso do jurisdicionado.

Autorizar a limitação do acesso ao Poder Judiciário apenas com base na ineficiência do Poder Judiciário seria adotar posição utilitarista, em que o jurisdicionado interessado na quantia de pequeno valor deveria ser sacrificado para se atender o bem geral decorrente de diminuição de trabalho e de custo do Poder Judiciário. Apesar de ser uma medida, em tese, passível de aumentar a efetividade do processamento de demandas pelo Judiciário, essa hipótese não é compatível com o quadro geral de ideias da Constituição Federal e, mesmo que pudesse fortalecer uma das dimensões do direito fundamental de acesso à justiça, o faria em sacrifício de outras, como a função pedagógica da tutela jurisdicional.

Isso não significa que o excesso de demandas é um dado sem relevância do âmbito material do direito fundamental de acesso à justiça. Em várias situações, os ministros do Supremo Tribunal Federal demonstraram preocupação com o congestionamento do Poder Judiciário, como foi no caso do Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2015c, p. 15) ao declarar — no julgamento da inconstitucionalidade quanto à imposição de ônus financeiros para se acessar às turmas recursais — que há um esforço em se buscar medidas que limitem a judicialização excessiva. Outro exemplo foi o Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2007b, p. 1641), ao avaliar — no julgamento acerca desse mesmo tipo de ônus para se acessar a segunda instância do contencioso administrativo — que a exigência de depósito poderia aumentar o congestionamento do Poder Judiciário.

Tudo isso faz levar em consideração que a situação de sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário é causa de uma baixa eficiência na administração da justiça, mas não um fundamento de desjudicialização. Do ponto de vista pragmático (no sentido de Peirce), o excesso de demandas e o congestionamento do Poder Judiciário são compreendidos como os efeitos de uma utilização inadequada do direito fundamental de acesso à justiça, comportamento esse que precisa ceder em relação à normatividade concreta da Constituição Federal. Isso se coaduna com o que Müller (2009, p. 248) sustenta ao afirmar que os dados da realidade só são capazes

de participar no processo de concretização das normas jurídicas na medida em que são elementos contidos na normatividade jurídica do preceito que se está a analisar.

São os fundamentos constitucionalmente adequados decorrentes da normatividade concreta da Constituição que devem orientar a atuação dos operadores do direito para alterar a realidade de ineficiência do Poder Judiciário, não os princípios econômicos de eficiência. Em outras palavras, quer-se dizer que as limitações de acesso do Estado ao Poder Judiciário precisam se pautar em fundamentos constitucionalmente adequados, porque se trata de um direito fundamental, que não pode ser relativizado por motivos outros senão as próprias finalidades constitucionais.

Conforme visto no precedente do STF, o mero cálculo econômico não é o bastante para afastar o Poder Judiciário da apreciação das demandas propostas pelo Estado. No entanto, adiante, serão apresentadas as proposições sustentadas nesta tese como aptas a orientar uma desjudicialização dos conflitos envolvendo as pessoas jurídicas de direito público e que não impliquem violação ao direito fundamental de acesso à justiça, mas, ao contrário, auxiliem a efetivá-lo.

Já se adiantou que um dos comportamentos observados pelas pessoas jurídicas de direito público é a utilização do sistema recursal para negar a efetividade de direitos fundamentais. Esse comportamento representa verdadeiro abuso do direito de acesso ao Poder Judiciário, desvirtuando sua natureza de garantia na promoção de direitos fundamentais. Na terceira seção desta tese, apresentou-se a compreensão de Ferraz Júnior, Maranhão e Azevedo (2009, p. 21) de que uma das características que estimulam esse comportamento é ausência de limitações, ônus ou restrições significativas que o Estado tem para litigar. Assim sendo, a análise do *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal permite inferir que a não imposição de determinados ônus financeiros processuais às pessoas jurídicas de direito público é uma decisão política que tende a negar a retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça.

Dos 65 precedentes que compuseram a amostra de estudo selecionada, em nenhum outro grupo temático demonstrou-se um posicionamento tão consolidado quanto aquele relativo à cobrança de taxas e outros encargos financeiros exigidos processualmente para a provocação do Poder Judiciário. Esse grupo temático é composto por três tópicos, que se referem aos ônus financeiros decorrentes da utilização da tutela jurisdicional como um serviço público divisível, aos ônus

financeiros para a efetivação da jurisdição e aos ônus decorrentes da prestação de serviços privados. Resta observado, pelo *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal, que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nesse caso somado ao inciso LXXIV²¹⁶ desse mesmo artigo, impede a imposição de qualquer ônus financeiro para a provocação da jurisdição àqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

No entanto, também está consolidada a ideia de que, para aqueles que possuem esses recursos financeiros, não há óbices constitucionais à cobrança de taxas pelo serviço jurisdicional. No caso das pessoas jurídicas de direito público, observa-se que há uma prática legislativa de isentá-las do pagamento dessas taxas, conforme a Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, do Estado de São Paulo (2003)²¹⁷, por exemplo. No entanto, a medida não representa exigência constitucional, configurando simples decisão política da União e dos entes federados.

No caso das execuções fiscais, há precedentes da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017c; 2017d) que têm reconhecido a isenção das pessoas jurídicas de direito público por conta do art. 39²¹⁸ da Lei de Execuções Fiscais (BRASIL, 1980). Para os fins desta tese, não se questiona o mérito da interpretação dada por essa turma. Apenas mostra-se que a dispensa do pagamento desse tipo de ônus financeiro para a provocação da jurisdição por parte das pessoas jurídicas de direito público decorre exclusivamente de legislação infraconstitucional.

Essas isenções possuem como fundamento a discricionariedade do legislador infraconstitucional para regulamentar parte do direito de acesso ao Poder Judiciário. A prerrogativa da legislação infraconstitucional foi mencionada quando se analisaram, ainda na terceira seção, os entendimentos da Corte Interamericana e da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tais Cortes consideraram que a margem de discricionariedade da regulamentação do direito humano à proteção judicial encontra, como limites, a existência de interesse legítimo e da proporcionalidade da medida para se alcançar essa finalidade.

A ratificação desse comportamento no Supremo Tribunal Federal pode ser constatada quando se analisaram os precedentes sobre os prazos prescricionais e sobre a regulamentação de provas.

²¹⁶ “Art. 5º. [...] LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]” (BRASIL, 1988).

²¹⁷ “Art. 6º. A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária” (SÃO PAULO, 2003).

²¹⁸ “Art. 39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou prévio depósito” (BRASIL, 1980).

No primeiro caso, a Corte Constitucional brasileira considerou que a ausência de previsão expressa na Constituição Federal daria ao legislador infraconstitucional maior liberdade, o que também pode ser aplicado em relação ao pagamento de custas pela Fazenda. O mesmo ocorreu no julgamento da constitucionalidade de exigência de prova não exclusivamente testemunhal para obtenção de benefício por seringueiros, porque o constituinte outorgou ao legislador infraconstitucional a atribuição de realizar essa regulamentação.

No entanto, no âmbito material selecionado, a isenção de taxas e outros ônus financeiros para a provocação da jurisdição pelas pessoas jurídicas de direito público se soma a um comportamento inadequado de utilização do Poder Judiciário pelo Estado. Dessa forma, pode se sustentar como constitucionalmente adequada a utilização dos ônus financeiros para inibir o ajuizamento de demandas infundadas ou a resistência à pretensão legítima quando se tratar de pessoas de direito públicos.

Essa realidade de isenção cria uma situação de quebra de isonomia e não inibe que as pessoas jurídicas de direito público utilizem o Poder Judiciário temerariamente ou de modo perverso, como é o caso, por exemplo, quando o utilizam para negar direitos fundamentais, transferindo para o cidadão a necessidade de suportar a morosidade da tutela jurisdicional. Logo adiante se verá que a transferência de responsabilidades se dá pelo uso do Poder Judiciário como legitimador de certos atos administrativos, isentando, desse modo, o administrador das responsabilidades advindas da efetiva tomada de decisão. Isso faz com que questões que deveriam e poderiam ser solucionadas na esfera administrativa sejam judicializadas.

Em relação à segunda espécie de ônus financeiros (a exigência de depósito de quantia para a provocação da jurisdição), a questão se torna mais complexa porque se contrapõem, nesse caso, dois fundamentos que atuam de forma antagônica para o caso, identificados por ocasião da estruturação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a efetividade da tutela jurisdicional e o regime de pagamentos por precatório.

Antes de tratar propriamente dessa questão, é preciso lembrar que, durante a análise do comportamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, inferiu-se que o fundamento constitucionalmente adequado para a exigência de depósito é servir como garantia para a efetividade da jurisdição, ou seja, assegurar que, ao final do processo judicial, a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça não seja frustrada em decorrência da dificuldade de encontrar o bem da vida *sub judice* ou o correspondente em pecúnia.

Além de reforçar que tal exigência não pode ser aplicada àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, o comportamento jurisprudencial do STF também demonstrou que esse fundamento não é constitucionalmente adequado quando o processamento da causa se der perante órgãos do Poder Judiciário cujos princípios prezam pela simplicidade, como os Juizados Especiais, e quando se tratar da primeira instância, onde ocorre o primeiro acesso e o primeiro pronunciamento judicial.

Nos termos da base teórica desta tese, poder-se-ia dizer que a primeira instância merece um custo menor de acesso porque é onde se forma a primeira crença em relação à dúvida submetida ao Poder Judiciário. Os precedentes analisados demonstraram uma maior preocupação com a primeira instância, mas, como não houve uma elaboração mais densa desses parâmetros, não é possível aferir se a proteção deve ser dada apenas à primeira instância ou às instâncias de jurisdição ordinária como um todo, já que formam as fases em que ainda há valoração dos fatos do caso.

