

II CONGRESSO DE ACESSO À JUSTIÇA

22 a 24 de outubro de 2020



caderno de artigos e
resumos expandidos

A
P
O
I
O



II CONGRESSO DE ACESSO À JUSTIÇA

22 a 24 de outubro de 2020



ORGANIZAÇÃO

Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo

COMISSÃO AVALIADORA E CIENTÍFICA

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo

Profa. Dra. Gabriela Natacha Bechara

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior

Prof. Me. Danilo Pierote da Silva

Prof. Me. Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Prof. Me. Marcelo Rodrigues da Silva

A
P
O
I
O



Centro Universitário
Eurípedes de Marília (UNIVEM)



Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo



Anadef
Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

APRESENTAÇÃO

O **Congresso de Acesso à Justiça** é um evento promovido em parceria pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – SP (*Univem*) e a Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (*EDEPE*), sob a organização e com a iniciativa do Grupo de Pesquisa sobre Acesso à Justiça, Era Digital e Processo (*AJUDPRO*), além de contar com o apoio da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (*ANADEF*). O intuito que moveu a organização a promover o evento foi oportunizar aos alunos, profissionais e estudiosos, um palco com reflexões sobre o essencial direito de acesso à justiça, sempre pensado em uma perspectiva ampla, para além do simples direito de acesso ao Poder Judiciário.

Na primeira edição do **Congresso de Acesso à Justiça – I CAJ**, realizado nos dias 19 e 20 de setembro de 2019, no Salão Nobre do Univem, na cidade de Marília, contamos com a prestigiosa participação do prof. Kazuo Watanabe, responsável pela conferência de abertura. Seguramente a maior autoridade brasileira sobre o assunto, Watanabe compartilhou a sua experiência e como cunhou a expressão tão conhecida e reproduzida por muitos, ao tratar do acesso à justiça como o acesso a uma ordem jurídica justa. Destacou a importância dos meios adequados para o tratamento e resolução dos conflitos, elemento essencial em uma ordem que assegure justiça e igualdade, dentre outros relevantes aspectos.

Na mesma noite, Cleber Francisco Alves proferiu palestra apresentando os diversos modelos de *legal aid* (assistência jurídica) nas mais diversas experiências encontradas no Direito Comparado, do passado e atualmente. Além disso, apresentou o *Global Access to Justice Project* e a pesquisa que está em andamento, já considerada a maior pesquisa global sobre a temática que move o evento.

Na segunda noite de evento, ainda contamos com as participações de Maurílio Casas Maia, tratando das intervenções constitucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública, e Tiago Fensterseifer, encarregado de apresentar o regime jurídico constitucional da Instituição da Defensoria Pública.

Todas as palestras foram de altíssimo nível, com reflexões profundas e que contagiaram o numeroso público presente (cerca de mil pessoas assistindo ao evento presencialmente) e, certamente, ainda inspiram todos aqueles que têm acesso ao conteúdo disponibilizado pela internet¹.

¹ As palestras foram gravadas e estão disponíveis integralmente no YouTube, pelo link que pode ser acessado em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PL6GO7IB5UegVLzACgnKQs0YZZcIFZHsIg>.

Desta exitosa experiência, adveio a responsabilidade de organizar uma segunda edição do evento. E o desafio assumido de permitir a submissão de trabalhos, que seriam avaliados e posteriormente apresentados em Grupos de Trabalho.

Com a Pandemia Sars-Cov-2 (COVID-19) que assolou o mundo no ano de 2020, a realização de um evento presencial ficou prejudicada. Mas, mesmo assim, a tecnologia surgiu como uma forma de viabilizar a presença e participação de ilustres preletores e participação de inúmeros pesquisadores que não poderiam comparecer presencialmente.

Assim sendo, o **II Congresso de Acesso à Justiça** foi integrado à tradicional “Semana de Estudos Jurídicos” do Univem, evento que em 2020 estava na sua 37ª edição anual. A **XXXVII Semana de Estudos Jurídicos** teve como tema central “**Direito e Disrupção**”.

O **II CAJ**, realizado totalmente *online*, foi transmitido ao vivo nos dias 22 e 23 de outubro de 2020 no canal oficial do Univem no YouTube, disponibilizado gratuitamente para todos os inscritos. O conteúdo continua disponível e acessível a todos os interessados².

A programação teve início com a apresentação de Julio Camargo de Azevedo, tratando do processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas. A primeira noite de evento foi encerrada com a exposição do prof. Ingo Wolfgang Sarlet sobre democracia, discurso de ódio e regulação de conteúdo na internet.

No dia seguinte, a profa. Fernanda Tartuce proferiu palestra sobre vulnerabilidade processual. Encerrando os painéis de exposição, o Dr. Silas Silva Santos tratou do dever de renegociar na perspectiva do acesso à justiça.

Atendendo à convocação por edital publicado com todas as regras estabelecidas pela Comissão Organizadora do evento, inúmeros autores submeteram artigos e resumos expandidos, para avaliação e – aos aprovados – exposição nos grupos de trabalho organizados pelo **II CAJ**.

Todos os trabalhos submetidos passaram por avaliação duplo-cega, passando por um processo de desidentificação da autoria dos textos e encaminhados para duplas de avaliadores. Todos os avaliadores possuíam o título mínimo de mestrado e cada uma das duplas era composta por pelo menos um doutor.

As avaliações foram efetuadas e o resultado das avaliações foi publicado, além de encaminhados a cada um dos autores os quesitos de avaliação preenchidos pelos examinadores, obviamente desidentificados.

Todos os trabalhos aprovados foram devidamente organizados em

² Disponível em: <https://youtube.com/playlist?list=PLGe3QQPVYNz9J69TKKiY0LE8jcMfdXEgn>.

três grupos de trabalho, coordenados pelos professores César Augusto Luiz Leonardo, Teófilo Arêa Leão e Gabriela Bechara. Os autores tiveram a oportunidade de expor os trabalhos (artigos ou resumos expandidos) em ambiente *online*, com a participação de outros expositores e a mediação dos professores, em uma produtiva manhã de sábado, dia 24/10/2020.

Após as exposições, intervenções e debates nos grupos de trabalho, os autores tiveram prazo para realizar eventuais correções e adaptações necessárias. E o *ebook* que ora se apresenta é justamente o fruto deste trabalho desenvolvido por cada um dos autores que se dispuseram a participar do **II CAJ** não somente como ouvintes, mas como protagonistas da criação de conteúdo e conhecimento.

Pensar o sistema jurídico e uma sociedade mais justa e igualitária, que ofereça acesso a uma ordem jurídica justa, foi e é o grande propósito que anima o Grupo de Pesquisa AJUDPRO e todos aqueles que organizaram, participaram, apoiaram e contribuíram para o sucesso do **Congresso de Acesso à Justiça**, razão pela qual a disponibilização de todo esse conteúdo e a democratização do conhecimento têm sido a tônica dos eventos organizados em volta desta temática.

Esta obra, portanto, tem o escopo declarado e inescandível de ofertar material para pesquisa, debate e estudo de diversos prismas que circundam o estudo do acesso à justiça.

Esperamos com isso contribuir para um debate qualificado, que não fique somente nos círculos acadêmicos, mas que transborde para mudar a mentalidade e a Sociedade, com o compromisso de oferecer Justiça a quem precisa.

Marília, abril de 2021.

César Augusto Luiz Leonardo
*Idealizador e Organizador do **Congresso de Acesso à Justiça***

SUMÁRIO

3 APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

10 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO FORMAS DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Caroline Yuri Loureiro Sagava

José Eduardo Lourenço dos Santos

30 A IMPLEMENTAÇÃO DEFICIENTE DO DIREITO ESTRANGEIRO NO BRASIL, SEU IMPACTO NO ACESSO À JUSTIÇA E A IMPORTÂNCIA DOS PADRÕES DECISÓRIOS

João Victor Nardo Andreassa

45 A PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS IMPACTOS NA SEARA DA INCLUSÃO DIGITAL

Camila Reis Henrique

61 A PRECARIIDADE DO NOVO ACESSO À JUSTIÇA

Fabio Dias da Silva

Evandro Monteiro dos Santos

78 ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE ISOLAMENTO SOCIAL E O USO DA TECNOLOGIA

Aline Albieri Francisco

Vladimir Brega Filho

99 AUTONOMIA PRIVADA E EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Juliana Beatriz Rocha Moraes

Clarissa Chagas Sanches Monassa

123 DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ângela Aparecida Oliveira Sousa

143 DO PROCEDIMENTO VIRTUAL À LUZ DA RESOLUÇÃO JUÍZO 100% DIGITAL DO CNJ

Evandro Monteiro DOS SANTOS

Fabio Dias da SILVA

- 164** **EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA 4.0 – TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E FUNDAMENTAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS E MORAIS COMO PRINCÍPIOS BASE DESTA NOVA ERA DIGITAL**
Eric Matheus Cescon Smaniotto Alves
Marlene de Fátima Campos Souza
- 179** **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A DECISÃO JUDICIAL: CONCEITOS, VANTAGENS E ADVERTÊNCIAS**
Manoel Monteiro Neto
- 203** **MÉTODO APAC: UM CAMINHO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL**
Gilmar Siqueira
Amerita de Lázara Menegucci Geronimo
- 224** **O ACESSO A JUSTIÇA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA**
Dieimes Laerte De Souza
Gabriela Natacha Bechara
Priscilla Hiroko Shimada Pito
- 242** **O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL SOB A ÓTICA DO SISTEMA MULTIORTAS E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**
Maria Fernanda Stocco Ottoboni
- 264** **OS MORADORES DE RUA E A AMPLIAÇÃO DE SUA VULNERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL**
Gabriela Natacha Bechara
Nelson Rodrigues
Priscilla Hiroko Shimada Pito
- 277** **OS PODERES DE INSTRUÇÃO DO JUIZ: ENTRE IDEOLOGIAS, ÔNUS DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**
Luiz Roberto Hijo Sampietro
- 308** **RECORTE DE GÊNERO E ACESSO À JUSTIÇA: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SOB A ÓTICA FEMININA**
Jerusa Roberta Cardoso
Isadora Tremeschin Barreira
Danilo Pierote Silva
- 339** **SOCIEDADE PÓS-MODERNA: INDIVIDUALISMO, LIQUIDEZ, DIREITO AO RECONHECIMENTO E ACESSO À JUSTIÇA. CAMINHOS PARA UMA LEITURA ADEQUADA DA DIGNIDADE HUMANA**
Carolina Cristine Cavassini
Gabriel Scudeller de Souza
César Augusto Luiz Leonardo

RESUMOS

- 374** **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL**
Giowana Parra Gimenes da Cunha
César Augusto Luiz Leonardo
- 380** **REFLEXOS DA LEI 13.994/20 FRENTE A DISSEMINAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**
Isabela R P de O. Amador
Gabriel de O. Santana
- 386** **RESTRIÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**
Samuel Augusto Bianchini
Ana Lara Sardelari Scaliante
- 396** **VALOR DAS CUSTAS DA QUEIXA-CRIME NO ESTADO DE SÃO PAULO: UM OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA?**
Geisa Oliveira Daré

ARTIGOS



A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO FORMAS DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Caroline Yuri Loureiro Sagava¹
José Eduardo Lourenço dos Santos²*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo o estudo das formas de autocomposição, em especial a mediação e a conciliação, e como tais institutos auxiliam o acesso à justiça no cenário proporcionado pela pandemia de Covid-19 no ano de 2020, levando-se em consideração os diplomas normativos atuais incentivam e fomentam a realização da autocomposição entre as partes. Nesse contexto, será debatida a inovação legislativa, que surgiu em um momento oportuno, referente à possibilidade de conciliação feita por meio de recursos tecnológicos disponíveis de sons e imagens em tempo real, tal como acontece nas videoconferências. Metodologicamente, busca-se a construção do tema por meio de análise bibliográfica, de forma interdisciplinar, envolvendo áreas filosóficas, sociológicas e jurídicas. O tema abordado possui relevância, uma vez que seu conteúdo é fundamental para uma melhor compreensão de institutos jurídicos atuais, tendo em vista as mudanças sociais e econômicas decorrentes da pandemia de Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à Justiça; Conciliação; Mediação; Autocomposição; Pandemia.

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Graduada no curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem (2017) e especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Toledo - UniToledo (2019). Advogada.

² Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988). Mestrado em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha (2002). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016) e pós doutorado na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Programa de Pós-Doutorado em Ciência Jurídica - 2020). Professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade nos traz desafios diários. Nesse contexto, surgem os conflitos, os quais devem ser normalizados, pois são intrínsecos à natureza humana. Ocorre que, muitos desses conflitos são levados ao crivo do Poder Judiciário de maneira desnecessária.

A ideia do acesso à justiça sofreu grandes mudanças no cenário atual brasileiro. A judicialização excessiva e o descontentamento do jurisdicionado mostram que as ferramentas utilizadas devem ser modificadas, a fim de que os anseios da população sejam atendidos.

Ao encontro desse pensamento, surgem os institutos autocompositivos, os quais pretendem facilitar a resolução de conflitos entre as partes.

Registre, a título de direito comparado, que

na Inglaterra, as Civil Procedure Rules (CPRs) impõem ao juízo e às partes/procuradores o dever de evitar, sempre que possível, as demandas judiciais (que devem ser processadas apenas em casos extremos), encorajando-se os atores processuais a se utilizarem de outros meios mais apropriados para a resolução dos conflitos (ADR) (GAJARDONI, 2020, p.58)

Dessa forma, mais especificamente, pretende-se estudar com mais atenção a mediação e a conciliação, analisando-se as peculiaridades de cada instituto e como eles podem contribuir para ampliar o acesso à justiça, até mesmo no cenário pandêmico do ano de 2020.

Além disso, analisar-se-á a possibilidade da conciliação não presencial feita por meio do emprego de recursos tecnológicos disponíveis, e quais os benefícios oriundos dessa inovação.

Dessa forma, mostra-se a relevância e pertinência do tema abordado, já que a busca pela tutela jurisdicional mais qualitativa é fundamental para as partes. Para tanto, será feita uma análise doutrinária crítica acerca da temática, de maneira interdisciplinar.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO FORMA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19

As inovações tecnológicas trouxeram consigo novas perspectivas sociais, econômicas e jurídicas. Assim, diante da atual realidade social e jurídica novos riscos surgiram.

Logo,

a Internet cresce a cada dia, modificando paulatinamente o cotidiano das pessoas, incorporando-se à vida, trazendo novas possibilidades em todos os campos de atuação. Trata-se de verdadeira revolução tecnológica e, como não poderia deixar de ser, questões jurídicas surgem desta nova forma de relacionamento (SANTOS, 2013, p. 13).

Nesse contexto, Bauman expõe que

hoje, as sociedades modernas parecem tão fluidas que faz sentido imaginar que elas estejam numa fase “líquida”. Sempre em movimento, mas muitas vezes carecendo de certezas e de vínculos duráveis, os atuais cidadãos, trabalhadores, consumidores e viajantes também descobrem que seus movimentos são monitorados, acompanhados e observados. A vigilância se insinua em estado líquido (BAUMAN, 2014, p. 04).

Essas mudanças, segundo o sociólogo britânico Anthony Giddens (2002), afetam substancialmente a natureza, a vida social cotidiana e as características individuais das pessoas.

Nesse cenário, o direito digital e o uso de tecnologias ligadas às ciências da informação contribuem com o direito visando à adequada e eficaz concessão da tutela jurisdicional, sendo que a utilização desses meios “precisou ser significativamente intensificada nos últimos tempos por força das restrições pandêmicas sobre os deslocamentos geográficos” (TARTUCE, 2020, p.153).

Portanto, verifica-se que, atualmente, não há como conceber a realidade do direito sem recorrer ao desenvolvimento tecnológico, havendo, conseqüentemente, uma ligação umbilical entre ambos.