Independentemente dessa questão, lembra-se que, conforme os dados apresentados na quarta seção desta tese, pesquisa produzida por Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 21;70) demonstrou que não é o cidadão que abarrotava o Poder Judiciário, mas o Estado, principalmente na figura do Poder Executivo Federal. Quando se observam esses dados, reafirma-se a concepção de que o ordenamento jurídico infraconstitucional, à revelia do direito fundamental de acesso à justiça, tem deixado de utilizar os fundamentos constitucionalmente adequados para limitar o uso inadequado do Poder Judiciário pelas pessoas jurídicas de direito público. Isso fica mais evidente quando se observa que, além de isentar as pessoas jurídicas de direito público de taxas, também há a prática de isentá-las de realizar depósitos para o acesso às jurisdições superiores, como ocorre na seara trabalhista com o art. 1º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 779, de 21 de agosto de 1969²¹⁹. Dessa forma, diminui-se o custo da proposição de recursos infundados ou da resistência imotivada por parte dessas pessoas jurídicas.

Quando se declarou que a isenção de taxas dadas às pessoas jurídicas de direito público para a provocação judicial era uma simples decisão política, quis-se dizer que não existem parâmetros constitucionais que exijam essa isenção. Já no caso da exigência de depósito ou outros ônus a

²¹⁹ “Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: [...] IV – a dispensa do depósito para interposição de recurso; [...]” (BRASIL, 1969).

título de garantia, é preciso analisar como tais se comportam em relação ao regime de precatório previsto na Constituição Federal de 1988.

Quando se avaliou o comportamento jurisprudencial do STF em relação à constitucionalidade das leis que impediam a concessão de tutela provisória para a realização de pagamento de vantagens pecuniárias ou vencimentos de servidores públicos, notou-se que o argumento determinante, ilustrado no voto do Min. Sydney Sanches (BRASIL, 2014g, p. 50), foi de que o direito fundamental de acesso à justiça não poderia ser evocado para burlar o regime de pagamento por precatório constitucionalmente instituído.

Nesse ponto de vista, a exigência de garantias às pessoas jurídicas de direito público, mesmo se reconhecendo o fundamento constitucionalmente adequado de se prezar pela efetividade da tutela jurisdicional, esbarra no efeito constitucionalmente inadequado de burlar o sistema de pagamento por precatório, pois, mesmo se o Estado perdesse a causa, esse valor não poderia ser convertido em favor da parte contrária. Em contrapartida, poder-se-ia cogitar que, caso houvesse a exigência de garantia e o valor fosse convertido para o orçamento, destinado não para a parte contrária, mas exatamente ao pagamento de precatórios, estar-se-ia diante de uma regulamentação que se enquadraria aos parâmetros constitucionais estabelecidos em relação ao direito fundamental de acesso à justiça, inclusive fomentando-o. Embora não seja objeto desta tese fazer uma avaliação integral da constitucionalidade de tal medida, por exigir o estudo em relação às regras orçamentárias e outras exigências constitucionais que fogem a seu escopo, acredita-se que se estaria diante de uma proposição para incrementar o acesso à tutela efetiva.

Para as pessoas jurídicas de direito público, a instituição desse ônus financeiro não teria função idêntica àquela das demandas entre particulares, caso em que a garantia serve para evitar que se omita patrimônio ou que devedor se torne insolvente, realidade mais difícil de ocorrer com as pessoas jurídicas de direito público. Isso não significa, no entanto, que eventual imposição desse encargo deixe de fomentar a efetividade do processo. Ele o faria sob os dois aspectos mencionados: aumentaria o custo da utilização inadequada do Poder Judiciário para as pessoas jurídicas de direito público (seja ajuizando ações desnecessárias ou infundadas; seja resistindo a demandas legítimas da parte contrária) e, ainda, auxiliaria na destinação de verbas para pagamentos de precatórios que, conforme visto nos precedentes do STF, constituem elementos que interferem na efetividade da tutela jurisdicional.

A terceira e última espécie de ônus financeiros decorre daqueles serviços privados necessários à provocação ou à tramitação dos processos judiciais. Para as pessoas jurídicas de direito público essa questão não encerra maiores discussões por duas razões. A primeira é o fato do regime de contratação de seus advogados decorrer de concurso público e se realizar pelo regime estatutário, o que permite, para o Estado, que a contratação de serviços advocatícios não seja considerada despesa variável ou extraordinária. A segunda é da existência, na amostra de pesquisa selecionada, de precedente específico acerca da inconstitucionalidade das regulamentações que buscam afastar o pagamento de honorários sucumbenciais por parte das pessoas jurídicas de direito público, por violação ao direito fundamental de acesso à justiça.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o legislador infraconstitucional não pode afastar a condenação em honorários sucumbenciais quando o Estado for derrotado em processo judicial. Aliás, o Código de Processo Civil em vigor inovou em relação ao código revogado e tornou a sucumbência mais objetiva e onerosa para o Estado, o que reforça a possibilidade de se valer desses encargos como limites constitucionalmente adequados de desjudicialização, embora os efeitos dessa medidas ainda não possam ser analisados.

Com a estruturação que se tem da jurisprudência do STF e a aplicação dos resultados, alcançados nas seções anteriores, ao problema da litigância excessiva das pessoas jurídicas de direito público, demonstrou-se que os ônus financeiros para a provocação da jurisdição, com as considerações aqui apresentadas, podem ser utilizados como instrumentos legítimos de limitação de acesso do Estado ao Poder Judiciário sem, com isso, violar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Uma vez demonstrado que os resultados alcançados nesta tese propõem aumentar, dentro dos limites constitucionalmente adequados, os ônus financeiros das pessoas jurídicas de direito público para litigarem na esfera do Poder Judiciário, é preciso apresentar, também, que a advocacia pública, como uma classe profissional tecnicamente preparada, deve, à luz do direito fundamental de acesso à justiça, utilizar-se de suas prerrogativas para auxiliar na resolução de dois problemas enfrentados pela litigância das pessoas jurídicas de direito público: o ajuizamento de demandas desnecessárias ou o oferecimento de resistência imotivada pela via recursal e, ainda, a transferência de responsabilidade.

Ao longo desta tese, a advocacia foi um tema por diversas vezes trabalhado e, a partir da pesquisa realizada, é possível inferir que ela possui uma conexão direta com a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, confirmando-se que o constituinte foi preciso, ao disciplinar que se trata de uma classe profissional indispensável à correta administração da justiça.

Já na quarta seção, cuidou-se de apresentar dados que auxiliam na inferência de que a dimensão quantitativa da advocacia tem impacto em relação à taxa de litigância de uma sociedade e impacto em relação à de congestionamento do Poder Judiciário. Constatou-se, por exemplo, que os dados de pesquisa comparada realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (2011b) indicaram que, naqueles países em que o número de advogados era quinze vezes maior que o de magistrados, havia uma situação comum de alta taxa de congestionamento nos respectivos Poderes Judiciários. Além disso, apresentou-se, nessa seção, que a advocacia brasileira está regulamentada por um conjunto de normas de natureza ético-profissional que buscam resguardar a finalidade pública (múnus público) da atuação do profissional, incluindo-se deveres de prevenção à instauração de litígios e de compromisso com a desjudicialização.

Essa estreita relação entre a advocacia e o direito fundamental de acesso à justiça foi ratificada durante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca das funções essenciais à justiça. Na oportunidade, vislumbrou-se que uma das dimensões do direito fundamental de acesso à justiça é a exigência de um corpo qualificado de advogados disponíveis, motivo que fundamentou, por exemplo, a constitucionalidade do exame para admissão de bacharéis na Ordem dos Advogados do Brasil. No mesmo sentido, observaram-se aqueles precedentes em que o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação conforme a Constituição sobre a regulamentação das prerrogativas dos membros daquelas classes profissionais que representam funções essenciais à justiça. Eles demonstraram que esses profissionais também devem ter sua atuação pautada na retroalimentação do direito fundamental de acesso à justiça.

Sob esses pressupostos, percebe-se que a advocacia é detentora de capacidade técnica para assumir responsabilidades. Isso, no caso das pessoas jurídicas de direito público, tem uma dupla importância baseada nos elementos examinados ao longo desta tese. A primeira decorre da possibilidade de atuação da advocacia pública contra abuso do sistema recursal como forma de controle de fluxo de caixa pela condenação em massa à prestação de direitos sociais, já mencionada. Essa classe está em posição estratégica para orientar a não resistência aos posicionados consolidados pelo Poder Judiciário. O comportamento de continuar submetendo

às cortes superiores matérias já resolvidas enfatiza o abuso do uso do Poder Judiciário e demonstra a feição de um Estado com resquícios autoritários, que não atua no direito conforme uma “cultura jurídica humanista”, para se utilizar da expressão de Fabríz (1999, p. 242).

Além disso, a advocacia pública tem importante função na prevenção de transferência ao Poder Judiciário de matérias típicas da administração, seja decorrente da má execução de políticas públicas, seja decorrente do ajuizamento de ações de execução fiscal. Os argumentos de Falcão (2008, p. 257), utilizados na quarta seção desta tese, lembram que a utilização do Poder Judiciário para burlar as regras prescricionais, independentemente da probabilidade de sucesso da execução fiscal, representa verdadeiro abuso do direito de acesso ao Poder Judiciário e, atualmente, com o maior rigor do Código de Processo Civil, também o potencial de levar o Estado a sucumbências de valores vultosos, cujos recursos, já escassos, faltam na concretização dos direitos sociais.