Ademais, outra questão relevante diz respeito ao acesso à justiça,

que por sua vez se trata de uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Além da previsão constitucional, o artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, dispõe expressamente que:

Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

Acrescente-se que,

de acordo com a Res. CNJ 125/2010, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, e, “por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação” (MEDINA, 2020, p. 44).

Sobre a temática em tela, entende-se que o acesso à justiça não se confunde com acesso ao Poder Judiciário, porque a ideia de justiça está profundamente relacionada à satisfação do jurisdicionado com o resultado final

do processo de resolução do conflito, ou seja, o acesso à justiça é caracterizado como um acesso a uma solução efetiva para os conflitos.

Horácio Wanderlei Rodrigues, afirma que

como entraves não jurídicos são listados aqueles de ordem política, econômica, social, cultural e psicológica que impedem ou dificultam o pleno acesso à Justiça. A sua superação depende de políticas públicas adequadas e não de meras reformas processuais (RODRIGUES, 2018, p. 111).

É notório o papel do Poder Judiciário em estabelecer a política pública de abordagem dos conflitos dos interesses de sua competência, sejam eles meios heterocompositivos ou autocompositivos.

Ocorre que, a metodologia de trabalho judicial tradicional brasileira não se mostra mais viável.

Necessária, portanto, a implementação de outros meios de solução de conflitos.

Destarte,

a utilização de meios eletrônicos de resolução de conflitos como plataformas públicas de conciliação e mediação on-line tem sido incentivada pelo Poder Judiciário brasileiro tanto em fases pré-processuais como no curso de processos judiciais. Há atualmente plataformas (tanto públicas como privadas) que atuam na autocomposição de conflitos favorecendo negociações. Entre as plataformas públicas mais conhecidas, destacam-se a Mediação Digital, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a consumidor.gov.br, mantida e gerenciada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (TARTUCE, 2020, p.156).

Ademais, a atividade limitada apenas na legalidade dificulta o acesso à justiça, isso porque o ideal da sentença fez com que o Direito se tornasse domínio dos juristas, não promovendo, assim, a pacificação e a fraternidade entre as pessoas.

Por essas razões, não basta mais a existência de um ordenamento jurídico que simplesmente permita ao cidadão o ingresso ao Judiciário.

Reconhece-se que o conflito é uma situação natural, contínua e normal dos relacionamentos dos seres humanos.

Porém, muitos conflitos são judicializados de maneira desnecessária e inconsequente, isso porque, no Brasil os operadores do Direito são ensinados, desde o início, a litigar.

Trata-se da denominada cultura da litigância. Em razão desse doutrinamento jurídico (feito pelas próprias faculdades de Direito), inúmeros são os casos de situações corriqueiras levadas ao Poder Judiciário.

Esse excesso de litigância é prejudicial a todos: Judiciário e jurisdicionados.

Isso, inclusive, contribui para a morosidade do sistema.

Diante das mudanças sociais, econômicas e jurídicas, o Judiciário vive um momento de humanização e redimensionamento, com a promoção da cultura da paz, valendo-se, para tanto, de instrumentos de pacificação social.

A partir dessa reflexão, somos conduzidos a pensar em novas possibilidades de promoção da paz e resolução de conflitos.

Torna-se imperativo entender os desafios a serem enfrentados, bem como encontrar soluções para as tribulações sociais.

É nesse contexto que surgem os meios alternativos para a solução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação, a arbitragem, bem como a preocupação com o aperfeiçoamento de magistrados, a fim de que melhorem suas capacidades de sensibilidade social com adequação às transformações sociais.

Propondo uma releitura do princípio do acesso a justiça Fernando Gajardoni considera que “o Judiciário deve mesmo ser a *ultima ratio* do sistema de Justiça, especialmente nestes graves tempos de pandemia, em que a explosão da litigiosidade aliada à crise financeira do Estado não permitirá a ampliação do atendimento judicial” (GAJARDONI, 2020, p.61).

Dessa forma, diante das novas perspectivas, nas últimas décadas, as práticas de mediação e conciliação vêm se expandindo no cenário mundial, e ganhando força e confiança dos jurisdicionados.

No Brasil tais artifícios estão em voga, especialmente em tempos de pandemia da Covid-19.

Atualmente a justiça nacional pode ser dividida em duas formas de desenvolvimento: a justiça conflituosa e a justiça consensual.

A primeira figura engloba visão clássica de litigiosidade, em que uma parte exerce sua pretensão, a qual é resistida pela parte contrária, que será decidida por um terceiro imparcial e equidistante, o juiz.

Já a segunda figura, admite “meios autocompositivos de resolução de conflitos, em que as partes interessadas resolvem por si mesmas a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material” (MARINONI, 2017, p.140).

A ideia de meios alternativos para decidir causas judiciais há tempos possui assento garantido nas discussões acadêmicas, sendo objeto de estudo da obra, que se tornou paradigma para todo ordenamento jurídico contemporâneo, “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988).

Na referida obra são traçadas diretrizes para se alcançar o devido acesso à justiça, sendo tais diretrizes divididas em três ondas.

A primeira onda de acesso à justiça visa à ampliação da justiça gratuita e da assistência judiciária, uma vez que não basta o Estado prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Portanto, o Estado deve proporcionar meios adequados para que seus cidadãos possam exercer tal direito, haja vista que

a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário (MARINONI, 2017, p.173).

Dessa forma, “um movimento foi desencadeado e continuou a crescer” (CAPPELLETTI, 1988, p.49), possibilitando que indivíduos das mais baixas condições econômicas ingressassem com suas demandas junto ao Poder Judiciário.

Cabe ressaltar o importante valor que a instituição da Defensoria Pública exerce, pois, sua atuação

no cenário jurídico atual mostra-se fundamental para a consolidação do direito fundamental do acesso à justiça, esse

que pode ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico garantidor dos direitos de todos. Enquanto instituição responsável pela materialização do direito fundamental do acesso à justiça, integral e gratuita, posiciona-se, além de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, como expressão e instrumento do regime democrático. A sua legitimidade decorre da Constituição, a partir dos arts. 134 e 5º, inciso LXXIV, que possuem conceitos jurídicos indeterminados, como o termo “necessitados” e “insuficiência de recursos” (LEONARDO, 2020, p.160).

Nesse momento, surge uma segunda onda de mudanças, dessa vez focada nas demandas difusas e coletivas, forçando “a reflexão sobre normas tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais” (CAPPELLETTI, 1988, p.49).

Destarte, passa-se de uma visão atômica do conflito, para uma visão molecular, diminuindo-se o fenômeno da litigiosidade contida, em que pequenas lesões individuais não eram levadas à análise do Poder Judiciário, tendo em vista sua insignificância individual, mas que sob o prisma coletivo representava uma grave lesão.

Assim,

o direito de ação passou a enfrentar um novo questionamento não apenas porque se percebeu que o exercício da ação poderia ser comprometido por obstáculos sociais e econômicos, mas também porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, apenas poderiam ser concretizados se garantido um real – e não um ilusório – acesso à justiça (MARINONI, 2017, p.172).

Por fim, a terceira onda de renovação foi a responsável por colocar os meios alternativos de solução de conflitos sob os holofotes da justiça.

Discutem-se os benefícios proporcionados pela utilização de meios, que se encontram fora da jurisdição estatal, para solução de conflito de interesses.

Conclui-se que “a crescente valorização e emprego dos meios não-

-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição” (DINAMARCO, 2001, p.95).

Nesse sentido,

as reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves (...) de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes (SANTOS, 1994, p. 154).

O atual ordenamento jurídico encontra-se efetivando a terceira onda de acesso à justiça, que reflete uma tendência na legislação e promover e incentivar a autocomposição, seja ela de forma espontânea ou estimulada.

Há arraigada na sociedade certa descrença em meios autocompositivos em comparação aos meios judiciais, uma vez que,

no âmbito processual se percebe até hoje que a ideia de justiça ainda se vincula muito a realização do direito positivado e a observância da tipicidade das formas, tanto pelos argumentos dos quais muitos operadores e estudiosos do direito se utilizam, como pela falta de explicitude e clareza na defesa da eficácia plena e imediata dos direitos humanos, ainda que subjacentes ao sistema vigente (BEDAQUE, p.230).

Todavia,

são crescentes a valorização e o emprego dos meios não judiciais de solução de conflitos, ditos meios alternativos (ou paralelos à atuação dos juízes), como a arbitragem, a conciliação e a mediação - o que conduz ao reconhecimento da equivalência entre eles e a jurisdição estatal. Do ponto de vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que

se equivalham, porque somente a jurisdição estatal tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição estatal, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam (DINAMARCO, 2016 p.31).

Seguindo essa valorização dos meios autocompositivos, leis recentes, tais como o “novo” Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), na esfera dos direitos privados, a lei de arbitragem (lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015) e o Pacote Anticrime (lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), na esfera penal e administrativa, trazem uma nova roupagem à justiça consensual.

O pacote anticrime representou um grande avanço nesse tipo de justiça ao prever, embora não de forma inédita, institutos como o acordo de não persecução penal, a colaboração premiada e o acordo de não persecução cível.

O Código de Processo Civil, por sua vez, disciplinou institutos como a conciliação e a mediação, que, tamanha importância ao ordenamento jurídico nacional, ganhou tratamento próprio em 26 de junho de 2015, por meio da lei n.º 13.140.

Passa-se adiante à análise dos institutos da conciliação e da mediação.

A conciliação e a mediação proporcionam um cenário em que as partes encontram a solução dos seus conflitos, como resultado de negociação, comunicação e com o restabelecimento do diálogo entre elas.

Dessa forma, a conciliação e a “mediação tem de ser praticada como uma forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos” (WATANABE).

Trata-se, pois, de um resultado que se mostra satisfatório em muitos casos, um vez que,

per tali ragioni le parti rifuggono non solo dalla sentenza finale di merito, ma anche dalla conciliazione giudiziale regolata dal codice di

procedura, dato che il relativo verbale è anche soggetto a tassazione. È molto utilizzare l'economia, un giro composto della lite, evitare di presentarsi all'udienza e determinare l'annullamento della rovina con il ottenere una stinzione (CHIOVENDA, 1965, p. 77).

A conciliação e a mediação, inicialmente, foram regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, a qual almeja organizar, em toda a extensão territorial brasileira, os serviços oferecidos no decorrer da relação processual, bem como fomentar a atividade do Poder Judiciário na prevenção de litígios com a conciliação e a mediação.

Sobre o tema:

a criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação (BRASIL, 2016, p.37).

No mais, referida resolução pretende encorajar e propagar a sistematização de práticas já feitas pelos tribunais, pois desde a década de 1990 houve incentivos à autocomposição.

Dessa forma, a doutrina aprova esse recente panorama, isso porque o objetivo primordial das atividades jurídicas oferecidas pelo Estado é o de harmonizar a sociedade por meio de métodos justos e efetivos.

Dessarte,

nota-se assim que o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso

ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto. De fato, as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo, bem como, nas hipóteses permitidas por lei (BRASIL, 2016, p.39).

Na mediação, sobretudo, busca-se que as próprias partes cheguem à resolução do conflito. Por isso, a mediação é considerada um mecanismo autocompositivo, isto é, a solução não é fixada por um terceiro.

Essa técnica de autocomposição possui suma importância em causas envolvendo o direito de família, pois, “pela natureza dos conflitos de interesses e pela delicadeza da matéria, entende-se que a forma autocompositiva, consensual e com diálogo é a que se mostra mais eficaz, com numerosas vantagens para as pessoas” (CARDIN, 2018).

Portanto, com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, novos entendimentos surgiram, como, por exemplo, a ideia de se observar o operador do direito como um pacificador, e não como um litigante, estimulando-se, assim, o uso de práticas cooperativas entre as partes.

No mais, a criação da mencionada resolução partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer as políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos.

Pode-se constatar que, de fato, o Conselho Nacional de Justiça tem se esforçado para mudar a maneira com que o Judiciário se comporta perante a sociedade. Isso porque são buscados resultados efetivos para o jurisdicionado.

Tal esforço refletiu na elaboração do “novo” Código de Processo Civil, o qual prevê em seu artigo 165 e seguintes, regras aplicáveis aos conciliadores e mediadores judiciais.

Ademais, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Importante constatar, também, que, referida lei aduz que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia

entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Assim,

é cediço que, as políticas de acesso à Justiça das duas últimas décadas (Juizados Especiais, ampliação da estrutura judiciária, jus postulandi, acesso à informação), permitiram considerável liberação da litigiosidade contida na sociedade. O cidadão comum, antes refratário aos balcões do Judiciário, atualmente o utiliza com a frequência de consumo de um bem precíval. Não raro, canaliza-se por meio do Judiciário uma série de frustrações advindas da má-prestação de serviços básicos (telefonia, transportes), decorrentes da frágil regulação promovida pelas agências supostamente reguladoras, ou ainda pelo uso predatório de grandes grupos econômicos, que alicerçados em poder econômico ou político (quando não, ambos), utilizam da sistemática processual como veio de potencializar lucros, como é o caso de instituições financeiras convergindo para o Poder Judiciário as crescentes angústias da complexa vida contemporânea (MACHADO DE SOUZA, 2018, p.45).

O fomento à autocomposição também é feito pelas cortes superiores, nesse sentido a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se:

registre-se que “a desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça devem ser francamente incentivadas, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos” (STJ. REsp 1.623.475/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 20/04/2018).

Desse modo, verifica-se que os métodos autocompositivos estão de acordo com a ideia de acesso à justiça e, por isso, mostram-se favoráveis no cenário atual.

De mais a mais, em 24 de abril de 2020 a lei 13.994 instituiu a possibilidade de audiências de conciliação não presenciais nos Juizados Especiais.

A lei dispõe que, em processo em tramite junto aos Juizados Especiais, será possível a realização de conciliação não presencial com a utilização de recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real, tais como as audiências realizadas por meio de videoconferências.

Cabe ressaltar importância da mencionada lei, haja vista que,

a eventual ausência de quaisquer dos interessados ao ato traz consequências de pequena monta. Já no Sistema dos Juizados Especiais, a ausência injustificada do autor à sessão virtual de conciliação implicará na extinção do processo, com a sua condenação ao pagamento das custas processuais (art. 51, da Lei nº 9.099/1995), enquanto a ausência do demandado poderá acarretar que os fatos narrados pelo autor sejam considerados verdadeiros (artigo 20 da Lei nº 9.099/1995) (CHIMENTI, 2020, p. 220).

Logo, tais recursos podem auxiliar, sobremaneira, o acesso à justiça, pois, *“as platforms for internet innovation, the web sites can be used to explore new interfaces for informing the public and to test new solutions to help break down barriers to access to justice”* (STAUDT, 2005).

Assim, mais uma vez, observa-se o impulsionamento do uso da tecnologia para auxiliar o Poder Judiciário no exercício da prestação jurisdicional.

Contudo, o cenário de pandemia ocasionado no ano de 2020 pela Covid-19, mostrou que a sociedade brasileira, embora possua acesso às tecnologias, não estava preparada para uma mudança de paradigma em sua utilização.

Em tempos de confinamento e quarentena, as atividades da sociedade não podem cessar. Dessa forma foram utilizados, de forma massiva, meios tecnológicos de comunicação remota.

E não foi diferente para o Poder Judiciário.

O referido poder fez uso de *home office* para seus servidores, bem como utilização de meios de comunicação virtuais para a realização de audiências, utilizando-se aplicativos tais como *Teams*, *Google Meet*, entre outros.

Embora, encontrada a solução para o problema do distanciamento social, surge outro entrave: a falta de acessibilidade digital, que por sua vez

dificulta o acesso à justiça nesses novos tempos.

Por conseguinte, a falta de acessibilidade digital à grande parte da população economicamente hipossuficiente torna muitas vezes inviável a busca da jurisdição.

Dessa maneira,

ao Estado permanece o desafio de propiciar a acessibilidade digital necessária mesmo em situações de crise e exceção – como a pandemia –, disponibilizando pessoas treinadas para que os vulneráveis digitais possam exercer o direito fundamental de acesso à Justiça, até que todos sejam realmente iguais (TARTUCE, 2020, p.161).