Realizada a avaliação de que a advocacia pública tem um papel importante na mitigação dos problemas decorrentes da transferência de responsabilidade e do ajuizamento de recursos e demandas desnecessárias, pode-se tratar da quarta conclusão verificada nesta tese, que se refere ao fato de o Poder Judiciário, a partir da observação da jurisprudência, ter servido como uma barreira a uma das dimensões da litigância habitual das pessoas jurídicas de direito público: o interesse e a capacidade de interferir, a seu favor, no processo legislativo.

Na quarta seção desta tese, discutiu-se a teoria de Marc Galanter (1974) sobre as vantagens competitivas dos litigantes habituais e se fez o enquadramento do Estado como um exemplo privilegiado desse tipo de litigante. Em resumo, descreveu-se o litigante habitual como aquele que, por possuir recursos para suportar os ônus processuais e um grande quantitativo de ações judiciais contra si, pode pensar em estratégias a longo prazo, bem como ganhar em uma economia de escala com a administração desse contencioso. No caso das pessoas jurídicas de direito público brasileiras, notou-se, conforme apresentado no tópico anterior, que há uma prática de isentá-las de certos custos de litigância, dispensando-as de taxas e depósitos, além de contarem com um sistema especial de pagamento em caso de condenação e com um corpo de advogados permanentes contratados em regime estatutário.

Entre essas vantagens da litigância habitual, nenhuma ficou tão evidente quanto a capacidade de as pessoas jurídicas de direito público interferirem no processo legiferante a seu favor. Quando foram apresentadas pesquisas que buscavam inferir a correção da teoria de Galanter,

explicou-se que Kritzer (2003, p. 351) defendeu que, somada a todas as vantagens já existentes para os litigantes habituais, a litigância habitual do Estado ainda conta com a vantagem da forte capacidade de influenciar na elaboração das leis. Esse aspecto da teoria de Kritzer (2003, p. 351) merece ser destacado porque, ao se analisar o comportamento jurisprudencial do STF, pode-se observar indícios dessa vantagem, própria das pessoas jurídicas de direito público.

Entre os acórdãos analisados, constata-se a participação do Poder Judiciário no controle judicial de emendas constitucionais que buscam facilitar as condições de pagamento dos precatórios, leis que exigem depósito para se questionar débitos com o INSS, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, e extensão das prerrogativas processuais dos advogados públicos aos juizados especiais. Esses precedentes têm em comum o fato de tratarem do Poder Judiciário resguardando o direito fundamental de acesso à justiça dos demais jurisdicionados frente à influência do Estado no processo legislativo e, conseqüentemente, sua capacidade de instituir para si vantagens competitivas no processo judicial por meio da legislação.

Ilustra essa situação trecho do julgamento do STF sobre a decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, relatado pelo Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2012a, p. 3), quando se discutiu a inconstitucionalidade da dispensa de honorários nas ações que envolvessem o FGTS. No trecho da decisão, explica-se que a mudança legal para disciplinar a dispensa do pagamento de honorários serviria apenas para diminuir os custos de resistir à efetivação de direito já reconhecido pelo Poder Judiciário.

Essa situação enseja outra questão, que é a necessidade de se avaliar o âmbito normativo resultante das prerrogativas processuais dadas às pessoas jurídicas de direito público. O Código de Processo Civil, promulgado em 2015 (BRASIL, 2015a), manteve, em seu art. 183²²⁰ (e em outros dispositivos²²¹), prerrogativas tradicionalmente dadas às pessoas jurídicas de direito público, como o prazo em dobro para as manifestações, a intimação pessoal etc.

Tais discriminações, em regra, são fundamentadas com base em um tratamento equitativo entre litigantes que possuem capacidades diferentes de atuação. No entanto, conforme ilustrado pelo Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2014h, p. 49), durante o julgamento pela inconstitucionalidade

²²⁰ “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal” (BRASIL, 2015a).

²²¹ Outro exemplo é o duplo grau de jurisdição obrigatório, disciplinado no art. 496 do Código de Processo Civil da seguinte forma: “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” (BRASIL, 2015a).

da aplicação da prerrogativa da intimação pessoal dos procuradores federais nos Juizados Especiais, o Estado não possui o mesmo déficit na defesa de seus interesses, como existia antes do regime de 1988, mas conta com um grupo altamente qualificado de advogados com a função exclusiva de defendê-lo. Em decorrência de não se ter encontrado nas fontes de dados pesquisadas informações sobre a influência das prerrogativas dos advogados públicos na efetividade ou tramitação dos processos judiciais, não se pode, nesta tese, se aprofundar no âmbito normativo em que se inserem esses privilégios processuais.

No entanto, a partir dos resultados aqui alcançados, pode-se concluir que tais prerrogativas só encontram amparo constitucional se for vislumbrada, como efeito prático de sua utilização, uma equiparação de forças entre litigantes, visando-se, assim, a uma isonomia real entre as partes. Caso contrário, essas prerrogativas violam a necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça, dando vantagens normativas àquela classe de jurisdicionado que já conta com vantagens estratégicas da litigância habitual, embora indevidas. Essa avaliação só pode ser realizada com novas pesquisas direcionadas especificamente a esse objeto, confirmando, novamente, que a concretização do direito fundamental de acesso à justiça está vinculada materialmente ao seu âmbito normativo.

A quinta conclusão a que se chega nesta tese é de que a uniformização do posicionamento jurisprudencial e a necessidade de retroalimentação entre o direito fundamental de acesso à justiça e o direito de acesso ao Poder Judiciário devem ser utilizadas pelo Poder Judiciário no cumprimento do dever de conceder tutela específica e apta à solução do tipo de conflito de que se está a tratar. Assim, em litígios que representam demandas repetitivas ou violações sistemáticas a direitos fundamentais, o Poder Judiciário não pode ignorar sua função de guardião da Constituição nem oferecer uma resposta insuficiente à sociedade.

Na terceira seção desta tese, os elementos de concretização *strictore sensu* levaram ao resultado de que a formulação linguística do direito fundamental de acesso à justiça, na forma de “a lei não excluirá”, se difere daquela utilizada em documentos internacionais e constituições estrangeiras. No plano internacional e estrangeiro, o direito fundamental de acesso à justiça é comumente enfatizado segundo a fórmula de um direito à proteção judicial. Já no caso brasileiro, esse direito fundamental é positivado conforme uma fórmula de inafastabilidade da jurisdição.

Explicou-se, com base no elemento de concretização histórico, que essa diferenciação decorre da peculiaridade da experiência do constitucionalismo brasileiro em utilizar essa formulação como uma resposta a períodos autoritários, cujos exemplos são a reação ao art. 94 da Constituição de 1937, que disciplinava a proibição de submissão de questão exclusivamente política ao Poder Judiciário, e à Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que criou, para o regime anterior à Constituição de 1988, a jurisdição condicionada.

No mesmo contexto, fez-se uso da interpretação sistemática e das pré-compreensões que permitem identificar os sentidos atribuíveis ao enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (elemento de concretização gramatical), para se demonstrar que há uma conexão entre esse dispositivo constitucional e o princípio da separação dos poderes. Utilizou-se, inclusive, dos ensinamentos de José Afonso da Silva para tanto. Tudo isso auxiliou na formulação da hipótese de trabalho sobre um dos sentidos do direito fundamental de acesso à justiça, compreendendo-o também como a prerrogativa do Poder Judiciário de garantir o princípio da separação dos poderes.

Mais uma vez sob o ponto de vista histórico, explicou-se que essa correlação entre a inafastabilidade da jurisdição e a separação dos poderes faz parte do processo de afirmação da doutrina das questões políticas, concepção de influência norte-americana, a qual considera que o Poder Judiciário tem aptidão para controlar atos dos Poderes Executivo e Legislativo quando eles envolverem violações a direitos individuais. Os resultados alcançados por ocasião da formulação das hipóteses do programa normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 puderam ser reforçados pela observação do *modus operandi* do STF ao concretizar esse enunciado constitucional em casos em que se pleiteava o controle de atos dos demais Poderes.

Ilustra bem esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal o voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Segurança nº. 25.579 (BRASIL, 2007a), quando expressou o relacionamento entre o direito fundamental de acesso à justiça e a separação dos poderes. Rememora-se que o Ministro sustenta que, da mesma forma que o Poder Judiciário não pode ser limitado nas suas funções constitucionais pelos demais Poderes, ele também tem o dever de cuidar daquelas matérias que extrapolem a dimensão política e invadam a esfera dos direitos fundamentais (BRASIL, 2007a, p. 423).

Esse e outros posicionamentos do STF, já estruturados, demonstram que, por um lado, a separação dos poderes proíbe que o Poder Judiciário substitua os demais em seus atos administrativos e legiferantes. Apesar disso, por outro lado, a separação dos poderes, à luz do direito fundamental de acesso à justiça, exige que o Poder Judiciário interfira sempre que, em seus atos, os Poderes Legislativo ou Executivo firam direitos fundamentais. Uma das consequências desse raciocínio é que o Poder Judiciário está apto para interferir nas políticas públicas cuja má execução esteja gerando violações a direitos. Isso foi, inclusive, confirmado pela análise da jurisprudência do STF, em que se pode destacar os precedentes sobre a possibilidade de interferência do Poder Judiciário no sistema carcerário, por exemplo.

Em um deles, declarou-se a constitucionalidade das decisões judiciais que interferiam pontualmente na atividade administrativa e ordenavam ao Poder Executivo a realização de obras emergenciais em estabelecimentos carcerários. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal reformou decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que considerou que, apesar de reconhecer as condições de violações a direitos humanos em estabelecimento carcerário, o Poder Judiciário não poderia exigir a realização de obras emergenciais, posto que invadiria a esfera da administração e violaria, conseqüentemente, o princípio da separação dos poderes. A decisão do STF de reformar esse posicionamento confirma que o acesso ao Poder Judiciário é, sobretudo, uma garantia das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Apesar desse efeito positivo, outras consequências negativas são geradas com o controle judicial de políticas públicas.

O primeiro efeito colateral é a litigância de massa contra as pessoas jurídicas de direito público, já que, em regra, a má execução de políticas públicas alcança grandes contingentes populacionais, que passam a necessitar da intervenção judicial para serem atendidos. O segundo efeito colateral é a transferência de responsabilidade da efetivação dessas políticas públicas para o Poder Judiciário, conforme observada na quarta seção desta tese. No caso do sistema carcerário, por exemplo, a decisão do STF pode provocar a judicialização, por presos ou outros legitimados extraordinários, na busca de efetivação dos direitos a eles inerentes.

No mesmo sentido, a obrigatoriedade de realização de obras desse tipo por meio de decisão judicial pode gerar, como efeito colateral, uma dependência, por parte do administrador, de comando judicial para que, somente após isso, ele tome as medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais dos detentos. Não se olvida que o administrador deixa de tomar certas

decisões para evitar eventuais responsabilidades decorrentes do agir, sendo-lhe mais seguro fazer só quando em cumprimento à ordem judicial que o respalde.

Além disso, quando se discutiu a teoria de Galanter sobre as vantagens competitivas dos litigantes habituais, apresentou-se comentário de Talesh (2004, p. v), ao explicar que parte do uso abusivo do Poder Judiciário pelos litigantes habituais está em realizar aquelas concessões que atendem parcialmente os ofendidos, mas não exigem mudanças nas práticas organizacionais. Nesse contexto, observa-se que é preciso que a intervenção judicial não represente apenas a concessão de paliativos ocasionais, mas seja capaz de impor às pessoas jurídicas de direito público alterações estruturais em seu comportamento, na forma da necessidade de retroalimentação entre acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça.

Ao se analisar os precedentes sobre ações que envolviam pedidos de paralisação de demandas repetitivas, demonstrou-se que o Min. Marco Aurélio foi vencido ao defender que o direito de acesso à justiça impediria que um processo fosse sobrestado desde sua origem. Ao contrário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sobrestamento poderia ser utilizado como mecanismo de promoção do acesso à justiça, porquanto apto a evitar respostas contraditórias do Poder Judiciário e, conseqüentemente, estimular a segurança jurídica.

Apesar desse julgado já representar uma postura do Poder Judiciário na busca por uma tutela efetiva que previna a litigância em massa, cabe ressaltar, também, o julgado em relação a violações sistemáticas de direitos fundamentais no sistema carcerário, em que o STF realizou uma declaração de “estado de coisas inconstitucional”. Essa técnica, derivada da experiência do constitucionalismo colombiano, representa uma adequação da tutela à peculiaridade de litígios estruturais, termo utilizado pelo Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2016c, p. 29) para o caso em que a violação a direitos fundamentais só se cessa quando ocorrem correções institucionais e estruturais envolvendo diversos agentes.

Intervenção dessa monta em políticas públicas foi considerada possível, pela análise da jurisprudência do STF, diferenciando-se, entretanto, do precedente em relação às obras emergenciais porque, na declaração de um “estado de coisas constitucional”, reconhece-se que a mera tutela individual não será capaz de cessar uma violação estrutural e sistemática a direitos fundamentais. Como apresentado, um exemplo da utilização dessa técnica, no constitucionalismo colombiano, foi a condenação do Estado à adoção de técnicas de racionalidade dos procedimentos de reconhecimento e revisão de direitos previdenciários e,

para além disso, ainda se atribuiu a responsabilidade ao “Procurador Geral da Nação” e ao “Controlador Geral da República” de acompanhar a adoção das medidas.

A técnica do “estado de coisas inconstitucional” possui duas vantagens em relação à forma tradicional de prestação jurisdicional. Primeiro, produz um posicionamento coerente e único sobre uma questão geral de violação de direitos fundamentais, evitando a proliferação de demandas judiciais. Portanto, é uma maneira de se retirar o Estado do polo passivo de milhares de ações. Segundo, apesar de parecer ser uma interferência mais brusca nas atividades da administração pública, ela devolve a responsabilidade de efetivação das medidas aos gestores públicos e aos demais órgãos de controle, impedindo a transferência de responsabilidades para o Poder Judiciário, como antes aludida.

Desse modo, ela se diferencia da tutela tradicional. No conflito individualizado, o comando judicial submete o administrador a uma conduta específica, blindando-o quanto a responsabilizações a que estaria sujeito se tomadas as decisões por ação própria. Já na técnica do “estado de coisas inconstitucional” são estipuladas finalidades ou metas pelo Poder Judiciário, que o administrador precisa alcançar como cumprimento da decisão judicial e parte de sua atividade administrativa. Lembra-se, nesse sentido, parecer do Banco Mundial (2004, p. 135) ao concluir que a interferência do Poder Judiciário na correção individual de violações a direitos humanos é menos efetiva que aquela que força o administrador a ter um comportamento constitucionalmente adequado.

O que se verifica nesse comportamento judicial, à luz dos resultados alcançados nesta tese, é que a técnica do “estado de coisas inconstitucional” se enquadra na necessidade de retroalimentação do direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça. Para além disso, o caso demonstra que uma das dimensões do direito fundamental de acesso à justiça é a proteção efetiva dos direitos fundamentais, o que pode ser feito em caráter geral, evitando-se milhares de litígios individuais e transferência das responsabilidades primárias dos demais poderes estatais.

Para os fins dessa tese, a proteção efetiva dos direitos fundamentais, que tem o mesmo significado da hipótese de necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça, atua como fundamento constitucional para limitar o comportamento do Estado de transferir a responsabilidade no cumprimento de

direitos fundamentais ao Poder Judiciário, bem como utilizá-lo (o Poder Judiciário) para resistir à efetivação desses direitos.

Portanto, resumidamente, a técnica do “estado de coisas inconstitucional” surge como uma possibilidade de ampliar a efetividade da tutela jurisdicional e reforçar a necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça, prevenindo a judicialização de demandas repetitivas e a transferência de responsabilidade da Administração.

Outro problema identificado no âmbito normativo do direito fundamental de acesso à justiça em relação às pessoas jurídicas de direito público foi a inefetividade da execução fiscal como método de cobrança de tributos. Nesse sentido, a sexta conclusão desta tese é que a liberalidade, a prevenção de duplicidade de instância e a atribuição do Poder Judiciário de fiscalizar a efetividade do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos são fundamentos constitucionalmente adequados para justificar a desjudicialização da execução fiscal.

Trata-se de uma das classes de processos que mais desafia a necessidade de retroalimentação entre direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça. Ela é desvantajosa para o Estado, porque ele está no polo ativo da demanda e não está na posse do objeto litigioso (o tributo), de forma que é o contribuinte inadimplente que se beneficia do congestionamento e da morosidade do Poder Judiciário. Além disso, como o crédito tributário está pulverizado em milhões de ações movidas em face de contribuintes inadimplentes, a incapacidade de cobrar adequadamente a todos faz com que o Estado tenda a concentrar esforços na cobrança daqueles com mais chance de êxito. Ao menos isso, se adotado, mitigaria a ineficiência arrecadatória, mas não resolveria o problema do congestionamento do Poder Judiciário e a morosidade que disso resulta.

Na quarta seção desta tese, apresentaram-se os dados do âmbito normativo pertinente à execução fiscal, resumindo-os em três aspectos. O primeiro decorre da observação de que as medidas de aumento da capacidade de processamento das execuções fiscais pelo Poder Judiciário não surtiram efeitos significativos na redução do tempo de tramitação. O segundo aspecto tratado foi o “sistema de duplicidade de instâncias”, característica assim denominada por pesquisadores da UFRGS (SOUZA JÚNIOR et al., 2011, p. 20) para explicitar a falta de entrosamento entre as esferas administrativa e judicial, gerando uma necessidade de repetição

de procedimentos. O terceiro aspecto, decorrente do segundo, é a existência de uma falsa concepção de que a lei impõe uma “judicialização obrigatória”, quando, na verdade, apenas proíbe a desídia na cobrança do tributo, que pode ser feita por outra forma mais eficiente, sem ofensa ao princípio da legalidade, que norteia os atos da Administração Pública.

Esses três elementos auxiliam a explicar porque são observados dados alarmantes em relação à não efetividade da execução fiscal. Rememora-se, por exemplo, que, conforme o Conselho Nacional de Justiça (2017a, p. 63), 75% das execuções que não foram baixadas são fiscais e a sua taxa de congestionamento foi superior a 90%. A demonstração de que as reformas, como virtualização dos autos, instituição de instrumentos de penhora *online* ou especialização das varas, por exemplo, não tiveram como efeito uma diminuição no tempo médio de tramitação dos processos, levou à inferência de que as medidas de aumento da capacidade de processamento pelo Poder Judiciário são insuficientes para resolver o problema da morosidade nessa classe processual.