Além de que,

para superar essas desvantagens, é preciso que a conciliadora ou mediadora utilize estratégias, (...) esclarecendo que, apesar de o uso da tecnologia ser capaz de gerar algum desconforto, ela pode contribuir para a resolução do conflito e atuar para que as partes recebam e compreendam adequadamente as informações que são enviadas por meio do recurso tecnológico (TARTUCE, 2020, p.157).

Diante do relatado, passam-se, adiante, às conclusões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, conclui-se que o Poder Judiciário caminha para se tornar um garantidor do acesso à justiça, assegurando às partes possibilidades para resolução dos seus conflitos, oferecendo, assim, cidadania ao jurisdicionado.

Nesse contexto, os institutos da conciliação e mediação mostram-se importantes ferramentas para a concretização do acesso à justiça, em especial no novo panorama produzido pela pandemia da Covid-19.

Observa-se, ainda, que o incentivo legal à autocomposição é uma ferramenta importante para ampliar o acesso à justiça, e da mesma forma pro-

porcionar uma tutela jurisdicional com maior qualidade.

De mais a mais, a disposição sobre a possibilidade da conciliação feita por meio de recursos tecnológicos vai ao encontro da realidade brasileira, diante dos problemas sociais e econômicos enfrentados pelo país e pelo mundo.

Portanto, diante das peculiaridades da sociedade atual, a utilização da tecnologia nos institutos autocompositivos revela-se promissora, contribuindo-se, assim com a efetivação do acesso à justiça.

Todavia, observa-se que ainda há um grande caminho a ser percorrido em relação ao pleno acesso à justiça. E que, na atual perspectiva, ocasionada pela pandemia da Covid-19 no ano de 2020, verifica-se que a tecnologia tem muito a contribuir para o exercício da tutela jurisdicional.

Assim, institutos como a mediação, conciliação, audiência remotas, entre outros, foram de suma importância para o enfrentamento dessa crise, proporcionando a continuação do serviço público, em especial o realizado pelo Poder Judiciário.

Cabe, após a superação da referida crise, o constante aprimoramento de tais institutos incorporando-os definitivamente às práticas forenses, ampliando-se dessa maneira o acesso à justiça à população.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; GAGNO, Luciano Picoli. **A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/08_1047.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. **Manual de Mediação Judicial. Conselho Nacional de Justiça. 2016**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

_____. **Resolução N° 125 de 29 de novembro de 2010, Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?-documento=156>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. **Da mediação na alienação parental**. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 16, n. 01, p. 287 - 306, fev. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2424>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer, atualização para 6ª edição: Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Impactos futuros da pandemia nos Juizados Especiais**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_8.3_impactos%20futuros%20da%20pandemia%20nos%20juizados%20especiais%20corrigido.pdf?d=637365548937550319>. Acesso em 01 de outubro de 2020

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965

DINAMARCO, Cândido Rangel; **Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1**, Editora Malheiros, São Paulo: 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 1ª edição, 1987 – 2ª edição, 1990. São Paulo: Malheiros editores ltda, 1990.

_____. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo : Malheiros, 2016.

GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_2.1_releitura%20do%20princ%3%ADpio%20do%20acesso%20%3%A0%20justi%3%A7a.pdf?d=637364810393339584>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2002.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **A modernidade líquida em Zygmunt Bauman: Análise da possibilidade de um direito fraterno**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/391>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. **O papel da defensoria pública como instrumento de efetivação do acesso à justiça aos vulneráveis**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3527>>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

MACHADO DE SOUZA, Fernando; GRAEFF FILHO, Joe. **A conciliação nas demandas do poder público como instrumento de pacificação social e eficiência na administração**. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 16, n. 01, p. 37-55, feb. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2114>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1** [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 3 ed. ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 5ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo** / Horácio Wanderlei Rodrigues, Eduardo de Avelar Lamy. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. 7 edição. Afrontamento. 1994.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Preconceito e discriminação pela Internet: legitimidade da incriminação** Tese (Doutorado em Direito, Área de concentração: Direito do Estado; Linha de Pesquisa: Direito, Poder e Controle Social) - Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29938/R%20-%20T%20-%20JOSE%20EDUARDO%20LOURENCO%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

STAUDT, Ronald. **Technology for Justice Customers**. Paper apresentado na Conferência de 2005, do ILAG, International Legal Aid Group, realizada em Killarney, na Irlanda.

TARTUCE, Fernanda; BRANDÃO, Débora. **Mediação e conciliação on-line, vulnerabilidade cibernética e destaques do ato normativo nº 1/2020 do NUPEMEC/SP**. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_5.2_media%C3%A7%C3%A3o%20e%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20on-line_.pdf?d=637364814447198926>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

A IMPLEMENTAÇÃO DEFICIENTE DO DIREITO ESTRANGEIRO NO BRASIL, SEU IMPACTO NO ACESSO À JUSTIÇA E A IMPORTÂNCIA DOS PADRÕES DECISÓRIOS

João Victor Nardo Andreassa¹

RESUMO

A busca pelo desenvolvimento do direito é uma importante meta dos protagonistas do direito. Contudo, há casos de, nesta busca, injetar-se preceitos jurídicos estrangeiros sem a devida adaptação ao cenário nacional, ocasionando na insegurança jurídica de, a cada decisão exarada, ter-se uma interpretação do direito advindo de outra realidade, impactando diretamente no acesso à ordem jurídica justa. Da importância deste tema e da primazia pelos padrões decisórios no Código de Processo Civil, tem-se a seguinte hipótese de pesquisa: como o Código de Processo Civil ajuda na correta aplicação de institutos jurídicos estrangeiros, sem que se tenha um caos decisório? Este é o objetivo principal do trabalho. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos. Conclui-se que cabe às Cortes de Precedentes realizar a devida interpretação destas teorias estrangeiras e, de acordo com os preceitos da integridade e coerência do Código de Processo Civil, determinar os rumos de sua aplicação isonômica pelas próprias Cortes de Precedentes e pelas Cortes de Justiça, de modo que se tenha, realmente, mais uma útil teoria jurídica à serviço da resolução de conflitos, e não um artifício em favor da insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Integridade e coerência; Máxima da proporcionalidade; Motivação das decisões; Precedentes; Reserva do possível.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para Pagamento de Taxas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. E-mail: jvictornardo1996@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do direito pátrio é uma das principais metas dos protagonistas do direito, como há de ser. Contudo, deve-se ter apego à complexidade do direito. O direito é construído, modificado e influenciado por diversos aspectos, como a história e o desenvolvimento do país.

Com a finalidade de aprimorar a ordem jurídica brasileira, muito se introduz do direito externo, principalmente aqueles de origem europeia, o que auxilia na construção e aprimoramento do que é praticado no Brasil. Entretanto, há de se verificar que, por diversas vezes, o direito externo é injetado na legislação sem o devido estudo sobre a adaptação daquele à realidade brasileira.

Por conta disto, tem-se a seguinte hipótese de pesquisa: como o Código de Processo Civil ajuda na correta aplicação de institutos jurídicos estrangeiros, sem que se tenha um caos decisório? Este é o objetivo principal deste artigo, havendo-se, por objetivos secundários, a explanação sobre a aplicação de visões do direito concebidas originalmente para uma realidade distinta, citar exemplares de inadequado emprego destas visões no próprio direito brasileiro, bem como a análise da necessidade de integridade e coerência nos tribunais. Expressa-se que, não se tem por objetivo a pretensão de esgotar o tema, busca-se apenas a contribuição para a discussão do relevante tema.

Utiliza-se o método dedutivo, de forma a se utilizar de duas premissas, uma maior referente a análise do direito estrangeiro implementado no Brasil, com uma premissa menor, a partir de exemplos de indevida aplicação destes preceitos, com uma análise lógica entre estas premissas para que se possa vislumbrar uma solução por intermédio da integridade e coerência que reclama o Código de Processo Civil. Como procedimentos metodológicos, emprega-se pesquisas bibliográficas e documentais.

O caminho percorrido no trabalho se inicia com o estudo de preceitos jurídicos estrangeiros estabelecidos no Brasil, isto sob a visão de um artigo escrito por Brian Z. Tamanaha. Após, passa-se a citar a teoria da reserva do possível e a máxima da proporcionalidade de Alexy como exemplos de uma inadequada implementação de teorias advindas de outras realidades. Por fim, traça-se um paralelo entre a integridade e coerência do artigo 926 do Código

de Processo Civil, bem como do artigo 927 do mesmo Código e o respeito aos padrões decisórios, como uma possível solução à aplicação desordenada de preceitos jurídicos estrangeiros no direito pátrio.

1. UMA ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO IMPLANTADO NO BRASIL SOB A ÓTICA DO TRABALHO DE BRIAN Z. TAMANAHA

O Brasil é um país multicultural, de dimensões territoriais continentais, onde há diversos costumes que de certa forma gerem parte das ações dos cidadãos brasileiros. Como forma de regulamentar o direito pátrio, muito se importou das legislações estrangeiras, principalmente as europeias.

Nosso país é considerado de modernidade tardia, ou seja, os direitos mais básicos não são implementados de forma satisfatória. Saúde, educação, moradia, para citar os direitos sociais e, até mesmo a própria dignidade humana, são exemplos de direitos ainda não satisfatoriamente realizados no Brasil.

Apesar deste déficit na realização dos direitos, muito se exporta de outros países, o que é válido na melhora da prestação jurisdicional. A comparação entre os sistemas jurídicos contribui para a melhora das instituições. Contudo, há de se observar as peculiaridades de cada localidade.

Na ânsia de introduzir uma nova doutrina no direito pátrio, esquece-se de observar as características de cada país. Isto é importante pois, o surgimento de um novo direito tem uma carga histórica e social que o originou e esta legitima o novo direito diante da população do país.

De forma a compreender melhor a inserção de um direito concebido originalmente em um país e exportado para outro, é valiosa a exposição sobre o artigo “O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento”, de Brian Z. Tamanaha, publicado na Revista de Direito GV.

Tamanaha (2010, p. 175-176), começa explicando que o Direito e Desenvolvimento já está sendo implementado a mais de meio século, com apoio financeiro de várias instituições, envolvendo-se em incontáveis projetos de reforma jurídica pelo mundo. O trabalho elaborado pelo Direito e Desenvolvimento é financiado pelas principais instituições nacionais e internacionais, públicas e privadas (TAMANAHA, 2010, p. 176).

Algumas considerações são feitas por Tamanaha (2010, p. 178), com

o objetivo de extrair as implicações do primado da sociedade para o Direito e Desenvolvimento. A primeira é a de que o Direito e Desenvolvimento não é um campo, sendo que o trabalho do Direito e Desenvolvimento é mais bem aceito como uma aglomeração de projetos vinculados a atores com motivações que contam com apoio financeiro (TAMANAHHA, 2010, p. 179).

Há de se destacar que nenhum país capitalista avançado está listado no Direito e Desenvolvimento, sendo que a eleição é feita por termos negativos, o que pode tornar perigosa a experiência de aplicar situações típicas de um local a outro (TAMANAHHA, 2010, p. 180-181).

Quanto ao desenvolvimento jurídico, este se concentra na criação, expansão na consolidação ou melhoria da eficiência das instituições, reforçando o direito, constantemente focando na reforma dos tribunais (TAMANAHHA, 2010, p. 181).

Tamahana (2010, p. 181) expressa que a reforma não funcionará se focar somente nos tribunais e nas leis, fazendo-se necessário um grupo de profissionais jurídicos e, de igual forma, auxiliar e desenvolver práticas jurídicas firmes e conhecimento jurídico compartilhado. Entretanto, o império do direito apenas exige que funcionários governamentais e cidadãos em geral se vinculem à lei, cumprindo-as (TAMAHANA, 2010, p. 182).

A dificuldade em incentivar e defender a obediência às leis aumenta quando a população local enxerga o judiciário com distanciamento e repulsa (TAMAHANA, 2010, p. 182). “A maneira como se desenvolve um sistema jurídico, sua forma e seu caráter em uma determinada sociedade sempre é, fundamentalmente, uma questão local” (TAMAHANA, 2010, p. 184).

O Direito e Desenvolvimento tem o desejo de desenvolvimento econômico, sendo os sistemas jurídicos um pré-requisito essencial para o desenvolvimento econômico sustentável, acreditando-se que os direitos e a proteção jurídica ajudariam a melhorar as condições de vida e as perspectivas econômicas (TAMAHANA, 2010, p. 185-186).

Tamahana (2010, p. 187) evidencia que desenvolvimento jurídico pode não resultar, necessariamente, em desenvolvimento econômico, pois as situações ou estágios diferentes de desenvolvimento econômico e jurídico se manifestam em relações causais diferentes.

Para além do desenvolvimento econômico, busca-se um pacote progressista de desenvolvimento social (TAMAHANA, 2010, p. 190). Contudo, situações que deveriam garantir a independência do judiciário, acabaram por favorecer a corrupção e a fé nos tribunais como sinônimo de liberdade, democracia e direito padeceu diante de decepções (TAMAHANA, 2010, p. 192).

Um dos motivos de falhas no empreendido é que, muitas vezes, a equipe enviada é inexperiente e desinformada a respeito de como funcionam as situações locais e se utiliza muitos exemplos do passado, colocando pouco espaço para inovações (TAMAHANA, 2010, p. 196-197).

Outro ponto é o risco de transplantar o confronto de ideias, implantando novos preceitos sem se levar em consideração as diferenças entre as sociedades exportadoras e receptoras (TAMAHANA, 2010, p. 197-198). Ainda, o Direito e Desenvolvimento não é necessariamente o desenvolvimento jurídico, uma vez que, se os projetos atuais fossem encerrados, muito pouco mudaria, e as instituições jurídicas dos países continuariam a fazer o que já fazem (TAMAHANA, 2010, p. 200-201).

Por fim, Tamahana (2010, p. 203-204) expõe que o intuito de seu ensaio não é rejeitar o desenvolvimento jurídico, mas reforça que os objetivos teriam de ser mais bem estabelecidos, com os atores locais trabalhando neles.

O desenvolvimento jurídico propõe a melhoria do funcionamento das instituições jurídicas, atendendo à sociedade e não se confunde com o Direito e Desenvolvimento (TAMAHANA, 2010, p. 207).

Tamahana expõe que não basta injetar muitos recursos financeiros, profissionais estrangeiros e uma filosofia de trabalho totalmente diferente da que é praticada na localidade onde tentar-se-á desenvolver a atividade jurídica.

É preciso uma adaptação aos países onde então se inserindo os novos preceitos jurídicos, com o respeito à localidade e aos seus cidadãos, sendo que, o desenvolvimento jurídico deve ser o foco principal. Os interesses dos agentes que atuarão nos países, ou mesmo das instituições financiadoras não podem ser os norteadores principais do Direito e Desenvolvimento.

O ensaio de Tamahana ajuda a entender a razão pela qual a simples importação de um direito estranho ao país de origem, por mais bem

desenvolvido que seja, não basta a melhoria da ordem jurídica local, pois os costumes de cada lugar pesam em grande medida na legitimidade e aceitação daquele direito.

O Direito e Desenvolvimento se mostra como um movimento interessante ao desenvolvimento do direito, mas, apesar de sua finalidade inicial, seu objetivo parece não estar sendo satisfeito.

Os interesses daqueles que organizam e financiam os programas de desenvolvimento, como o desenvolvimento econômico e social, de modo semelhante aos países capitalistas, parecem se sobressair ao objetivo primordial de melhoria da atividade de prestação das atividades à população.

Dos diversos fatores evidenciados, destaca-se a não observação das características locais onde se está pretendendo inserir um novo direito. Desta forma, passa-se a analisar, com os exemplos da teoria da reserva do possível e a máxima da proporcionalidade de Alexy, o direito estrangeiro implementado no Brasil, sem que se tenha tido a devida adaptação às peculiaridades da sociedade brasileira.

2. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ALEXY: EXEMPLOS DE TEORIAS ESTRANGEIRAS APLICADAS INADEQUADAMENTE NO BRASIL

Um dos exemplos que se pode verificar de implementação inadequada de uma teoria jurídica estrangeira no Brasil, é a teoria da reserva do possível, pois, pensada e desenvolvida para uma realidade totalmente diversa, a da Alemanha, um país com uma implementação adequada de direitos sociais básicos.

A teoria da reserva do possível não foi arquitetada para diminuir imposições mínimas do Estado com relação às obrigações sociais acudidas pela dignidade da pessoa humana (NUNES JUNIOR, 2009, p. 176). Quando se discute nos Tribunais as restrições à efetivação de direitos fundamentais, a denominada cláusula da reserva do possível é rotineiramente invocada, sendo que tal hipótese foi chamada em julgamento no Tribunal Constitucional alemão, em decisão que ficou conhecida como *Numerus Clausus* (MÂNICA, 2007, p. 180).

Esta teoria da reserva do possível não se refere direta e unicamente a existência de recursos materiais suficientes para concretização do direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação (MÂNICA, 2007, p. 181). Contudo, a interpretação feita de tal teoria no Brasil fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida que considerou como limite dos direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa (MÂNICA, 2007, p. 181).

Para Nunes Junior (2009, p. 221), a teoria da reserva do possível não tem aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, dado que em relação aos direitos sociais mínimos, não se pode alegar insuficiência de recursos econômicos, mas por definições de prioridades, sendo que esta teoria pode ser aplicada apenas em países mais evoluídos na realização dos direitos sociais (NUNES JUNIOR, 2009, p. 221). Isto pois, não basta a mera alegação de inexistência de recursos, mas sim, a comprovação de ausência de recursos, na denominada exaustão orçamentária (MÂNICA, 2007, p. 182). A reserva do possível portanto, tem poder para afastar a intervenção do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, mas, apenas na hipótese de comprovação de ausência completa de recursos orçamentários suficientes para tanto (MÂNICA, 2007, p. 182). Nunes Junior (2009, p. 193), expressa, de igual forma, que esta teoria só poderia ser levantada em caso de absoluta inexistência de recursos, inclusive para fins não prioritários.

É possível, tão somente, pensar em sua aplicação de forma extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro, referindo-se apenas a demandas concernentes de realização dos direitos sociais que excedam o conceito de mínimo vital e que não estejam abarcados por normas constitucionais que atribuam direito públicos e subjetivos (NUNES JUNIOR, 2009, p. 196). Isto, ainda, é de difícil comprovação, pois há o mínimo vital que perpassa somente pela existência, como o direito a ter uma alimentação básica, ou um mínimo vital realmente digno, abarcando todos os direitos sociais, inclusive o acesso à cultura e lazer.

É que, não incumbe a da reserva do possível ser uma escusa geral pela não materialização dos direitos básicos sociais. Entretanto, este contexto pode ser verificado em diversas demandas postas nos Tribunais, nos casos em que os entes

federativos são requeridos pela sua ineficiência (BECHARA; ANDREASSA; LEÃO JÚNIOR, 2020, p. 6).

Uma outra teoria, também de origem alemã, é a do autor Alexy, muito citado em decisões atinentes aos chamados casos difíceis, nos quais se verificam a colisão de princípios de direitos fundamentais (ou pelo menos deveria ser apenas nestes casos).

O autor alemão preleciona que, em uma colisão de princípios, esta não se resolve no plano da validade ou da exceção, como acontece no conflito entre regras, mas sim na declaração de precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições (ALEXY, 2011, p. 93). Isto acontece pela restrição das possibilidades jurídicas, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, recusando a resolução da colisão por relações de precedência absoluta de um princípio em relação ao outro, podendo haver, apenas, a precedência de maneira condicionada (ALEXY, 2011, p. 96-97).

Alexy (2011, p. 116-117), dita, sobre a máxima da proporcionalidade, que esta tem uma conexão direta com a teoria dos princípios, significando, nisto, nas três máximas parciais que compõem aquela, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).

Os princípios, como mandamentos de otimização em face de possibilidade fáticas e jurídicas, têm na proporcionalidade em sentido estrito a relativização das possibilidades jurídicas e, quanto à adequação e necessidade, estas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Importante ressaltar que, não se está querendo por dois princípios em uma balança para decidir qual vale mais. Tal ressalva se faz necessária pois, nos tribunais pátrios, é comum vislumbrar a aplicação inadequada da teoria de Alexy.

Como ressalta Streck (2017, p. 81-83), os tribunais modificaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando esse conceito como um enunciado performático, capaz de fundamentar diversos posicionamentos diversos, como no caso *Ellwanger*, em que, com base na ponderação, tiveram-se votos discrepantes.

Ainda na inadequada recepção de Alexy no Brasil, Moraes (2018, p. 181), pela análise de 189 decisões do Supremo Tribunal Federal, aponta, em sua segunda conclusão sobre o sentido da proporcionalidade constatado nas decisões que, não se verifica precisão sobre o conceito dos princípios jurídicos sob os quais se resolveu os casos por meio do princípio da proporcionalidade, sendo este utilizado de forma indiscriminada para resolver qualquer tipo de colisão, o que indica a falta de conceituação rígida sobre a característica dos Direitos Fundamentais, como normas de princípios jurídicos, um dos pressupostos estabelecido por Alexy para aplicação da máxima da proporcionalidade.

Há, pois, desvirtuamentos das teorias originalmente concebidas. Isto, por si só, não seria um problema, desde que se tivesse uma aplicação uníssona, em consonância com a segurança jurídica, até mesmo porque se necessita de uma previsibilidade da pretensão tutelar pelo direito para que a sociedade se desenvolva. O acesso à ordem jurídica fica, diante disto, fragilizada.

A correta interpretação das teorias estrangeiras importadas, por assim dizer, ao direito pátrio, devem ser feitas pelos tribunais competentes para tanto, na forma como estabelece a ordem jurídica pátria, e não de acordo com cada consciência prolatora das decisões, ou seja, de acordo com cada julgador. É o que se passa a estudar.

3. INTEGRIDADE E COERÊNCIA NOS JULGADOS: O ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A IMPORTÂNCIA DOS PADRÕES DECISÓRIOS

De forma a se combater o direito lotérico e desrespeitoso com a segurança jurídica, que, em uma de suas formas, se manifesta pela imprópria adoção de uma teoria jurídica estrangeira, legislador processual se preocupou com os padrões decisórios, como se denota pelo artigo 926, do Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno,

os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (BRASIL, 2015).

Está a contemplar a integridade e coerência. A jurisprudência íntegra é aquela que, ao ser construída, considera a história institucional das decisões sobre o tema, levando-se em conta a evolução de suas decisões proferidas anteriormente acerca da matéria (CÂMARA, 2016, p. 433-434). Ademais, a jurisprudência deverá ser coerente, o que quer dizer: “[...] em casos semelhantes deve ser assegurada uma isonômica aplicação principiológica” (CÂMARA, 2016, p. 434), significa dizer, em outras palavras, que casos parecidos devem ser decididos de forma semelhante.

Verifica-se que, não se deve dar prestígio apenas ao enunciado de súmula, havendo-se, para aplica-lo, de se ter a correta correlação entre a razão de decidir dos julgados que promoveram o enunciado sumular. Isto quer dizer que a adequada motivação das decisões judiciais é imperiosa para a verificação da aplicação deste mandamento de integridade e coerência. É ainda, em cortejo aos padrões decisórios, que o artigo 927 disciplina:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de

juízo de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Vale dizer, de início, que os enunciados sumulares e a jurisprudência não constituem precedentes, apesar de, pelo artigo 927, atribuírem o dever de observação aos magistrados quando de sua atividade decisória. É que, o enunciado de súmula “[...] é um *extrato da jurisprudência dominante de um tribunal*” (CÂMARA, 2016, p. 431). Pode se constituir de distintos precedentes, ou mesmo advir de diferentes fundamentações com o mesmo resultado (CÂMARA, 2016, p. 431).

Partindo-se aos precedentes, no conceito de Neves (2019, p. 1595), precedente é o julgamento que venha a ser utilizado como fundamento em julgamento diverso e posteriormente proferido, registrando-se que, não são todas as decisões que podem ser consideradas como precedentes, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei. Ainda, os precedentes, apesar de partirem da decisão judicial, não se confundem com estas, pois são razões generalizáveis, ajudando na determinação e previsibilidade do direito (MITTIERO, 2018, p. 91).

Todos os incisos do artigo 927 impõem a obrigatoriedade de observação, mais nem todos são vinculativos, pois há os precedentes vinculantes, de aplicação obrigatória, e os precedentes não vinculantes (persuasivos ou argumentativos), que, a despeito de não poderem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, estes podem, entretanto, decidir de modo diverso, mas isto desde que se tenha uma robusta motivação para a não aplicação do precedente não vinculante (CÂMARA, 2016, p. 435). São precedentes vinculantes as decisões e enunciados sumulares descritos nos incisos I a III do artigo 927, e são meramente argumentativos ou não vinculantes, as decisões e enunciados sumulares indicados nos

incisos IV e V deste mesmo artigo (CÂMARA, 2016, p. 436).

Haverá, ainda, de se ter a separação das Cortes de Justiça e das Cortes de Precedentes (ou Cortes Supremas), pois não é competência de todo tribunal produzir precedentes. Separando-as, primeiramente, as Cortes de Justiça têm por finalidade o controle retrospectivo das decisões exaradas pelos juízes de primeiro grau de jurisdição, por intermédio de julgamentos de recursos de apelação, agravo de instrumento, de maneira que a demanda seja decidida de forma justa, até porque, nestas cortes, há a amplitude de discussão da causa, cabendo à estas Cortes reexaminar todos os aspectos fáticos, probatórios e jurídicos (MITIDIERO, 2018, p. 83).

Já as Cortes de Precedentes ou Cortes Supremas, têm por finalidade dar unidade ao direito aplicado nos tribunais pátrios. No caso brasileiro, este intento cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Nas palavras de Mitidiero:

As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante a formação dos precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle das retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de *guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil*. Vale dizer: deve atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação (MITIDIERO, 2018, p. 85).

Por meio dos padrões decisórios, há o afastamento do pensamento de que, cada consciência de um juiz é produtora de uma decisão diferente, como se o magistrado pudesse decidir de forma solipsista em uma relação sujeito-objeto. Mas o que isto tem a ver com a inadequada implementação de teorias estrangeiras? Ora, é uma possível solução.

Tanto a reserva do possível quanto a máxima da proporcionalidade de Alexy, são aplicadas de formas distintas das que originalmente foram concebidas. Isto até não seria um problema, pois deve haver uma adequação

da teoria alienígena à realidade nacional, contudo, isto não pode ocorrer de acordo com cada pensamento isolado de um juiz ou mesmo de um tribunal.

Em outras palavras, cabe às Cortes de Precedentes realizar a devida interpretação destas teorias estrangeiras e, de acordo com os preceitos da integridade e coerência do Código de Processo Civil, determinar os rumos de sua aplicação isonômica pelas próprias Cortes de Precedentes e pelas Cortes de Justiça, de modo que se tenha, realmente, mais uma útil teoria jurídica à serviço da resolução de conflitos, sendo uma ferramenta do acesso à justiça, e não um artifício em favor da insegurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção de um direito estrangeiro pode ser algo positivo. Contudo, há de, necessariamente, observar as peculiaridades locais para tanto. Não basta forçar a entrada de um direito concebido para uma realidade em outra completamente diferente. Como as que são expostas no projeto Direito e Desenvolvimento.

Os exemplos da teoria da reserva do possível e a máxima da proporcionalidade de Alexy, demonstram os resultados decorrentes de uma inadequada realização, no direito pátrio, de teorias que não foram concebidas, ordinalmente, para a sociedade brasileira. É preciso, por consequência, que se tenha uma unidade de julgamento com base em tais premissas importadas.

Não se pode admitir que cada magistrado imponha o que ele entende como sendo a adequada aplicação de qualquer preceito que seja, inclusive aqueles advindos de direitos estrangeiros. Como forma de se dar unidade ao direito, o Código de Processo Civil demonstra a preocupação com a adequada motivação das decisões judiciais, bem como com a integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, com o devido respeito aos padrões decisórios.

Pelo estudo das premissas apresentadas, utilizando-se do método dedutivo, conclui-se que cabe às Cortes de Precedentes realizar a devida interpretação destas teorias estrangeiras e, de acordo com os preceitos da integridade e coerência do Código de Processo Civil, determinar os rumos de sua aplicação isonômica pelas próprias Cortes de Precedentes e pelas Cortes

de Justiça, de modo que se tenha, realmente, mais uma útil teoria jurídica à serviço do acesso à ordem jurídica justa e da resolução de conflitos, e não um instrumento em favor da insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** – 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BECHARA, Gabriela Natacha; ANDREASSA, João Victor Nardo; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. A busca dos direitos sociais perante o estado-juiz. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3261>. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3261>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista brasileira de direito público** – ano 5, n. 18, jul./set., 2007. p. 169-186.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação** – 3. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF** – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais** – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TAMANAHHA, Brian Z.. O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 175-212, jun. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808=24322010000100010-&lng=pt&nrm-iso. Acesso em: 07 out. 2020.

A PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS IMPACTOS NA SEARA DA INCLUSÃO DIGITAL

Camila Reis Henrique¹

RESUMO

A pandemia de COVID-19 abalou o mundo no ano de 2020. Considerando as dificuldades enfrentadas em razão de problemas com o acesso à tecnologia, objetiva-se analisar os conceitos de inclusão digital em meio a ocorrência do coronavírus. Para tanto, procede-se à utilização do método dedutivo, com emprego de revisão bibliográfica e legislativa pertinentes ao tema. Desse modo, observa-se que ainda existem inúmeras barreiras no tocante ao acesso aos meios digitais por parte da população, sendo possível concluir haver assimetrias a depender da classe social, poder econômico, educação, entre outros fatores.

PALAVRAS-CHAVE

Inclusão digital; Justiça Social; Pandemia COVID-19.

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Legale. Pós graduanda em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. E-mail: camilareishenrique@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é tratar acerca dos novos meios tecnológicos e a inclusão digital em meio a pandemia do Covid-19, que tem ocasionado o isolamento social e a necessidade de mudanças no cotidiano dos brasileiros e de toda a população mundial.

No primeiro tópico serão analisadas questões sobre o vírus e as novas formas de utilização de plataformas digitais, questionando-se a respeito da contribuição destas para a retomada das atividades sociais.

No segundo tópico, serão analisadas as novas modalidades de ensino através das plataformas online e como estas podem ser prejudiciais para pais e alunos, e desgastante para professores que se viram desamparados em meio a tantas novas informações e métodos pedagógicos.

No terceiro tópico serão demonstradas as novas formas de trabalho através da modalidade *home office* e como as empresas foram afetadas economicamente com a quarentena e isolamento social.

Ainda, busca-se discorrer a respeito dos impactos das medidas de prevenção e diminuição da contaminação com vírus nos ambientes de trabalho, fazendo com que empregados e empregadores possam se manter distantes e continuarem suas atividades, produzindo lucros para a empresa.

Por fim, no quarto e último tópico, serão abordados os novos desafios e a falta de inclusão digital que atinge grande parte da sociedade brasileira, onde muitas pessoas não conseguiram adaptar-se a nova realidade devido a dificuldades financeiras, de acesso a internet ou por não terem afinidade com os meios eletrônicos.

Desta forma, utilizando-se do método dedutivo, serão utilizadas referências bibliográficas, legislação pertinentes e fatos para demonstrar os impactos da tecnologia das atividades do cotidiano do brasileiro em meio à pandemia, acontecimento histórico do ano de 2020.

1. TRANSFORMAÇÃO DIGITAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19

No ano de 2019, pouco se sabia a respeito de um novo vírus que surgiu em Wuhan, na China, e, ao primeiro contato, aparentava ser altamente contagioso. Pouco tempo depois, toda a comunidade internacional se surpreendeu, ao ver que o vírus, de fato, se espalhava com extrema facilidade e exigia novas atitudes por parte da população, sendo espalhado por todo o globo terrestre.

Assim, começou a pandemia de COVID-19, doença provocada pelo SARS-COV-2, da grande família viral dos coronavírus, conhecidos há décadas pela ciência. Entretanto, o vírus SARS-COV-2, em razão de seu ineditismo e imprevisibilidade, trazia um novo desafio para a ciência, que adotou diversos protocolos e divulgou informações a fim de conter o vírus.

Dentre as informações divulgadas, podemos mencionar o uso obrigatório de máscaras, evitar aglomerações, incentivo ao isolamento social, lavar frequentemente as mãos, higienizar as mãos e utensílios com álcool, entre outros.

Contudo, em razão da dificuldade da população em seguir as recomendações dadas pelas autoridades da saúde e da ciência, na maioria das localidades a adoção dos meios digitais para desenvolver atividades corriqueiras como estudar e trabalhar passou a ser uma realidade frequente, haja vista que o número de casos se encontrava em ascensão e se expor à aglomerações deveria ser evitado.

Por meio de videochamadas, alunos, professores, empregadores e empregados se reuniram virtualmente em tempos de isolamento social para dar continuidade às suas atividades, que não poderiam ficar paralisadas por tempo indeterminado, seja pela queda nos lucros, seja pelo prejuízo educacional.

De acordo com Coutinho (2020), temos a respeito de toda a situação decorrente da pandemia de SARS-COV-2 e as sensações que foram despertadas na maioria da população mundial que:

É como se um pedaço do meteoro tivesse atingido o planeta em cheio, não em um tipo de apocalipse exatamente, mas em profundas

transformações, que não extinguem a humanidade, e sim, um estilo de vida global que vinha crescendo e se consolidando há décadas.

É certo que a sociedade deveria se adaptar às mudanças exigidas para que o convívio social pudesse ser retomado o mais breve possível. Todavia, até o presente momento, atitudes costumeiras e antes tidas como “normais” ainda não foram retomadas, mantendo-se na modalidade online.

A esse respeito, Guimarães Junior et. al (2020, p. 3) apontaram sobre os efeitos causados pela pandemia que:

Diante da impossibilidade de consumo no local, muitos serviços de varejo, sobretudo o de alimentação, e também produtores de alimentos para venda em locais físicos (tais como bolos, chocolates etc) modificaram seus negócios, através de inovações.

Essas inovações mencionadas, além de no sentido sanitário, são também as inovações trazidas por meio da tecnologia, tais como sistema delivery para entrega de produtos, compras online, reuniões por meio de aplicativos, entre outros.

Muito embora já fossem atividades desempenhadas anteriormente, por conta da pandemia elas tiveram que ser aprimoradas ou, caso não existentes no estabelecimento, implementadas para se evitar a perda de consumidores e, conseqüentemente, do lucro do estabelecimento.

De maneira trágica, pelo menos 600 mil micro e pequenas empresas fecharam as portas e 9 milhões de funcionários foram demitidos em razão dos efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus (BROTTERO, 2020), sendo possível ter um panorama da crise que o Brasil e o mundo vêm enfrentando.

Praticamente todos os setores foram afetados, e, entre eles, se encontram os setores de:

1- Atividades artísticas, criativas e de espetáculos; 2 -Transporte aéreo; 3 - Transporte ferroviário e metroferroviário de passageiros; 4 - Transporte interestadual e intermunicipal de passageiros; 5 - Transporte público urbano; 6 - Serviços de alojamento; 7 - Serviços de alimentação; 8 - Fabricação de veí-

culos automotores, reboques e carrocerias; 9 - Fabricação de calçados e de artefatos de couro; 10 - Comércio de veículos, peças e motocicletas. (BRASIL, 2020)

Assim, é possível constatar que os mais variados setores foram prejudicados, fazendo com que a economia mundial se abalasse e, em razão da extensão de tempo da pandemia — que perdura até o presente momento —, as mudanças surgiram para tentar reverter esse quadro caótico e ameaçador.

Ainda em se tratando das supracitadas mudanças, Coutinho (2020) nos traz em seus estudos que as redes sociais se encontram em seu apogeu em razão da pandemia, e ainda:

Com a pandemia, essas novas redes sociais encontram seu apogeu. As pessoas em casa durante longas quarentenas se comunicam umas com as outras praticamente apenas por meio do celular e seus aplicativos. O comércio de rua perdeu definitivamente espaço para o comércio eletrônico. Os relacionamentos de afeto que já vinham acontecendo nessas redes também se tornaram o único tipo possível em tempos de isolamento. Ficamos distantes em termos físicos, mas íntimos em termos digitais, cada um na sua respectiva casa. Mesmo que depois das quarentenas queiramos mais do que nunca nos encontrarmos presencialmente e nos tocarmos, matando a vontade de compartilhar espaços, um tempo longo de isolamento deixará marcas duradouras. Continuaremos sendo seres sociais, porém, cada vez mais pela Internet.

Desta feita, observa-se que, com a pandemia, além de novidades no setor tecnológico, houve também um crescimento no uso das tecnologias já existentes, que se demonstram como “corriqueiras” para um número expressivo da população, que possui telefones celulares, tablets, notebooks, entre outros.

O fenômeno da revolução digital foi fortemente percebido no ano de 2020 por conta da pandemia, período em que a população recorria principalmente aos meios digitais para buscar mais informações a respeito da doença, e para entrar em contato com familiares e amigos, por conta do isolamento social.

Assim, foi demonstrada a necessidade que os indivíduos têm de se utilizar de meios eletrônicos para desempenhar suas atividades e aumentar sua produtividade quando a situação não for ideal ou for arriscada presencialmente.

Ainda a respeito da revolução digital, Maurício Antônio Lopes (2016) aponta acertadamente que:

Com a revolução digital, novas formas de trabalho e negócios estão surgindo, com impactos para trabalhadores, clientes, fornecedores e parceiros de todas as organizações, públicas ou privadas. A transformação digital expande oportunidades para que mais empresas, indivíduos e países participem da economia global.

Entretanto, nem só de pontos positivos podemos constatar a respeito do setor da tecnologia. Em razão de seu relativamente elevado custo e dificuldade de implementação em determinadas localidades, alguns pontos negativos podem vir a surgir no tocante à falta de inclusão digital por parcela da população, como veremos mais à frente.

Agora, passemos a analisar os impactos da pandemia no setor da educação, que foi um dos setores que mais teve que receber adequações em sua rotina para se evitar maiores prejuízos.

2. PANDEMIA E EDUCAÇÃO

Atualmente, a educação brasileira tem passado por um momento com grandes desafios, e, mais do que nunca, a tecnologia teve que estar presente nas instituições educacionais, a fim de manter o cronograma de ensino anual de seus alunos.

No atual estado de crise pandêmica, devido ao Sars-Cov-2, mais popularmente conhecido como coronavírus ou COVID-19, é possível notar diversas creches, escolas e universidades sem nenhum tipo de programação presencial, o que tem preocupado muitos pais, alunos e professores.

Houve uma grande necessidade de repensar as formas de manter a aplicação dos conteúdos anuais de ensino, não permitindo que o isolamento

social causasse uma defasagem no aprendizado educacional.

Com isso, propagaram-se os meios digitais como forma de garantir o ensino, mesmo que a distância. Assim, escolas municipais, estaduais, particulares e universidades públicas ou privadas criaram plataformas online para que as aulas pudessem ser ministradas através da internet.

Neste sentido, surge um grande questionamento acerca da inclusão digital dos indivíduos, uma vez que não são todos que possuem acesso a internet ou aparelhos eletrônicos compatíveis com as plataformas, e, além disso, não houve uma preparação prévia para este novo modelo educacional.

Destaca-se ainda, que muitos alunos sentem grande dificuldade de aprendizado através das plataformas online, fazendo com a qualidade da educação brasileira caia e venha a gerar grandes prejuízos futuros para a população como um todo.

Cita-se, a título de exemplo, alunos do ensino fundamental, os quais seus pais não conseguem acompanhá-los nas aulas online ou precisam continuar trabalhando e necessitam deixar seus filhos com os avós, local no qual, por muitas vezes, não há acesso à internet.

Desta forma, este aluno perde conteúdos de sua grade curricular, não consegue acompanhar o restante da turma, deixa de realizar as tarefas, trabalhos e provas, fazendo com que quando tudo volte *in statu quo ante*, este aluno não se sinta motivado a estudar, uma vez que sentirá muitas dificuldades em seu aprendizado.

Vale lembrar que existem instituições de ensino que não criaram quaisquer plataformas online para que pudessem continuar a aplicação de seus conteúdos, fazendo com que seus alunos perdessem, até o presente momento, metade de seu ano letivo.

Por outro lado, existem os profissionais da educação que tem se desdobrado para enfrentar os novos desafios das plataformas para ministrarem suas aulas, pensando efetivamente no aprendizado e crescimento pessoal de seus alunos.

De acordo com o portal de notícia R7, temos a respeito do contato dos profissionais da área da educação com o ensino a distância que:

Quase 90% dos docentes informaram na pesquisa que nunca tinham tido qualquer experiência com um ensino a distância e 55% que não receberam, até agora, suporte ou treinamento para atuar de maneira não presencial. Sem orientação clara, os profissionais têm criado as próprias atividades. Não é à toa que 83% afirmaram se comunicar pelo WhatsApp com as famílias, em vez de usar ferramentas pedagógicas.

Ainda, em maio de 2020, o Instituto Península realizou uma pesquisa com diversos professores de escolas públicas e privadas, e chegou ao incrível resultado de que onde sete em cada dez professores alteraram totalmente ou parcialmente a sua rotina semanal.

Tudo isso teve grande impacto na vida dos docentes, uma vez que além de ministrar as aulas, ele se preocupam com a frequência que o aluno está tendo em sua aula, tenta manter contato com todos de sua sala e os manterem conectados com o restante da turma, e se reinventam para garantir um ensino de qualidade mesmo diante das circunstâncias atuais.

Ante todas essas mudanças, o Instituto Península chegou ao resultado de que 67% dos professores se sentem ansiosos por não terem sido preparados para o ensino virtual, e por não estarem recebendo apoio pedagógico para auxiliarem os alunos, uma vez que toda metodologia de ensino era feita para ensiná-los presencialmente.

Sendo assim, devemos encarar com maior receptividade o ensino a distância, uma vez que inexistente data prevista para o retorno presencial, pois ainda que sigamos todos os protocolos de segurança, o vírus poderá se propagar, devendo a segurança da população ser colocada em prioridade máxima.

Ante o exposto, se faz necessário novos meios de treinamento e suporte emocional, pedagógico e cibernético para todas instituições de ensino, professores, pais e alunos, que tem enfrentado este grande desafio da educação brasileira, buscando sempre alternativas mais inclusivas à maioria da população para que essa prática possa ser aplicada quando necessário.

3. PANDEMIA E O AMBIENTE DE TRABALHO

Diante da pandemia, diversos setores empresariais e profissionais foram atingidos em sua forma diária de trabalho, havendo grande necessidade

de reduzir os riscos de contágio entre os colaboradores a fim de evitar o número de infectados pelo vírus e exigir menos do sistema de saúde brasileiro.

De acordo com Jackson Filho et. al (2020, p. 1), a pandemia teve como seu provável foco um mercado atacadista de frutos do mar, sendo que:

No início do surto, na cidade de Wuhan na China, trabalhadores e clientes de um mercado atacadista de frutos do mar, considerado como o provável foco inicial da contaminação pelo manuseio de animais vivos, estiveram entre os primeiros casos de pessoas infectadas (cerca de 55% dos 47 casos reportados até o dia 1º de janeiro de 2020). Em Singapura, 68% dos 25 casos iniciais de contaminação comunitária foram atribuídos ao exercício profissional. No Brasil, o segundo óbito por coronavírus registrado foi o de uma empregada doméstica no Rio de Janeiro, cuja doença foi contraída no exercício do trabalho.

Com isso, podemos perceber que a exposição ao vírus no meio ambiente de trabalho mostra o quão potente é sua disseminação, havendo o fenômeno da transmissão comunitária, onde qualquer indivíduo está sujeito a adquirir o vírus e transportá-lo por onde for, seja em sua casa, meio de transporte ou ambiente de trabalho.

A contaminação de um indivíduo pode levar a contaminação em massa, ou seja, a responsabilidade do isolamento social a fim de que se evite a propagação do vírus é do empregador, empregado e de toda a sociedade, de forma que a empresa deve incentivar os testes em seus funcionários e promover uma política de afastamento àqueles do grupo de risco e também dos casos confirmados.

Sem o isolamento social, o vírus se demonstra muito mais fácil de se propagar, sendo que quanto mais pessoas puderem ficar em isolamento, menos aglomerações em ambientes públicos, e, por consequência, uma diminuição no número de novos infectados pelo vírus.

Ainda, apontam Feliciano e Ebert (2020) sobre a adequação dos locais de trabalho em meio a pandemia e os riscos de contaminação que:

Ainda sobre essa gama de cuidados labor-ambientais indispensáveis (e, em particular, quanto à necessária higienização

habitual dos equipamentos coletivos e individuais de trabalho), a Organização Internacional da Saúde destaca, em sua publicação dedicada à adequação dos locais de trabalho aos riscos advindos do novo coronavírus (“*Getting your workplace ready for COVID-19*”), que as pessoas podem se infectar, no meio ambiente do trabalho, a partir das gotículas de saliva ou de corrimento nasal depositadas no maquinário e no mobiliário de uso comum ou simplesmente por sua aspiração ainda no ar, o que reforça a necessidade do distanciamento de segurança entre os trabalhadores.

Dito isso, diversas empresas adotaram o sistema de *home office*, mais conhecido como teletrabalho, o que ocasionou grandes mudanças no dia a dia dos empregados, tais como a contratação de internet com melhor conexão, necessidade de cadeiras confortáveis, um espaço dentro de suas casas separado exclusivamente para o trabalho, bem como o corte de diversos benefícios pecuniários, tais como o vale transporte, alimentação, refeição e ajuda de custos.

Por outro lado, temos as empresas que tem enfrentado uma grande crise econômica com as portas fechadas devido a pandemia. De acordo com Valéria Aguiar, da Agência Brasil (2020), temos que:

A pandemia do novo coronavírus provocou o fechamento de 522,7 mil empresas de um total de 1,3 milhão que encerraram suas atividades, temporária ou definitivamente, na primeira quinzena de junho. Os dados são os primeiros resultados da Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas Empresas e fazem parte das Estatísticas Experimentais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O número representa 39,4% do total e a maioria, 518,4 mil (99,2%) era de pequeno porte, que são as de até 49 empregados; 4,1 mil (0,8%) eram de porte intermediário, as de 50 a 499 empregados; e 110 (0%) de grande porte, que têm mais de 500 empregados. O setor de Serviços foi o mais atingido. Foram 258,5 mil (49,5%), seguido do Comércio com 192,0 mil (36,7%), 38,4 mil (7,4%), da Construção e 33,7 mil (6,4%) da Indústria.

Com a intenção de diminuir os gastos e sobreviver ao período de isolamento social, 35,6% das empresas anteciparam as férias de seus funcionários e

38,4% adotou o teletrabalho como medida de prevenção e economia, uma vez que o funcionário que trabalha em sua própria casa não gera despesas com água, luz ou transporte e, continua prestando seus serviços ao empregador sem o risco de transportar o vírus no ambiente de trabalho da empresa.

O impacto social e empresarial que o novo coronavírus traz para o ambiente de trabalho desestabiliza a qualidade de vida, bem como a integridade física e psicológica dos trabalhadores, empregadores e de toda a comunidade das imediações.