Sob esse ponto de vista, os resultados alcançados, como a formulação do programa normativo do direito fundamental de acesso à justiça e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal precisam ser aplicados com a finalidade de se entender sob quais parâmetros é possível realizar a desjudicialização da execução fiscal, sem que isso gere a violação ao direito fundamental de acesso à justiça.

No início desta seção já se fez menção ao precedente sobre a inconstitucionalidade de limitação do direito de acesso das pessoas jurídicas de direito público em decorrência de se tratar de execução fiscal de pequeno valor. Esse precedente também encontra pertinência neste tópico, já que alude à possibilidade de limitação do acesso do Estado ao Poder Judiciário por meio da liberalidade.

Isso porque, conforme visto no precedente em questão, um dos argumentos utilizados para declarar a inconstitucionalidade da restrição de execução de pequeno valor está no fato da inexistência de lei específica, promulgada pelo ente político detentor do crédito tributário, eximindo-o da cobrança dessas dívidas pela execução fiscal (BRASIL, 2011d, p. 181). Em sentido contrário, havendo lei em que se estabeleça a dispensa, tomada a legislação como manifestação da vontade do detentor do crédito fiscal, problema algum de constitucionalidade haverá. Aliás, é notória a existência de várias leis nesse sentido.

Quando se avaliou a jurisprudência do STF em relação à hipótese de trabalho que estabelecia a necessidade de retroalimentação entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça, observou-se que a liberalidade de não exercer o direito de acesso ao Poder Judiciário pode ser fundamento constitucionalmente adequado para a não provocação da jurisdição estatal. No conjunto de precedentes analisados (que se referiram à constitucionalidade da renúncia à repetição de indébito para acesso ao regime tributário mais benéfico, à constitucionalidade de cláusula arbitral e à inconstitucionalidade de renúncia a questionamento judicial de sanções penais em acordo de delação premiada), observou-se o tratamento do direito fundamental de acesso à justiça como uma garantia do jurisdicionado, não uma obrigação.

Além disso, aferiu-se que a impossibilidade da utilização da liberalidade como fundamento constitucionalmente adequado está naquelas relações jurídicas que versarem sobre direitos indisponíveis e naquelas situações em que se não se observar uma relação sinalagmática ou, ainda, nos casos em que não for livre a manifestação de não exercício do direito de acesso. Essa abdicação não pode ocorrer por coerção, por exemplo. A questão que surge para as pessoas jurídicas de direito público na execução fiscal é a concepção, identificada no âmbito normativo, de que a judicialização da cobrança tributária é obrigatória, tendo em vista que se trataria de um procedimento impositivo e um crédito cujo direito é indisponível.

No entanto, como já sustentado na quarta seção desta tese, o ordenamento jurídico considera que é obrigatório o ato de cobrança do crédito tributário, não necessariamente a cobrança judicial. Nesse sentido, a liberalidade, que, para as pessoas jurídicas de direito público, só pode se manifestada pela lei, pode fundamentar o não exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, para viabilizar as cobranças extrajudiciais, auxiliadas, por exemplo, por meios de coerção legítima, tais quais o protesto da Certidão de Dívida Ativa ou o não fornecimento de Certidão Negativa de Débito.

Percebe-se, então, que a liberalidade (expressa pela lei) é um fundamento constitucionalmente adequado para que as pessoas jurídicas de direito público deixem de exercer o direito de acesso ao Poder Judiciário e apto a justificar a cobrança do crédito tributário por meios extrajudiciais. Apesar disso, os métodos atuais de cobrança extrajudicial de tributos não são um substituto perfeito para a execução fiscal, já que neles não há possibilidade de constrição patrimonial do contribuinte. Assim, por mais que a liberalidade seja um fundamento constitucionalmente adequado para legitimar os métodos extrajudiciais de cobrança de crédito tributário, ela não

está apta para superar o problema da inefetividade do processo de execução fiscal, ainda necessária naqueles casos em que os métodos extrajudiciais não surtirem efeito. Um dos principais problemas identificados em relação à inefetividade da execução fiscal, quando analisada na quarta seção, foi a falta de diálogo entre a instância administrativa e a judicial de cobrança.

Na análise da jurisprudência do STF, foi possível confirmar a hipótese de trabalho de que o direito fundamental de acesso à justiça concede ao Poder Judiciário a atribuição para resguardar a efetividade do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos e validar ou invalidar atos dos demais poderes. Especificamente na relação entre o Poder Judiciário e o contencioso administrativo, o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal demonstrou que existe uma sobreposição dessas esferas, que foi utilizada como argumento para justificar a limitação de acesso ao contencioso administrativo. Em outras palavras, obistou-se a instância administrativa quando já judicializada a questão, o que também estrutura a ideia de prevenção de duplicidade como fundamento constitucionalmente adequado para restringir o acesso a determinados fóruns de resolução de conflitos.

No mesmo sentido, os precedentes que relacionam o contencioso administrativo e judicial demonstraram preocupação de que houvesse uma harmonia entre eles, de forma que a sobreposição judicial não representasse uma dispensabilidade do contencioso administrativo. É o caso, por exemplo, da constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo para a provocação judicial para se pleitear direitos previdenciários sujeitos a requerimento do interessado.

No caso da execução fiscal, essa mesma estruturação pode ser utilizada para fundamentar medidas constitucionalmente adequadas de desjudicialização, já que se deixa de aproveitar, do contencioso administrativo, procedimentos realizados com a observância ao devido processo legal e sua materialização por meio do exercício da efetiva ampla defesa e do contraditório na instância administrativa. Os precedentes analisados reforçam a ideia de que, na função de controle dos atos dos demais poderes e efetivação do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos, pode-se ancorar medidas de desjudicialização que não violem o direito fundamental de acesso à justiça.

Na estruturação da jurisprudência do STF, não se encontrou óbice ao direito fundamental de acesso à justiça decorrente da unificação de procedimentos que representam os grandes gargalos

da execução fiscal, como a citação, por exemplo, ou a antecipação dos argumentos de defesa do devedor e, de resto, todas as fases procedimentais até a penhora. A ressalva está exatamente nos atos de expropriação de patrimônio. No precedente que tratou da retenção de parcelas salariais de servidor público pela Câmara dos Deputados em decorrência de sanção administrativa e responsabilidade civil, o Poder Judiciário só fez controle no que tange ao segundo. Nesse precedente, o Min. Maurício Corrêa (BRASIL, 2004a, p. 59; 61) considera que é constitucional a legislação que torna possível à Administração executar, por conta própria, a suspensão convertida em multa. Por outro lado, no que tange à indenização, o Ministro considerou que o desconto em folha sem a permissão do devedor seria uma violação ao devido processo legal. Assim, sustenta que essa autoapreensão encontra limites na competência da Administração que, para o caso, seriam as sanções de natureza administrativa.

O problema que envolve esse precedente é que, apesar de alegado pelo autor a violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o plenário pouco se debruçou sobre ele. Além disso, ao interpretar o sentido do devido processo legal, os ministros se ativeram à forma da lei. Assim, não houve a sustentação explícita de que a lei infraconstitucional não poderia regulamentar a autoexecutoriedade de outros atos da Administração. Por um lado, o resultado do julgamento foi a decisão pela impossibilidade de apreensão de valores a título de indenização com fundamento na violação ao devido processo legal. Por outro lado, a avaliação sobre essa violação depende muito da análise da lei infraconstitucional, o que leva à inferência de que a lei poderia ampliar as situações em que a Administração teria essa capacidade de autoexecutar.

Independentemente dessa questão, os resultados alcançados não demonstram nenhum obstáculo a tornar o procedimento (que atualmente se desenvolve na execução fiscal judicial) único e complexo, em que haveria a participação dos dois poderes. Uma outra prescrição seria no sentido de o Poder Executivo demandar apenas a autorização do Poder Judiciário para a prática daqueles atos de alienação patrimonial, chegando à esfera judicial com todo o restante preparado, sob a observação do devido processo legal. Ao particular, ficaria reservada a porta judicial para eventuais impugnações.

Nesse modelo, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 permitiria a utilização da prevenção de duplicidade de instâncias como um fundamento constitucionalmente adequado para a desjudicialização dos processos de execução fiscal, que representam quase 30% das ações que tramitam no Poder Judiciário.

Reprisando que a discricionariedade do legislador infraconstitucional para regulamentar o art. 5º, inciso XXXV, encontra como limite apenas fundamentos constitucionalmente inadequados, é possível que a prevenção de duplicidade de instância e a atribuição do Poder Judiciário para controlar a efetivação do devido processo legal em outros fóruns de resolução de conflitos sirvam como argumentos constitucionais para desjudicializar a execução fiscal.

Avaliando-se as conclusões alcançadas nesta tese, pode-se reafirmar aquela crítica, realizada à guisa de introdução, ao pensamento do herói mitológico Teseu. Não bastam que as leis estejam escritas para que ricos e pobres, fracos e poderosos, pequenos e grandes tenham uma justiça igual. É necessário, também, a existência de um sistema de justiça comprometido em tornar essa promessa de igualdade uma realidade.

A pesquisa realizada mostrou, nesse sentido, que um sistema de justiça que se comprometa com uma aplicação equânime das leis precisa, primeiramente, reconhecer que não existe instituição que seja capaz de resolver todos os potenciais conflitos de uma sociedade complexa como é a brasileira, de forma que é preciso avaliar quais serão as prioridades do Poder Judiciário e o que pode ser constitucionalmente compartilhado com os outros poderes estatais e com a sociedade.