As empresas que exercem atividades essenciais ou aquelas que não puderam fechar suas portas para seguir o isolamento social, devem buscar meios de contribuir com a saúde e segurança da população, através da redução de equipes, bem como rodízio de funcionários, fazendo com que os mesmos trabalhem em horários alternados, o

Ademais, se demonstram como boa prática o afastamento de maiores de 60 anos e daqueles que se enquadram no grupo de risco, higienização dos equipamentos pessoais e de uso coletivo, a obrigatoriedade do uso de máscaras e distanciamento físico no local de trabalho.

Assim, temos que as empresas que buscaram adotar o *home office* diminuíram drasticamente o risco de contágio entre seus colaboradores, contribuíram com toda a sociedade, mantiveram postos de trabalho e reduziram os gastos mensais das empresas, fazendo com que pudessem continuar exercendo suas atividades e obtendo lucros mensais.

4. INCLUSÃO DIGITAL E SEUS DESAFIOS

O meio digital se demonstra como sendo um meio muito proveitoso e frutífero, trazendo inúmeras vantagens para a população no sentido de facilitar encontros, pesquisas e propagação de informação, bem como outras particularidades.

Entretanto, deve-se pontuar que, por determinados fatores, nem todas as pessoas têm acesso aos meios tecnológicos, haja vista, principalmente, pela falta de recursos financeiros da população para tanto.

Com as mudanças globais que estão acontecendo nessa seara, pode-se

perceber um distanciamento de um número expressivo de pessoas, que acabam por sofrer da exclusão digital.

Sobre essas mudanças e o distanciamento de parcela da população, aponta Lopes (2016) que:

Essa mudança pode acentuar assimetrias, já que a lógica da nova economia digital favorece francamente as economias desenvolvidas, cujas indústrias avançam rapidamente para a fronteira da nova globalização. Deficiências em infraestrutura, que impactam a conectividade com o mundo digital, e em educação, que limitam a capacidade criativa e inovadora e o acesso aos serviços e bens do mundo digital, são dificuldades críticas para a participação dos países em desenvolvimento na nova economia. Isso pode levar a rupturas e exclusão, exigindo dos governos novas formas de apoio e suporte aos excluídos digitais (LOPES, 2016)

Essas assimetrias foram fortemente expostas em meio à pandemia, pois em lugares em que a economia não é desenvolvida e não há investimento em tecnologia, o aprimoramento desta área se torna muito limitado, não chegando à maioria da população.

Com isso, o indivíduo deixa de ser inserido em determinadas atividades que são essenciais para o seu desenvolvimento e bem-estar, tendo sido noticiados diversos casos pela mídia que abordaram essa problemática.

Entre esses casos, podemos destacar o caso do menino Willian Maciel Vieira Dantas, de 13 anos, aluno de escola pública que usava a rede Wi-Fi de um açougue para conseguir estudar em meio a pandemia, em razão da suspensão das aulas presenciais (BARBOSA, 2020).

Em razão da necessidade de dar seguimento às suas atividades e, em muitos casos, com recursos limitados, a população precisou se ajustar o mais rápido possível para se adequar às novas modalidades trazidas por meio da adaptação à tecnologia.

Alfageme (2020) pontuou em notícia que essa necessidade de adaptação súbita foi muito difícil para a população, e, ainda:

Tivemos de nos adaptar subitamente aos novos costumes trabalhistas, afirma a especialista em Medicina do Trabalho Teó-

fila Vicente-Herrero. “Nem todo mundo está preparado e tem a mesma velocidade”, acrescenta. A tensão de manter o nível de rendimento diante de exigências às quais não estamos habituados, assinala a também especialista em teletrabalho, causa “somatizações, com alterações digestivas, do ciclo do sono e ansiedade por essa má adaptação à nova situação de estresse”. Isso se agrava entre quem nunca trabalhou à distância. “Havia desinformação, falta de formação e de tecnologia. Os horários foram quebrados. Em muitos casos, as jornadas são intermináveis, e isso gera uma alteração nos ciclos biológicos e nas relações familiares e sociais.”

Com isso, é frisado novamente a discrepância que existe entre o acesso à tecnologia, seja por falta de recursos financeiros, seja pela falta de educação e conhecimento nesse sentido, entre outros diversos fatores que acabam por não deixar o meio tecnológico tão fluido quanto possível.

Cumprindo agora discorrer a respeito de dois setores que receberam grandes alterações no seu modo de funcionamento, sem prejuízo do restante dos setores, de forma que o presente trabalho frisar o meio ambiente de trabalho e a educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, foi possível concluir que, muito embora a tecnologia possa contribuir fortemente com diversas atividades comuns à vida civil, é certo que essa pode trazer algumas limitações, principalmente em meio à pandemia enfrentada pela humanidade no ano de 2020.

Entre os benefícios, podemos destacar a aproximação que os indivíduos tiveram em meio ao isolamento social, possibilidade de levar informações pertinentes ao momento, bem como propagar diretrizes de atuação e dar prosseguimento aos negócios, serviços e incumbências que cada pessoa tem individualmente e em conjunto.

Em razão de impossibilidades provenientes de fontes financeiras ou educacionais, o fenômeno da falta de inclusão digital pode ser claramente observado na sociedade brasileira, principalmente atualmente, em razão da

pandemia de COVID-19.

Jovens e adultos são diariamente excluídos do mercado de trabalho, bem como são prejudicados em seu aprendizado nas instituições de ensino em razão da incapacidade de acompanhar o ritmo das aulas e reuniões.

Assim, entre as desvantagens da tecnologia, podemos citar as assimetrias provenientes da exclusão digital que alguns indivíduos vêm a sofrer ao tentar se inserir no meio tecnológico.

Em suma, a depender do referencial, a tecnologia pode ser benéfica ou prejudicial ao ser humano e suas atividades do dia a dia, devendo esta receber investimentos para inovações, maior acessibilidade da população e aprimoramento para, quando o seu uso for necessário, a sua performance seja adequada e alcançável pela população.

REFERÊNCIAS

ALFAGEME, Ana. **O sonho do 'home office' vira pesadelo na pandemia**. El País, 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-08-09/o-teletrabalho-nao-era-isto.html>>. Acesso em: 19 set. 2020.

BARBOSA, Millena. **Aluno de escola pública comove a web ao estudar usando wi-fi de açogue, em Goiás**. G1, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/06/10/aluno-de-escola-publica-comove-a-web-ao-estudar-usando-wi-fi-de-acougue-em-goias.ghtml>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil**: O levantamento visa orientar instituições financeiras acerca dos setores mais impactados. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil>>. Acesso em 25 set. 2020.

BROTERO, Mathias. **Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus.** CNN BRASIL, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>>. Acesso em: 26 set. 2020.

COUTINHO, Marcelo. **Pandemia e desglobalização.** Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/announcement/view/462>> . Acesso em 23 set. 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **Coronavírus e meio ambiente de trabalho:** de pandemias, pantomimas e panaceias. REMIR Trabalho, 2020. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/remir/index.php/saude-e-seguranca-no-trabalho/172-coronavirus-e-meio-ambiente-de-trabalho-de-pandemias-pantomimas-e-panaceias>>. Acesso em: 30 set. 2020.

GUIMARÃES JÚNIOR, Djalma Silva; NASCIMENTO, Ademir Macedo; SANTOS, Letícia Oliveira Claizoni dos; RODRIGUES, Gerlane Pereira de Albuquerque. **Efeitos da Pandemia do COVID-19 na Transformação Digital de Pequenos Negócios.** REVISTA DE ENGENHARIA E PESQUISA APLICADA, v. 5, p. 1-10, 2020.

JACKSON FILHO, José Marçal; ASSUNÇÃO, Ada Ávila; ALGRANTI, Eduardo; GARCIA, Eduardo Garcia; SAITO, César Akiyoshi; MAENO, Maria. **A saúde do trabalhador e o enfrentamento da COVID-19.** Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 45, p. E14, 2020.

LOPES, Maurício Antônio. **Transformação digital e a nova globalização.** Correio Braziliense, Brasília, 10 abr. 2016. Disponível em: <<https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/172509/1/Transformacao-Digital-e-a-Nova-Globalizacao.pdf>> Acesso em: 24 set. 2020.

PENÍNSULA. Instituto. **Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do Coronavírus no Brasil.** Disponível em: <https://www.institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Covid19_InstitutoPeninsula_Fase2_at%C3%A91405-1.pdf>. Acesso em 21 set. 2020.

R7. Notícias. **A cada 10 professores, 8 não se sentem preparados para EAD.** Disponível em: <<https://noticias.r7.com/educacao/a-cada-10-professores-8-nao-se-sentem-preparados-para-ead-17052020>>. Acesso em 21 set. 2020.

A PRECARIEDADE DO NOVO ACESSO À JUSTIÇA

Fabio Dias da Silva¹
Evandro Monteiro dos Santos²

RESUMO

O presente artigo tem por fim tecer, e consequentemente estabelecer, disposições acerca do novo modelo de acesso à justiça e os problemas que surgirão ante essa nova concepção de processo virtual, em face de uma transformação quase forçada por parte do nosso judiciário que, em decorrência da pandemia do coronavírus teve de alterar toda sua sistemática de funcionamento, sendo que este estudo faz apontamentos sobre as problemáticas que podem vir a decorrer deste novo sistema digital adotado pelo judiciário e demais órgãos, pois afetaria os mais carentes e vulneráveis, implicando em um afastamento direto ao acesso à justiça dos jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso. Tecnologia. Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Judiciário.

¹ Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Processo Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabiodiasilva@gmail.com.

² Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Evandro570@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito principal expor os contextos sobre o acesso à justiça e como este tema merece relevância, pois tem seu principal marco legal a partir da Constituição da República de 1988 que assegura que a justiça deverá proteger quando houver lesão ou ameaça a qualquer direito. Sendo realizado em um primeiro momento uma exposição sobre a relação direta do acesso à justiça contido na Magna Carta e o Código de Processo Civil, e o fato desta ligação assegurar não tão somente o acesso à justiça, mas também o direito de defesa, garantido pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em sequência o presente estudo buscou apresentar a figura dos avanços tecnológicos e apresentou dois vieses, o primeiro de como esses avanços teriam aplicabilidade perante o judiciário e seu campo de incidência. E se fez exposto a apresentação de críticas a este novo modelo de acesso à justiça, pois são levantados questionamentos no tocante se existe uma evolução que é assegurada a todos ou só àqueles que possuem condições para acessar este modelo, dispondo de sua totalidade, e se esta crise pandêmica acelerou o modelo de modernização de um modo que pegou todo o judiciário de surpresa.

Ademais, é apresentado o contexto do “novo acesso à justiça” e os caminhos em que este deve ser traçado e o que deve ser realizado para ser resguardado, expondo que é necessária a observação das classes sociais menos favorecidas, os hipossuficientes e os vulneráveis, para que estes estejam inseridos ao acesso à justiça, ao ponto que se é reforçado sobre a precariedade deste novo acesso à justiça, e a observação sobre os cuidados para a não exclusão de pessoas vulneráveis e hipossuficientes em face de nem todos possuírem acesso amplo a mecanismos tecnológicos, e por esta falta de acesso a estes mecanismos como efeito direto, não se aplicaria este novo acesso à justiça.

Por fim são expostos os problemas nas tentativas de acesso à justiça na assistência judiciária gratuita, que se de modo presencial já apresentava dificuldades, em seu modo digital pode piorar ainda mais a vida daqueles que dependem de sua utilização, prejudicando ainda mais aqueles que necessitam acessar a justiça.

1. DO ACESSO À JUSTIÇA

A princípio temos que o acesso à justiça vem estabelecido pela Magna Carta de 1988 e, após, traz reflexos diretos no Código de Processo Civil, ainda mais quando a nova redação trouxe premissas basilares tratadas como normas fundamentais do processo civil em que, por óbvio, consignou disposições principiológicas aplicáveis aos procedimentos, seja de conhecimento, seja de execução e outros procedimentos correlatos em que se aplica o Código de Processo Civil.

Em seguimento observamos que a Constituição da República de 1988 preconizou no inciso XXXV do seu artigo 5.º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, atrelando à própria legislação a disposição da base do acesso à justiça.

Antes mesmo de adentrar para com o acesso à justiça no âmbito do Direito Processual observamos que, como é conferido no ordenamento jurídico pátrio uma fonte de normas, a Constituição da República de 1988 fornece à própria legislação um *modus operandi* para com o acesso à justiça, um norte para que a legislação possa traçar os objetivos e fins para resguardar o acesso à justiça aos cidadãos e, conseqüentemente, aos jurisdicionados, isso no sentido infraconstitucional.

Temos, como fonte, a partir dos ensinamentos de Luiz Fux (p. 9-10) que “a Constituição difunde princípios que evidenciam o regime jurídico-político em que vivemos, e sob essa inspiração é que os operadores do Direito devem engendrar a interpretação e a aplicação das normas processuais.”.

Nesse contexto temos os ensinamentos de José Afonso da Silva (2010, p. 135):

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. Não se assegura, aí, apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa (...)

Desta forma temos que a Constituição da República de 1988 traz princípios basilares de aplicabilidade e interpretação das normas processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que não é diferente para com o Código de Processo Civil.

Não somente resguarda o direito de agir, de interpelar perante o Poder Judiciário, como também resguarda o direito de defesa, por consequência observando o contraditório e a ampla defesa para todo e qualquer fim.

Sob o viés do Código de Processo Civil temos que, pelas normas fundamentais do direito processual, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, nos termos do seu artigo 3.º.

Destaca-se que, muito embora tenha sido disciplinado na Magna Carta o acesso à justiça, sendo fonte primária das normas de Direito Brasileiro, o Código de Processo Civil busca excluir de toda e qualquer dúvida de que a atividade jurisdicional deve ser resguardada, seja por meio de ameaça ou lesão ao direito tutelado, ainda mais quando a autotutela, a denominada justiça pelas próprias mãos, não mais existe no ordenamento jurídico pátrio.

Em seus comentários ao Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 197) selecionam exatamente a contextualização do acesso à justiça com os demais princípios constitucionais e processuais, mormente o contraditório e a ampla defesa em que “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se.”.

É mais do que notório que o acesso à justiça emana em todos os atos processuais, bem como para todo e qualquer objeto tratado no bojo dos autos do processo, não somente para com o direito de ter acesso à jurisdição em si, mas, sim, para todo e qualquer ato processual que seja necessário para o resguardo do devido processo legal.

O acesso à justiça, por assim dizer, podemos considera-lo como a decorrência do próprio devido processo legal, sendo o qual necessário o seu resguardo não só para a jurisdição, mas, sim, para o próprio jurisdicionado.

Desta forma podemos consignar que o acesso à justiça é previsto na Constituição da República de 1988, a partir do qual é traçado seu parâmetro e âmbito de aplicação expressamente pelo Código de Processo Civil, de tal sorte

que resguarda não só o acesso, e conseqüentemente o direito à ação, quanto ao direito de defesa, destacando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

1.1 Do avanço da tecnologia como facilitador do acesso à Justiça

Com o avanço tecnológico é possível observar que as formas de agir de forma física e presencial estão mais escassas do que o normal, ainda mais quando a urgência, ou até mesmo a necessidade de provimentos jurisdicionais mais eficazes exigem a relativização do que antes era considerado imutável.

Temos que o avanço tecnológico traz dois vieses, um sob o ponto de vista da adequação da atividade jurisdicional para com o que era denominado como necessário e condição *sine qua non* ao procedimento que não seria considerado válido, e outro para com a necessidade patente de uma modificação do panorama da jurisdição, relativizando conceitos e panoramas básicos.

A título de explicação temos que o Poder Judiciário, como também denominados atos processuais, gozam de uma certa formalidade, formalidade esta que é necessária que se tenha sua relativização para, assim, abranger aqueles considerados vulneráveis e hipossuficientes, leia-se, os que ostentam de condições precárias economicamente considerados.

A partir desse panorama atual, relativizando os atos processuais, relativizando o que antes mesmo era considerado formalidade adequada e necessária, temos que o avanço da tecnologia vem trazendo uma melhoria na qualidade da justiça efetivamente ofertada, ou seja, a justiça está sendo mais acessível como antes.