A ausência de prioridades e a concepção de que o acesso à justiça consiste em um irrestrito acesso ao Poder Judiciário, para todas as pessoas e todo o tipo de matéria, têm gerado efeitos perversos em seu desempenho, de forma que alguns litigantes colonizam e usam desigualmente a estrutura judiciária. A morosidade do Poder Judiciário não é um dado que prejudica a todos os jurisdicionados, nem que os prejudica de forma similar. Em regra, ela prejudica o cidadão, que se utiliza do Poder Judiciário eventualmente, e beneficia aqueles que sistematicamente violam direitos, como o Estado. Além disso, os privilégios processuais das pessoas jurídicas de direito público se mostram como uma aplicação invertida da regra de equidade, em que se atribui vantagens normativas àquelas pessoas que já se valem da litigância habitual.

Assim é que urge recolocar o direito de acesso à justiça no seu local de origem, como uma garantia contra o arbítrio e a omissão violadora de direitos fundamentais, bem como colocar a pessoa humana em seu local de direito, como autora e destinatária das promessas de justiça constitucionalmente consagradas.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. **Processo civil ambiental**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- APEL, Karl-Otto. **La transformación de la filosofía**. 2. ed. Madrid: Taurus Ediciones, 1985.
- ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; ALVES, André Zampieri. A resistência ao pagamento de tributos no Brasil: uma breve análise histórica e humanística. In.: BOMBASSARO, Luiz Carlos; DAL RI JÚNIOR, Arno; PAVIANI, Jayme (Org.). **As interfaces do humanismo latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- BANCO MUNDIAL. **Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil**. Relatório n. 32789-BR. Unidade de Redução da Pobreza e Gestão Econômica América Latina e Caribe, 2004.
- BARROS, Humberto Gomes de. **Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de presidente de STJ**. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASILE, Juliano. Em 2013, pela primeira vez, União ganha mais do que perde em decisões na justiça. Mais notícias da AGU. **Valor Econômico**, 15 maio 2014. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/noticia-publicada-no-jornal-valor-economico-em-2013-pela-primeira-vez-uniao-ganha-mais-do-que-perde-em-decisoes-na-justica>>. Acesso em: 1 fev. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTHAM, Jeremías. **Deontologia ó ciencia de la moral.** t. 1. Méjico: Libreria de Galvan, 1836.

BENTHAM, Jeremy. **Princípios da moral e da legislação.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Estrutural do direito de Friedrich Müller. In.: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 300.** 1892. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, 1934.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, 1946.

_____. **Decreto-Lei nº 779**, de 21 de agosto de 1969. Dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0779.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

_____. **Emenda Constitucional nº 7**, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, 1977.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1980.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, nº 191-A, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 7.986, de 28 de dezembro de 1989. Regulamenta a concessão do benefício previsto no art. 54 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Com alterações dadas pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998. **Diário Oficial da União**, 29 dez. 1989.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 14 maio 1990.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 26 jul. 1991.

_____. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. 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 dá outras providências. Brasília, 1992a.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992b.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jul. 1994a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.074 DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 30 de junho de 1994. **Diário da Justiça**, 23 set. 1994b.

_____. Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 16 mar. 1994c.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 set. 1995.

_____. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3 DF. Impetrante: Jandira Feghali e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 de maio de 1996. **Diário da Justiça**, 6 jun. 1997a.

_____. Medida Provisória nº 1.597, de 10 de novembro de 1997. Dispõe sobre recursos não reclamados correspondentes às contas de depósitos não recadastrados, e dá outras providências. Convertida na Lei nº 9.526, de 8 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 nov. 1997b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.651 PB. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado da Paraíba. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 15 abril de 1998. **Diário da Justiça**, 11 set. 1998a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Governador do Estado de Alagoas. Relator: Min. Ilmar Galvão. **Diário da Justiça**, 23 out. 1998b.

_____. **Emenda Constitucional nº 22**, de 18 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102 e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. Brasília, 1999.

_____. **Lei complementar nº101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.807-4. Relator Min. Octavio Gallotti, de 30 de maio de 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**. 18 ago. 2000b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 948 GO. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e outros. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 9 de novembro de 1995. **Diário da Justiça**, 17 mar. 2000c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.882 DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 16 de dezembro de 1998. **Diário da Justiça**, 01 set. 2000d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.772 MG. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 15 de abril de 1998. **Diário da Justiça**, 8 set. 2000e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 194.657 RS. Recorrente: Clécio Ferraz Fernandes Becker. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 4 de outubro de 2001. **Diário da Justiça**, 14 dez. 2001a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.800 MS. Agravante: Instituto Socioambiental. Agravado: Ana Valéria Araújo Leitão e outros.

Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 29 de junho de 2001. **Diário da Justiça**, 24 ago. 2001b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Mandado de Segurança nº 22.472. Impetrante: Telma Gomes de Melo. Impetrado: Câmara Municipal de Colônia Leopoldina. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de março de 1996. **Diário da Justiça**, 23 mar. 2001c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, 6 de outubro de 1994. **Diário da Justiça**, 29 jun. 2001d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.891. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1999. **Diário da Justiça**, 8 nov. 2002a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.917 AP. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Eugênio Carlos Santos Fonseca. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de julho de 2002. **Diário da Justiça**, 16 ago. 2002b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 722. São de competência da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento. Brasília, 26 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**, 9 dez. 2003a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.234. Agravante: Partido Social Liberal. Agravado: Governador do Estado de Goiás e outros. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 20 de março de 2003. **Diário da Justiça**, 2 maio 2003b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.473. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 13 de setembro de 2001. **Diário da Justiça**, 7 nov. 2003c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Petição nº 2.702 RJ. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda. e outros. Requeridos: Antony William Garotinho Matheus de Oliveira e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, 19 set. 2003d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.555 DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 3 de abril de 2003. **Diário da Justiça**, 2 maio 2003e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.576 UF. Requerente: Partido Liberal – PL. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de abril de 1997. **Diário Oficial da União**, 6 jun. 2003f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.182 DF. Impetrante: José Veiga Filho. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. **Diário da Justiça**, 3 set. 2004a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206 EP – Espanha. Agravante: M V V Commercial and export management establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. **Diário da Justiça**, 30 abr. 2004b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.655 MT. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 9 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**, 26 mar. 2004c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.715 DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 21 de maio de 1998. **Diário da Justiça**, 30 abr. 2004d.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 1.376 PR. Autor: H. Kaminiski & Cia Ltda. e outros. Réu: Estado do Paraná. Relator: Min. Gilmar Mendes. Revisor: Min. Cezar Peluso. **Diário da Justiça**, 22 set. 2006b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685 DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ellen Gracie. Brasília, 22 março de 2006. **Diário da Justiça**, 10 ago. 2006c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.882 DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 4 de dezembro de 2003. **Diário da Justiça**, 1º set. 2006d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25.579 DF. Impetrante: José Dirceu de Oliveira e Silva. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Relator para Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de outubro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 87, 24 ago. 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.383 SP. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrendo: Zanettini Barossi S/A Indústria e Comércio. Brasília, 2 de abril de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 47, 28 jun. 2007b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.074 DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 23, 25 maio 2007c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.896 PB. Impetrante: Rio Vermelho Agropastoril Mercantil S/A e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Joaquim Barbosa. Brasília, 4 de junho de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 107, 13 jun. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 211, 7 nov. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 11 de junho de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 172, 12 set. 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade nº 18 DF. Requerente: Presidente da República. Intimado: FIEMT – Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso e outros. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de agosto de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 202, 24 out. 2008d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 6.534 MA. Agravante: Julio Cesar de Sousa Matos ou Julio Cesar de Souza Matos. Agravado: Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 197, 17 out. 2008e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 de maio de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 200, 23 out. 2009a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.139. Requerente: Partido Comunista do Brasil – Pcdob e outros. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 de maio de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 200, 23 out. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Congresso Nacional e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 25 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 53, 30 mar. 2009c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.700 RN. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governadora do Estado do Rio Grande do Norte e outros. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 15 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 43, 6 mar. 2009d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Ordinária nº 1.531 RS. Agravante: Simone Janson Nejar. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 3 de junho de 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 121, 1º jul. 2009e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.174. Agravante: Carlos Roberto Gomes de Oliveira Paula e outros. Agravado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de outubro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 221, 18 nov. 2010a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.826 GO. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado de Goiás e outros. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 12 de maio de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 154, 20 out. 2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de maio de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 105, 11 jun. 2010c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889 DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e outros. Recorrido: Goiás Fonseca Rates. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 2 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 238, 16 dez. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.621 RS. Recorrente: União. Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 4 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 195, 11 out. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 25 de novembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 94, 19 maio 2011c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591.033 SP. Recorrente: Município de Votorantim. Recorrido: Edson Douglas Barbosa. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 17 de novembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 38, 25 fev. 2011d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.102 PA. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de outubro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 117, 20 jun. 2011e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 384.866 GO. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrido: José Vieira de Abreu. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de junho de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 166, 22 ago. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.583 RS. Recorrente: João Antônio Volante. Recorrido: União e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de outubro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 102, 25 maio 2012b.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do art. 5º da Constituição de 1998**. Brasília: 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.414 AL. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Intimado: Governador do Estado de Alagoas e outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 31 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 114, 17 jun. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425 DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 251, 19 dez. 2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.240. Relator Min. Roberto Barroso, de 3 de setembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 7 nov. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, de 24 abril de 2012. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2014b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.368 MT. Recorrente: União. Recorrido: Organização das Nações Unidas – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e outros. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator do Acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 15 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 100, 27 maio 2014c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578.543 MT. Recorrente: Organização das Nações Unidas – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Recorrido: João Batista Pereira Ormond e outros. Brasília, 15 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 100, 27 maio 2014d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.372 DF. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 6 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 188, 25 set. 2014e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357 DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e outros. Intimado: Mesa da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 188, 26 set. 2014f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 UF. Requerente: Presidente da República e outros. Relator: Min. Sydney Sanches. Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 213, 30 out. 2014g.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 648.629 RJ. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Recorrido: Carmem Pereira da Silva. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 de abril de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 69, 8 abr. 2014h.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.792 ES. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator Min. Cármen Lúcia. Brasília, 12 de fevereiro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 76, 24 abr. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 632.853 CE. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrido: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 125, 29 jun. 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.161 AL. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 27, 10 fev. 2015d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 703.269. Embargante: Luiz Célio do Valle. Embargado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de março de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 85, 8 maio 2015e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943 DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Intimado: Presidente da República e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 5 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 154, 6 ago. 2015f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889. Relator Min. Luís Roberto Barroso, de 10 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 51, 29 jul. 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581 RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 18, 1º jan. 2016b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 31, 19 fev. 2016c.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 127.483 PR. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrado: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: Relator da PET nº 5.244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 21, 4 fev. 2016d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 DF. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Intimado: Presidente da República e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 18, 1º fev. 2016e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.540 DF. Requerente: Democratas – DEM. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Brasília, 3 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 95, 8 maio 2017a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.764 AC. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Min. Celso de Mello. Relator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 4 maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 99, 15 ago. 2017b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1704756 PR. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Agropecuária Tiriva Ltda. - ME. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 12 de dezembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2017c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1676518 RS. Recorrente: Município de São Leopoldo. Recorrido: Leopoldo Albino Scherer – Sucessão. Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 26 de setembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2017d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135 DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Intimado: Presidente da República e outros. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 9 de novembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 31, 21 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scapinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, p. 23-64, jul./set., 1996.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Constituição federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003.

BLÜHDORN, Hardarik. A relação entre pragmática, semântica e gramática. **Revista de Estudos da Linguagem**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 5-43, jul./dez. 1997.

CAETANO, Fernanda Araújo Kallás; WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A reestruturação da dívida pública argentina face ao direito de imunidade do Estado Estrangeiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 42-58, abr. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

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

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

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária dos órgãos públicos. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 16, 2002.

CHEMIM, Vera. A judicialização da política e a politização da justiça. **Estadão**, São Paulo, 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-da-justica/>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CHILE. Constituição (1980). **Constitución Política de la República de Chile**. Decreto nº 100, de 17 set. 2009. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Documento gerado em 5 mar. 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (Brasil). Petição inicial em Ação Direta de Inconstitucionalidade. In.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135**. Brasília, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocol to the convention for the protection of human rights and fundamental freedoms as amended by Protocol n. 11**. Paris. 20 mar. 1952. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168006377c>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Convenção europeia dos direitos do homem. In.: PORTUGUAL. **Diário da República**, série 1, n. 236, 13 out. 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2003: variáveis e indicadores do poder judiciário**. Brasília, 2004.

_____. Resolução nº 4, de 16 de agosto de 2005. Cria o Sistema de Estatística do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, nº 162, 23 ago. 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 15, de 20 de abril de 2006. Dispõe sobre a regulamentação do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, fixa prazos e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, nº 114, 16 jun. 2006.

_____. Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, nº 94, de 16 jun. 2009.

_____. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**: relatório de pesquisa Ipea. Brasília, 2011a.

_____. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília, 2011b.

_____. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça civil brasileira**. CNJ, 2011c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011d.

_____. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2012.

_____. Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 106, 17 jun. 2014.

_____. Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. 3. ed. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ**, nº 198, 6 nov. 2015^a.

_____. **Relatório metas nacionais do Poder Judiciário**. Brasília, 2015b.

_____. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília, 2016.

_____. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017a.

_____. **Supremo em ação 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017b.

_____. **Metas nacionais para 2018**: aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília, 20 e 21 nov. 2017c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. **Relatório metas nacional do Poder Judiciário 2016**. Brasília, 2017d.

_____. **Meta 1 de 2017**. Relatório gerado no dia 1º de fevereiro de 2018a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/23f3b53c2dc76021b36e8d48b070651d.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. **Meta 2 de 2017**. Relatório gerado no dia 26 de fevereiro de 2018b. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/6320cb7f9e4a77235d4f80b25c50ba8c.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1981.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Golder vs. Reino Unido**. Petição n. 4451/70. Sentença. Estrasburgo. 21 fev. 1975.

_____. **Caso de Stanev vs. Bulgária**. Petição n. 36760/06. Sentença. Estrasburgo. 17 jan. 2012.

_____. **Case R. P. and others vs. the United Kingdom**. Petição n. 38245/08. Sentença. Estrasburgo. 9 jan. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cantos vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n. 97. 28 nov. 2002.

_____. **Caso Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 nov. 2007. Serie C, n. 171.

_____. **Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n. 233, 4 mar. 2011.

_____. **Caso Cantos vs. Argentina**. Excepciones Preliminares. 7 set. 2011b. Serie C, n. 85.

CÔRTEES, Norma. Descaminhos do método: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. **Varia Historia**, Belo Horizonte, v. 22, n. 36, p. 274-290, jul./dez., 2006.

COSTA, Paulo H. S.; SILVA, Mariluze Ferreira de A. O método pragmático de Charles S. Peirce. **Μετάνοια**, São João del Rei, n. 13, 2011.

COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, [S. l.], n. 5, 2006.

CURY, Ana Paula de Souza. Judicialização e o direito à saúde. **Valor Econômico**, [S. l.], 2 jan. 2017. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/legislacao/5140702/judicializacao-e-o-direito-saude>>. Acessado em: 23 jan. 2018.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

D'EÇA, Fernando L. Lobo. O processo administrativo tributário. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Granda da Silva. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEONTOLOGIA. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 240.

DEWEY, John. Pragmatism of Peirce. In: PEIRCE, Charles Sanders. **Chance, Love and Logic**. p. 301-308. Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.; Nova York: Harcourt, Brace & Company, 1923.

DIAS, Cibele Fernandes. A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 9, p. 9329-9342, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'OLIVEIRA, Armando Mora. Peirce: vida e obra. In.: PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. Constituição (1978). **Constitución Española**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.

ESPIELL, Hector Gross. La declaración americana: raíces conceptuales y políticas em la história, la filosofía y el derecho americano. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, [S. l.], número especial, maio 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**. 347 US 483. 1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. U. S. Supreme Court. **Reynolds v. Sims**. 377 U.S. 533. 1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/533/case.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. U. S. Supreme Court. **Miranda v. Arizona**. 384 U.S. 436. 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Constituição (1789). **Constitution of United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

EURÍPIDES. **S. Tragédias: Suplicantes; Heracles; Ion; Las Troyanas; Electra; Ifigenia entre Los Tauros**. 1. ed. 2. imp. Madrid: Editorial Gredos, 1995.

FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FABRIZ, Daury Cesar. Por uma nova teorização constitucional. **Depoimentos**, v. 4, n. 6, jan./jun. 2003a.

_____. Qual democracia?. **Depoimentos**, Vitória, v. 4, n. 7, p. 57-96, jul./dez. 2003b.

_____. Cidadania, democracia e acesso à justiça. **Panóptica**, [S. l.], v. 2, n.1, p. 1-36, 2007.

_____. Direitos humanos fundamentais na construção de um novo humanismo. In.: KROHLING, Aloísio (Org.). **Justiça e libertação**: a dialética dos direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2009.

FABRIZ, Daury Cesar; FERREIRA, Cláudio Fernandes. Teoria geral dos elementos constitutivos do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 39, p. 107-141, jan./jun. 2001.

FALCÃO, Joaquim. Uma reforma muito além do judiciário. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, n. 2, p. 251-262, 2008.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**: o múltiplo supremo. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. Relatório Final de Pesquisa. Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

FONSECA FILHO, Cléuzio. **História da computação** [recurso eletrônico]: o caminho do pensamento e da tecnologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GEYER, Denton Loring. **The pragmatic theory of truth as developed by Peirce, James, and Dewey**. [Tese], University of Illinois, 1914.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRESPLAN, Jorge. Considerações sobre o método. In.: PINSKY, Carla Bassanezi. **Fontes históricas**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves; BASÍLIO, Marisa Bräscher; SORDI, Neide Alves Dias de. **Manual de indexação de jurisprudência da justiça federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, 1997.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMZEHZADEH, Bahaar. Repeat player vs. One-shotter: is victory all the obvious. **Hasting Business Law Journal**, [S. l.], v. 6, n. 1, 99. 239-260, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Imprensa: Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2006.

HILPINEN, Risto. Charles S(anders) Peirce. In.: AUDI, Robert. [Editor]. **The Cambridge dictionary of philosophy**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUME, David. **Resumo de um tratado da natureza humana**. Porto Alegre: Editora Paula, 1995.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. 1976. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Sinopse Estatística da Educação Superior 2016**. [Online]. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/snopses-estatisticas-da-educacao-superior>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

JAMES, William. **Pragmatismo**: um nuevo nombre para viejas formas de pensar. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

_____. **A vontade de crer**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

JAYME, Fernando Gonzaga. **A supranormatividade dos direitos humanos**. 2003. 385 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 79-102, jul./dez. 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira. Análisis de la constitucionalidade de la legitimación de mandato de seguridad. **Estudios Constitucionales**, a. 11, n. 1, p. 542-568, 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga; SALOMÉ, Joana Faria; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário. **Revista de Processo**, a. 38, v. 220, jun. 2013.