Sob esse novo pensamento observamos a doutrina de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 39):

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

Com o novo cenário de acesso à justiça vislumbramos não só a abrangência de acesso aos mais necessitados economicamente, mas, sim, que a integração ao acesso à justiça deverá ter uma mudança também de pensamento para que, assim, abranja não só aqueles que detenham um mínimo de discernimento para com o panorama da tecnologia mas, também àqueles que não detêm de noção alguma do que se entende por tecnologia.

Outrossim, a relativização dos atos processuais, a partir da utilização de menos formalidades nos atos, vem de encontro para com a utilização do novo acesso à justiça a partir da tecnologia e seus avanços, de tal sorte que a informalidade vai de encontro para com a nova tecnologia de um modo que aqueles que não são conhecedores dos avanços tecnológicos possam ter seu acesso à justiça resguardado para todo e qualquer fim.

Denota-se que é possível de se pensar que, se houver a relativização da formalidade dos atos praticados, poderá haver fraudes praticadas, vezes que para determinados atos é necessário um mínimo de formalismo para, assim, ter sua correta aplicação.

Contudo, o rigorismo da prática dos atos processuais deve ser relativizado de um modo que para ter o concreto acesso à justiça sacrifícios, podemos assim dizer, são necessários e, é sabido que poderão haver fraudes, porém, essas fraudes não são a regra, sendo que o bem maior a partir do avanço tecnológico a facilitar o acesso à justiça deverá pesar mais a favor do que os contras, como eventual fraude.

Para o pensamento do novo acesso à justiça Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior (2012, p. 41) ensinam:

A bem da verdade, o princípio do acesso à justiça é daqueles estruturantes, pois irradia sua influência sobre todo o sistema processual, conformando, por exemplo, os princípios da igualdade processual, da celeridade etc. Por outro lado, não se pretende simplesmente a possibilidade de se acessar a justiça, mas sim que o acesso seja igual e célere; resultando em solução materialmente justa do litígio, na medida em que cresce a concepção de que o real acesso à justiça não se contenta com a acessibilidade formal. O verdadeiro acesso à justiça consiste, pois, no *acesso à ordem jurídica justa*.

O acesso à justiça necessita de um novo pensamento a ser traçado, sendo que não basta que se tenha a acessibilidade formal do acesso à justiça, mas, sim, que esse se dê de maneira justa, concreta, tendo em vista que não basta o texto da constituição estabelecer nesse sentido, ou até mesmo o texto da lei, mas, sim é necessário que se tenha o resguardo material do acesso à justiça, concretizando o efeito acesso à ação e defesa, a depender do momento processual em que estiver inserido.

Nesse prisma o que se tem é que a garantia do real acesso à justiça, aliado ao avanço tecnológico, importará em um dismantelamento do rigorismo formal dos atos processuais, sendo que se para que se tenha o acesso à justiça, e seu efetivo resguardo, é necessário que se tenha a visualização de um procedimento de maneira e modo diverso do que aquele esperado, nada mais se trata de uma medida a ser adotada para o fim maior, qual seja, a abrangência de toda e qualquer indivíduo para que tenha o resguardo do direito constitucional tutelado.

Além disso temos que se com a tecnologia obteve-se uma maior concretização dos direitos dos indivíduos, a partir da demonstração de uma falta de rigor formal, o mecanismo anterior, a partir da utilização de papéis, assinaturas físicas, está desaparecendo, tornado extinto simplesmente pela necessidade que o próprio globo exigiu, seja diretamente ou indiretamente.

Defende-se uma necessidade de mudança de panorama para o acesso à justiça no sentido ainda mais para tutelar aqueles mais necessitados financeiramente, de tal forma que podem obter, a partir do acesso à rede mundial de computadores (*internet*) uma obtenção da tutela jurisdicional esperada, evitando qualquer risco à sua saúde como também em detrimento de dificuldades de locomoção.

É preciso destacar que a pandemia do coronavírus (SARS-CoV-2) adveio não só para impor medidas emergenciais de contingenciamento, mas, também para acelerar o processo de modernização da justiça e, conseqüentemente, modernização do acesso à justiça, tendo em vista que há o risco de que os cidadãos, ao buscarem meios físicos de acesso à justiça, como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ou até mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil, podem incorrer na contaminação do coronavírus.

O vírus adveio de modo inesperado de tal forma que o Poder Judiciário se viu na obrigação de modernizar seus instrumentos, viabilizando uma relativização dos atos processuais praticados, para que o acesso à justiça seja resguardado de forma íntegra, evitando morosidade demasiada nos atos processuais praticados, bem como que os jurisdicionados possam ter seus direitos concretamente observados.

Com isso temos que a modernização dos atos processuais a serem praticados, mormente aqueles para resguardo do acesso à justiça, preconizam não só um novo panorama, mas, sim, um novo normal, não somente em decorrência do coronavírus, mas, também, por ter sido apressado seu procedimento de adequação.

1.2 Da vulnerabilidade e hipossuficiência do jurisdicionado

O acesso à justiça, seja pelo modelo ordinariamente conhecido, seja pelo atual modelo, a partir da relativização do formalismo do processo jurisdicional, deve ser resguardado a todos, independentemente da sua classe social, conhecimentos técnicos, condição econômico-financeira, pouco importando sua condição pessoal perante a sociedade.

O custo do processo é um dos obstáculos a serem ultrapassados quando se pensa em acesso à justiça, como demonstrado pela doutrina de Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 20):

Também o custo do processo é, nesse sentido, um obstáculo sério, que cotidianamente impede o acesso à ordem jurídica, na medida em que segrega aqueles que não têm recursos financeiros suficientes para arcar com os custos de um processo judicial, tampouco têm como contratar profissional habilitado a postula em juízo, em seu nome.

Deve o acesso à justiça ultrapassar o obstáculo não só econômico quanto o social, de tal sorte que os considerados vulneráveis e hipossuficientes devem ser considerados no sentido amplo da palavra, não somente no contexto econômico, mas, também, social, ou seja, basta que esteja incapaz de custear a demanda processual, ou até mesmo que não detenha de amplos co-

nhcimentos técnicos sobre determinada questão, que deve ser resguardado o seu acesso à justiça.

Denota-se que a ampliação do acesso à justiça muitas vezes se confunde com a própria concessão das benesses da justiça gratuita tutelada pelo artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil, podemos ter como empréstimo de conceito o defendido pela doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 155) que “a insuficiência de recursos prevista pelo dispositivo ora analisado se associa ao sacrifício para manutenção da própria parte ou de sua família na hipótese de serem exigidos tais adiantamentos.”.

Muito embora se trate de uma análise sistemática do artigo 98 do Código de Processo Civil, tutelando a capacidade econômico-financeira do jurisdicionado para a concessão da justiça gratuita podemos extrair que o acesso à justiça incumbe não só aquele que não detém de recursos para a sua própria manutenção como também para aquele que não detém de capacidade de discernimento, ou até mesmo conhecimento técnico e específico sobre determinada questão.

Nesse parâmetro podemos chegar a ponto de conceituação que hipossuficiência se trata de um conceito mais atrelado à conhecimento técnico e econômico no sentido amplo da palavra, podendo incorrer mormente no bojo dos autos do processo, onde de outro lado a vulnerabilidade se trata de uma condição em que a própria pessoa está inserida, principalmente incide no campo de direito material, com suas condições frente aos direitos tutelados vislumbrando o acesso à justiça.

Cabe distinguir que, vulnerabilidade é a condição do demandante frente ao demandado, ou seja, vulnerável é a pessoa que, dentre a relação de direito material tutelada, é a parte mais vulnerável frente a contra quem se demanda.

A título de exemplificação temos que, nas relações de consumo, vulnerável é o consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços, sendo esse último considerado a parte mais favorecida, por deter de mais poderio econômico e condições de ter acesso à cadeia de produção, por exemplo.

Hipossuficiência é um conceito mais abrangente, mais amplo, no sentido do conhecimento técnico e/ou econômico nos autos do processo. Em

outras palavras, se trata de hipossuficiente uma pessoa que não detém de possibilidade alguma de produzir as provas, seja por inaptidão técnica, seja por não deter de condições econômicas para tanto.

Ambos conceitos se confundem, muito embora divergem nos planos de direito material e processual.

Denota-se que, assim, o acesso à justiça deve englobar tanto aquele considerado vulnerável quanto o hipossuficiente, sendo que tanto no plano material quanto processual deve ser resguardada a possibilidade de pleno acesso à justiça.

E, nesse caso dos vulneráveis ou até dos hipossuficientes, por ignorantes ou não deter de conhecimento específico sobre determinado fato, não possuem ampla possibilidade de que tenham o acesso à justiça propriamente dita, sendo que a incapacidade social e econômica impõe empecilhos para que tenham pleno acesso.

Por necessidade de transpassar esses percalços e obstáculos impostos não pela condição da pessoa, mas, sim, por fatos e fatores externos, que se impõe a observância do pleno exercício do acesso à justiça, como também determinações de ofício pelo próprio Poder Judiciário para que possa ter a sua completa observância.

Nesse prisma que o denominado “novo acesso à justiça” deve ser traçado, observando não só o acesso à justiça propriamente dito, mas, também, que as classes sociais menos favorecidas, os hipossuficientes e os vulneráveis, estejam insertos ao acesso à justiça.

2. DA PRECARIEDADE DO NOVO ACESSO À JUSTIÇA

A precariedade do novo acesso à justiça se demonstra mais evidente a partir da modificação da própria tecnologia em que, apesar de revolucionária, não trouxe os fins pelos quais fora criada e elaborada, ou seja, não englobou o jurisdicionado do modo e maneira a ter o efetivo acesso aos meios da justiça e para proporcionar a tutela de seus direitos.

Desta forma que o acesso à justiça, a partir do seu molde revolucionário, é necessário que se adote com determinada atenção para que aqueles

hipossuficientes e vulneráveis não estejam excluídos e não sejam perpetrados de seu direito constitucional.

2.1 Acesso à Justiça aos necessitados e a relação com o avanço tecnológico

O ideal de “novo acesso à justiça” aqui tratado abrange não só o que se entende por acesso à justiça, mas, também, uma remodelação do que se entende por acesso à justiça, isso atrelado ao avanço tecnológico que deve ser observado, vezes que de nada adianta que se tenha a tecnologia se não acompanhar com a efetiva observação do acesso à justiça.

E a remodelação se impõe a partir de uma ausência de rigor formal, ou seja, de uma relativização da formalidade tratada no bojo dos autos do processo para que se tenha a obtenção de um provimento jurisdicional, a partir de uma entrega da tutela adequada e requerida na exatidão dos termos que fora intentada.

Cabe observar que a ausência de rigor formal é observada pela doutrina a partir de sua própria concepção, pelos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 143-144):

O discurso de direito processual, ou seja, o que elege a técnica processual adequada em razão da exigência de uma norma aberta ou o que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista na lei, não representa qualquer ameaça à segurança jurídica, compreendida em sua *perspectiva dinâmica de segurança interpretativa*, na medida em que parte de um discurso que se apoia nos fatos e no direito material. O discurso processual objetiva atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material e não pode esquecer que a técnica processual eleita deve ser a mais suave, ou seja, a que, tutelando o direito, cause a menor restrição possível ao réu.

Pelo que se observa da doutrina temos que a técnica processual adequada é relativizada em seus próprios termos, visando a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, impondo a menor restrição não só ao réu, mas, sim, para aqueles que buscam o acesso à justiça a todo e qualquer custo.

O “novo modelo de acesso à justiça” abrange um conceito mais am-

plo do que se trata de justiça e obtenção de meios para sua concretização, sendo que se apoia no próprio direito material tutelado, visando a obtenção de uma tutela jurisdicional mais condizente com o que se espera, baseando-se nos fatos alegados.

Referida constatação, com o fito de obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, pautando-se de uma adequação dos fatos e direito material concretiza não só o acesso à justiça, mas, também, o acesso à justiça àqueles mais necessitados, os carentes economicamente, como os hipossuficientes e vulneráveis em sentido amplo.

E é nesse prisma que deve ser tratado o acesso à justiça, visando uma relativização das normas processuais e procedimentais, com a concretização dos direitos à toda e qualquer pessoa, independentemente da sua classe social e, também, baseado no notório avanço tecnológico.

Contudo, não é o que se observa atualmente, vezes que o acesso à internet pode ser amplo, porém, o acesso não é de qualidade, isso em pensando que as pessoas hipossuficientes e vulneráveis não se localizam para obter o que precisam acessar.

A título de argumentação temos que uma pessoa que busca uma tutela jurisdicional, mesmo que ampliado o *jus postulandi* à sua própria pessoa nos Juizados Especiais Cíveis, por exemplo, não consegue nem ao menos acessar e ajuizar a sua demanda, uma vez que desconhece o sistema ou até mesmo se o conhece esse é de tamanha complexidade que não é nem ao menos possível fazer o seu cadastro.

E é nesse contexto que se insere a vulnerabilidade e hipossuficiência do jurisdicionado e, mesmo com o avanço tecnológico esse encontra barreiras que antes mesmo do avanço já existiam, ao contrário de muitas outras pessoas que ostentam de conhecimento técnico para fazer valer o avanço da tecnologia, há muitos atualmente que esbarram nas questões tecnológicas.

Pouco importa se há o avanço tecnológico, fazendo com que as partes possam comparecer em juízo de sua casa, se esse avanço não é satisfatório e não resguarda o acesso à justiça, tendo em vista que tal como asseverado em capítulo anterior, é necessário que se tenha a obtenção de uma tutela jurisdicional satisfatória, isso visando o fim do acesso à justiça em si mesmo, e não

somente o aspecto formal desse acesso.

Deve-se, assim, repensar no acesso à justiça para que esse, aliado ao avanço tecnológico presente, tenha o resguardo dos direitos inerentes à própria pessoa do jurisdicionado, englobando tanto os hipossuficientes como vulneráveis, com a adoção de condutas próprias e necessárias para a concretização do pronto acesso à justiça.

2.2 A assistência judiciária gratuita

Uma forma de concretização do “novo acesso à justiça”, de tal sorte a objetivar a obtenção da tutela jurisdicional adequada se dá a partir da utilização da assistência judiciária gratuita, visando assistir aqueles carentes, hipossuficientes e vulneráveis pela condição tecnológica aqui tratada.

De acordo com a doutrina de Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 24):

(...) assistência judiciária consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial;

Pela assistência judiciária exercida pelas Defensorias Públicas, mormente aquelas dos Estados, denotamos que o cidadão detém da possibilidade de que a tutela de seus direitos seja exercida de forma e maneira mais técnica a partir da prestação dessa assistência, instrumento decorrente da Constituição da República de 1988.

Não obstante a existência da assistência judiciária gratuita, idealizada pelas Defensorias Públicas, é preciso destacar que o acesso à justiça não é amplamente resguardado por essas, principalmente pela questão pandêmica que assola todo o globo que, muitas das vezes causa um empecilho irremediável ao cidadão ao buscar a proteção e tutela de seus direitos por meio dessa assistência.

É preciso destacar que para comparecer às Defensorias Públicas e obter a

assistência judiciária é necessário que se adentre virtualmente no ambiente dessas instituições para fazer o efetivo cadastro e, muitas das vezes não é possível concretizar o acesso pela dificuldade que o próprio sistema pratica.

E esse obstáculo – demonstrado a partir da dificuldade do acesso à justiça virtual – resta evidenciado também nas cidades e comarcas onde não há Defensoria Pública e a Assistência Judiciária é exercida pelos próprios advogados na Ordem dos Advogados do Brasil.

2.3 Dificuldade de acesso à justiça na assistência judiciária gratuita

A falta de efetividade ao acesso à justiça, ainda é um dos cenários que grande parte da população enfrenta, ora que demandar judicialmente, é custoso nas diversas formas possíveis e que aqui já foram apresentadas.