JOHNS, Claude Hermann Walter. **Babylonian Law: the code of Hammurabi**. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hammpre.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9., n. 18, 1996.

KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheiras Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2016.

KAUFMANN, Rodrigo Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

KAUFMANN, Walter. The origin of justice. **The Review of Metaphysics**, Washington, DC, v. 23, n. 2, p. 209-239, 1969.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KINOCHI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215-26, 2007.

KLATAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, jul./dez. 2003.

KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, 2017.

KRITZER, Herbert M. The government gorilla: why does government come out ahead in appellate courts? Do the haves still come out ahead? In.: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. **In litigation**: so the 'haves' still come out ahead?. Stanford: Stanford University Press, 2003.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais**: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009a.

_____. Dialética, analética, anadialética e a consolidação histórica dos direitos humanos da mulher no ocidente. In.: KROHLING, Aloísio. **Justiça e libertação**: a dialética dos direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2009b.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LARANJA, Anselmo Laghi; FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo e razão tupiniquim: uma leitura interdisciplinar dos problemas para uma teoria constitucional brasileira. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, 2017, v. 8, n. 1, p. 53-83.

LANCASTER, Frederick Wilfrid. **Indexação e resumos**: teoria e prática. 2. ed. Brasília: Brinquet de Lemos, 2004.

LAZZARI, João Batista. Os juizados especiais como instrumento de acesso à justiça e de obtenção de um processo justo. **Revista CEJ**, Brasília, a. 20, n. 70, p. 29-37, set./dez. 2016.

LEA, Henry C. **Superstition and force**: essays on the wager of law, the wager of battle, the ordeal-torture. Filadélfia: Collins Printer, 1866.

LEAL, Vitor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura de litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. In.: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – SISTEMA JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS, 21., Florianópolis. **Anais...** 56. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 34-64.

LYON, David Gordon. The Structure of the Hammurabi Code. **Journal of the American Oriental Society**, New Haven, p. 248-278, 1904.

MACINTYRE, Alasdair. **Justicia y racionalidad**. Barcelona: EIUNSA, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MAGEE, Stephen P.; BROCK, William A.; YOUNG, Leslie. **Black hole tariffs and endogenous policy theory**: political economy in general equilibrium. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MAGEE, Stephen P. The optimum number of lawyers: a reply to Epp. **Law & Social Inquiry**, [S. l.], v. 17, n. 4, p. 667-693, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZA, Luis Mariano de la. Fundamentos de la filosofía hermenêutica: Heidegger y Gadamer. In: **Teología y Vida**, [S. l.], v. 46, p. 122-138, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo [online]**, São Paulo, 28 jan. 2018.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Artigo 5º, incisos XXXIV ao XXXVII. In.: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 169-80.

MORRIS, Charles. **Fundamentos de la teoría de los signos**. Barcelona: Paidós, 1985.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Joinville: Bildung Editora, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil (UNIC Rio), 2009.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Documentos básicos em matéria de derechos humanos em el sistema interamericano**. San José, Costa Rica: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. Uma década de CNJ: reflexões sobre o envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 8., Brasília, maio 2015. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1329/1/UMA%20D%C3%89CADA%20D%E%20CNJ%20REFLEX%C3%95ES%20SOBRE%20O.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi; FEFERBAUM, Mariana; PINHEIRO, Victor Marcel. **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**, São Paulo: Saraiva; FGV, 2012.

PARK, Jonghyun. The judicialization of politics in Korea. **Asian-Pacific Law & Policy Journal**, [S. l.], v. 10, n. 1, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006.

_____. **Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 331 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

PEIRCE, Charles Sanders. Pragmatismo. In: BALDWIN, James Mark. **Dictionary of philosophy and psychology**. Nova York: The Macmillian Company; Londres: Macmillian and Co., 1902. p. 322. v. 2.

_____. The fixation of belief. **Popular Science Monthly**, Nova York, n. 1, v. 12, p. 1-15, 1877.

_____. How to make our ideas clear. **Popular Science Monthly**, Nova York, n. 17, v. 12, p. 286-302, 1878.

_____. Conferências sobre pragmatismo. Tradução de Armando M. D'Oliveira e Sergio Pomerangblum. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, p.11-66, 1902.

_____. **Escritos Coligidos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PEIRCE, Charles Sanders. **Ilustrações da lógica da ciência**. 2. ed. São Paulo: Ideias e Letras, 2008.

PEREIRA, Merval. O auge da judicialização. **O Globo**, Rio de Janeiro, 8 dez.2017. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/o-auge-da-judicializacao.html>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PFEIFFER, Robert Henry. An Analysis of the Hammurabi Code. **The American Journal of Semitic Languages and Literatures**, [S. l.], v. 36, n. 4, jul. 1920.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PILARCZYK, Ian C. Between a rock and a hot place: the role of subjectivity and rationality in the medieval ordeal by hot iron. **Anglo-american Law Review**, [S. l.], v. 25, n. 87, 1966.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, 2006a.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucária: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Sevilla, v. 8, n. 15, p. 128-146, 2006.

PIOVEZAN, Giovani Cássio. Comentário ao art. 2º do estatuto da Advocacia e da OAB. In.: ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida; PASCOAL, Lauro Fernando (Coord.). **Estatuto da advocacia e da OAB comentado**. Curitiba: OAB/PR, 2015.

PORTUGAL. Constituição (1974). Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Diário da República Eletrônico, 1974.

_____. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

PRAGMATISMO. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 784.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 45, p. 101-110, 2007.

REIS JÚNIOR, Francisco Soares. Dez anos do Conselho Nacional de Justiça: breve balanço das ações de *accountability* do CNJ nos tribunais de justiça estaduais. **Revista da ESMAM**, São Luís, v. 10, n. 10, jan./dez. 2016.

RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 465-492, jul. /dez. 2008.

ROSEN, Lawrence. Equity and discretion in a modern islamic legal system. **Law & Society Review**, v. 15, n. 2, p. 217-246, 1980-1981.

ROSMINI-SERBATI, Antonio. **Psicologia**. Napoli: Francesco Rossi Romano; Bourtteaux e Aubry, 1858. v. 1.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

_____. O sistema de justiça. In.: SADEK, Maria Tereza (Org.). **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 65, nov. 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SÃO PAULO. Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a Taxa Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, nº 247, v. 113, 30 dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 30, nov./dez. 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHARPF, Fritz W. Judicial review and the political question: a funcional analysis. **The Yale Law Journal**, v. 75, n. 4, mar. 1966.

SCHÜLER, Fernando. A relativização da lei e a judicialização da política, hoje no Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 10 jan. 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/fernando-schuler/2018/01/1949372-a-relativizacao-da-lei-e-a-judicializacao-da-politica-hoje-no-brasil.shtml?loggedpaywall#_=#_>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 14, n. 1, p. 68-85, jan./jun. 2013.

SERVIÇO DE INFORMAÇÕES AO CIDADÃO. **Protocolo 00700000118201888** [recurso eletrônico], 7 fev. 2018. Solicitante: Anselmo Laghi Laranja. Órgão Superior Destinatário: AGU – Advocacia-Geral da União.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Rui Sampaio da. O círculo hermenêutico e a distinção entre ciências humanas e ciências naturais. **Ekstasis: Revista de Fenomenologia e Hermenêutica**, v. 1, n. 2, 2013.

SÓFOCLES. **Antígona**. Brasília: Editora UnB, 1997.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! **Internacional Journal for Semiotics of Law**, [S. l.], v. 4, n. 10, 1991.

SOLÍS, David Ordóñez et al. **El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática**. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007.

SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald S.; HAIRE, Susan Brodie. Do the 'haves come out ahead over time?. In.: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. **In litigation: so the 'haves' still come out ahead?.** Stanford: Stanford University Press, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha et al. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em material fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Vocabulário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. **Relatório de atividades 2015**. Brasília, 2016.

_____. Emenda regimental amplia competência das Turmas no STF. **Notícias STF**. 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182038&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TALESH, Shauhin A. Why Marc Galanter's "haves" article is one of the most influential pieces of legal scholarship ever written. In.: GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead: the classic essay and new observations**. New Orleans: Quid Pro Books, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: NYU Press, 1995.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídio para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1988.

TEIXEIRA, Matheus; LEORATTI, Alexandre. Supersalários e judicialização da saúde: os temas para o CNJ em 2018. **JOTA**, São Paulo. 2 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/supersalarios-e-judicializacao-da-saude-os-temas-para-o-cnj-em-2018-02012018>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 38, p. 145-182, 2000.

TREVIZAN, Karina. Brasil enfrenta pior crise já registrada poucos anos após um boom econômico. **G1**, 7 mar. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-enfrenta-pior-crise-ja-registrada-poucos-anos-apos-um-boom-economico.ghtml>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto razonado del juez. In.: CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Sentença de mérito, reparações e custas. Julgado em: 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VALOR. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 990.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "Estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 407-440, jul./dez, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín. Às voltas com a metódica estruturante do direito de Friedrich Müller. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 22, p. 95-108, 2015.

VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. **Lua Nova**, n. 55-56, p. 5-27, 2002.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WANDERLEY JUNIOR, Bruno. Lições de cidadania: o caminho da democracia. In.: GONÇALVES, Antonio F. M. (Org.). **Lições de Cidadania**. Brasília: OAB Editora, 2003.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

_____. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 2 v.

_____. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. 2 v.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, a. 4, n. 6, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.