Mas é oferecido a população que se enquadra nos moldes estabelecidos por lei, o acesso à justiça, sendo este efetivado através das Defensorias Públicas, que garantem a estes prestação técnica adequada suficiente para a efetivação da proteção dos direitos destes. Mas sabe-se que a prestação jurisdicional por parte do mencionado órgão, falha na maioria das vezes, e por estas falhas existe a tentativa de direcionamento de demandas para advogados que exerçam convênios com as defensorias, para assim então buscar a preservação ao acesso à justiça.

Só que este direcionamento só ocorrerá na maioria das vezes, após uma triagem específica que irá analisar as questões inerentes a situação processual apresentada pela parte que poderá gerar uma futura demanda, ora que deve-se lembrar que esta triagem, ocorria de maneira presencial, portanto aquele que buscava a assistência judiciária gratuita, teria e terá que se deslocar até uma das sedes da defensoria em sua cidade para expor os fatos.

Então somente após esta triagem sobre os fatos ali narrados, este seria direcionado a locais que possuam convênio com o mencionado órgão, para dar início assim a prestação técnica para demandar perante o judiciário.

Ora fica claro que a parte para ter assegurado assistência judiciária gratuita que proteja seu direito, este arcará com diversos ônus, no sentido de enfrentar filas encaminhamentos e triagens, e repetir por diversas vezes a

pessoas diferentes os seus problemas, não sendo deste modo um simples ato de procura do judiciário.

Só que estes problemas tomam outra escala, quando pensamos na pandemia que se alastra no cenário nacional e mundial, que forçou a imposição de restrições diretas a locais que efetuam atendimento ao público no geral.

Cenário este de restrição que atingiu aos órgãos públicos em geral, forçando assim a adaptação sanitária para evitar este vírus que assola o globo, como solução direta para assegurar a efetivação ao acesso à justiça, as defensorias públicas adotaram o sistema de atendimento virtual, deste modo alterando o velho sistema de atendimento presencial.

Mas como aqui já fora dito, mesmo que assegurem um atendimento virtual, pouca importa, se este não estiver munido de excelência e que proteja o direito de todos, pois mesmo que exista um avanço tecnológico, este ainda não é acessível a todos, pois a diversas pessoas que possuem ainda um analfabetismo tecnológico, e que não dispõem das ferramentas necessárias para o acesso adequado.

Pois como ora dito, o mero acesso formal a sistemas disponibilizados pelos órgãos do judiciário, sem a efetivação e a proteção aos direitos, não mudara nada, e apenas adiará procedimentos e fara com as partes com o passar do tempo voltem a procurar presencialmente os serviços ora prestados, e assim sofrendo toda a carga de ônus inerente a esta procura.

Sendo que, portanto, fica clarividente que até mesmo a assistência judiciária gratuita enfrenta dificuldades em sua prestação, pois não se sabe ainda se existe uma efetividade com esta prestação digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que fora exposto nos leva a concluir que o acesso à justiça originário do texto constitucional de 1988 sofreu alterações para com o avanço tecnológico, como também a partir da redação do Código de Processo Civil de 2015 em que, de forma e maneira expressa preconizou a garantia de referido direito, rechaçando toda e qualquer lacuna que porventura pudesse existir no ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, deve ser repensado a forma de como é exercido o acesso à justiça, seja pela adaptabilidade do procedimento a ser utilizado, seja pelo resguardo aos mais necessitados, os hipossuficientes e vulneráveis, tendo em vista que o avanço tecnológico, no mais das vezes, não chegou à essa classe de jurisdicionados do modo e maneira como para toda a população.

Esse “novo modelo de acesso à justiça” adveio pelo avanço necessário do Poder Judiciário, acelerado pela pandemia do coronavírus que, de uma forma mais contundente, expôs a necessidade de que o procedimento devesse ser, na sua maioria, virtual e adotado de uma elasticidade procedimental afim de adequar à nova realidade.

E, pela necessidade de um novo modelo de acesso à justiça, este enfrentou, como todo procedimento novo, de modo a ser totalmente virtual, obstáculos que foram demonstrados a partir da assistência judiciária gratuita, em que as Defensorias Públicas, ou até mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil nas comarcas em que não há a advocacia pública, resplandeceram um defeito que há muito tempo vem sendo observado, qual seja, o acesso à justiça aos mais necessitados.

Com isso, a partir desse acesso à justiça, de modo a ser totalmente virtual, adaptando à nova realidade do Poder Judiciário e avanço tecnológico, é que fora exposto os defeitos e necessidades que enfrentam os jurisdicionados, os mais necessitados e carentes, para com o novo procedimento a ser adotado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DUARTE, Bento Herculano; JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. **Princípios no processo civil : noções fundamentais (com remissão ao novo CPC) : jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: MÉTODO, 2012.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil : teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo, 2010.

ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE ISOLAMENTO SOCIAL E O USO DA TECNOLOGIA

Aline Albieri Francisco¹

Vladimir Brega Filho²

RESUMO

Diante do desenvolvimento dos meios de comunicação e do cenário de pandemia que assola o Brasil, o Poder Judiciário teve que se adequar às novas formas de trabalho e atendimento. Nesse contexto, pretende-se analisar algumas mudanças no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de verificar os impactos sobre o acesso à justiça em tempos de isolamento social. O trabalho irá expor primeiramente sobre o direito ao acesso à justiça e, em seguida, apontar os novos procedimentos do TJ/SP, verificando seus efeitos no acesso à justiça. Para tanto, será empregado o método dedutivo, com pesquisa documental. Em suma, conclui-se que o emprego das novas tecnologias pelo TJ/SP em tempos de isolamento social é percebido de diferentes formas, com aspectos positivos e negativos.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à Justiça. Novas tecnologias. COVID-19. Justiça online. Poder Judiciário.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós Graduada em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC SP e Instituto Damásio de Direito. Graduada em Direito pelo Univem. Advogada.

² Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A pandemia do vírus Sars-Cov-2, conhecida como “coronavírus” ou “Covid-19” assola o mundo há alguns meses e trouxe consigo impactos em âmbitos sociais, políticos, jurídicos e econômicos, principalmente em decorrência das recomendações médicas, da intensificação de medidas de higiene, do distanciamento e isolamento social.

Em 20 de março de 2020 foi decretado o estado de calamidade pública no Brasil, através do Decreto Legislativo 6 de 2020. A pandemia assolou o país inesperadamente, de forma que os Tribunais, as Defensorias Públicas e demais instituições relacionadas ao sistema de serviços jurídicos, tiveram que adotar medidas rápidas, sem muito planejamento prévio, sendo feito o que era possível naquelas circunstâncias. Apesar dos esforços empenhados, a pandemia perdura há alguns meses, possibilitando análise e readequação de algumas medidas.

Nesse contexto, os órgãos do Poder Judiciário do Estado de São Paulo tiveram que alterar suas formas de trabalho e de atendimento em tempos de isolamento social. Dentre as principais mudanças está o uso da tecnologia e de ferramentas digitais, tais como videoconferências, protocolos digitais, o que, por sua vez, impactam no acesso à justiça.

Tendo em vista que acesso à justiça é um direito fundamental e a tecnologia faz parte da sociedade contemporânea, com avanços dos meios de comunicação, é pertinente verificar se as transformações atuais no Tribunal, com as novas formas de trabalho e atendimentos utilizando tecnologias negam ou suprimem o direito ao acesso à justiça em tempos de isolamento social.

A partir disso, este trabalho pretende destacar algumas mudanças realizadas pelo Poder Judiciário paulista em razão da pandemia, relacionando-as a aspectos positivos e negativos no âmbito do acesso à justiça.

A pesquisa será delimitada ao Estado de São Paulo por questões metodológicas, para viabilizar estudo mais aprofundado, além deste ser um dos estados com maior quantidade de casos de Covid-19 confirmados e óbitos registrados no Brasil, sendo o epicentro da doença no país.

Iniciará o estudo com breves considerações sobre o direito ao acesso à justiça, a fim de fornecer bases suficientes para posteriormente analisar algumas mudanças

empregadas pelo Judiciário paulista em decorrência do isolamento social - suas vantagens e desvantagens em relação ao acesso à justiça online. Será empregado o método dedutivo, com análise doutrinária e notícias publicadas nos sites oficiais e jornais de grande circulação.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça tem fundamentos constitucionais e internacionais. Mais especificamente, no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), art. 3º e 14 no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966) e art. 5º, XXXV, CF/88.

Assim, é um direito humano e fundamental. Guilherme de Almeida (2012, p.88) afirma que o acesso à justiça é um direito imprescindível para exercício da cidadania, sendo um elemento constitutivo do próprio exercício da cidadania.

Acesso à justiça é também um direito inserido nas Constituições Democráticas modernas, relacionado a valorização de direitos, sendo que o “acesso à justiça começa a ganhar espaço e o Estado ganha contornos cada vez mais democráticos, sentido a necessidade de assumir posição de Estado Garantidor de Direitos” (VIEIRA, BEZERRA, PESSOA, 2016, p. 33). Dessa forma, o acesso à justiça tem relações com a democracia e a garantia de direitos.

Para Tristão e Fachin (2009, p. 52), baseados nas ideias de Canotilho sobre regras e princípios, “o acesso à justiça é um verdadeiro princípio constitucional no ordenamento brasileiro”, concluindo que é um direito fundamental com qualidade de princípio fundamental constitucional. No mesmo sentido, Vinicius Gonçalves e Vladimir Brega Filho (2010) afirmam que o acesso à justiça é atualmente consagrado como “verdadeiro direito fundamental instrumental”.

A CR/88 prevê o acesso à justiça nos art. 5º, XXXV, LXXIV e XXXV, por exemplo. Para Cleber Francisco Alves (2010), a CR/88 inaugurou uma nova fase na assistência jurídica brasileira, pois além de garantir o acesso das pessoas pobres à justiça, prevê a assistência jurídica integral e gratuita expressamente.

Destaca-se a interpretação de Kazuo Watanabe (2012) sobre o art. 5º, XXXV, CR/88, o qual prevê a inafastabilidade do poder judiciário em caso de lesão ou ameaça de direito:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito

no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa.

Dessa forma, o acesso à justiça não se limita ou se confunde com acessar ao órgão judicial ou apresentar um pedido no Poder Judiciário. Para Watanabe, relaciona-se com o acesso à ordem jurídica justa.

Nota-se que o conceito de acesso à justiça ganhou amplitude, envolvendo discussões sobre a democratização da administração da justiça e do acesso a ela, a isonomia no processo, meios alternativos de resolução de conflitos, tutela adequada, tempestiva e efetiva, um processo justo.

Sadek (2014, p. 57) destaca as três etapas mínimas do acesso à justiça: I) ingresso buscando obtenção de um direito, II) os caminhos após o ingresso e III) a saída. A autora explica que se deve pensar nas portas de entrada, nos caminhos internos e na porta de saída para maior efetividade ao acesso à justiça (SADEK, 2014, p. 64). Inclusive, não há somente uma porta de entrada.

Ocorre que há desigualdades em todas essas etapas, especialmente para determinados grupos sociais. Boaventura de Souza Santos (2013, p. 206) observa que as classes populares enfrentam três tipos de obstáculos ao acesso à justiça: os econômicos, os sociais e os culturais.

Érika Pinto Barreiros (2005, p. 34-36) também indica que alguns dos obstáculos para efetividade do acesso à justiça são: a duração do processo, a morosidade da prestação jurisdicional, o distanciamento entre o judiciário e as camadas populares.

Sobre a duração razoável do processo, ela é prevista no art. 5º, LXXVII, CR/88, sendo um corolário da garantia de acesso à justiça, visto também como um aprimoramento da garantia do devido processo legal (DE MORAES; CACHAPUZ, 2012, p. 216). O tempo que um processo pode se estender, com eventual uso de medidas que impeçam ou postergam uma decisão final, relaciona-se também com a etapa de saída da justiça.

No tocante à excessiva demora na prestação jurisdicional, ela é “uma das fontes de injustiça e de exclusão social encontradas na realidade contemporânea (...)” (GONÇALVES; BREGA FILHO, 2010, p. 73).

O Brasil é um país com número considerável de demandas judiciais, cumuladas com as desigualdades e problemas relacionado ao acesso à justiça, apresenta exclusões e obstáculos que devem ser combatidos. Deve-se buscar eliminar os obstáculos sociais e culturais, além do econômico (SANTOS, 2013, p. 218).

Tratando sobre a igualdade e a vulnerabilidade no processo, Fernanda Tartuce afirma a importância de comprometimento de concretização da isonomia. Para ela (TARTUCE, 2012, p. 138), “(...) é completamente intolerável a indiferença estatal em relação as condições dos litigantes”. Inclusive, sobre as dificuldades estruturais que comprometem os mais necessitados (TARTUCE, 2012, p. 218). Para Alves (2010, p. 336), dentre vários fatores, a falta de informação também contribui para a desigualdade.

Lauris (2009) classifica a igualdade: de oportunidade e de resultados. A primeira relacionada ao sistema ser acessível a todos e a segunda é sobre respostas justas. Nota-se que para obter a igualdade de resultados é necessário antes a igualdade de oportunidade de acesso.

Sendo assim, é importante preocupar-se com a isonomia, com as dificuldades agravadas em tempos de pandemia e na justiça online. A isonomia é tema relevante, inclusive porque reflete em outros direitos. Sobre isso, Maria Tereza Aina Sadek (2009, p.170):

Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização.

Reconhecer os problemas relacionados a isonomia e obstáculos do acesso à justiça colabora para discussão sob as novas formas de justiça em tempos de isolamento social, afinal, as barreiras e desigualdades não desapareceram “milagrosamente” com a COVID-19 ou no mundo virtual.

As barreiras – financeira, cultural e psicológica – têm relação com as três ondas de acesso à justiça (DE ALMEIDA, 2012, p. 88). Sobre isso, o grande Mauro Cappelletti e Bryant Gart (1988, p. 12) explicam o movimento de 3 ondas sobre acesso à justiça: a primeira onda é relacionada a assistência judiciária para os pobres, a segunda sobre interesses difusos, coletivos e a terceira é sobre “ênfase de acesso à justiça”.

A primeira onda é aquela relativa a pessoas que não podem pagar as custas, aos hipossuficientes, a ter uma assistência judiciária gratuita e de qualidade aos necessitados (MENDES; SILVA, 2015, p. 1839). No Brasil, a Lei 1.060/50 estabeleceu regras sobre assistência jurídica aos necessitados.

A segunda onda, por sua vez, relaciona-se às tutelas jurisdicionais coletivas, ações vinculadas a direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Destinou-se a “reformulação procedimental e institucional de modo a permitir representação de direitos difusos e coletivos” (LAURIS, 2009).

Na terceira onda há uma concepção mais ampla de justiça, envolvendo as instituições, os mecanismos, inclusive a simplificação dos procedimentos e burocracias. Busca-se nesta, a acessibilidade e a celeridade nos processos (NEVES; RANGEL; SILVA, 2016, p. 83), o aperfeiçoamento da técnica judicial e a solução extrajudicial de conflitos (MENDES; SILVA, 2015, p. 1846). Cappelletti e Garth (1988) sugerem a mediação e outros mecanismos para solução de conflitos neste movimento da terceira onda.

Sobre outros meios de solução de conflitos, eles são alternativas à sentença judicial, tais como a conciliação, mediação, arbitragem, transação. Ocorre que alguns têm dificuldade de enxergar essas práticas como medidas justas, de acesso à justiça.

Kazuo Watanabe (2012) destaca que a mentalidade predominante entre os profissionais do direito e dos jurisdicionados é no sentido de que a forma correta de fazer justiça é uma “solução sentenciada”, mas para o Autor é possível obter acesso à justiça pelos meios consensuais de solução de conflitos, especialmente quando há peculiaridades do conflito.

DE MORAES e CACHAPUZ (2012, p. 221) também são favoráveis à utilização das técnicas extrajudiciais, a políticas públicas da conciliação e mediação que podem trazer uma nova visão para o Judiciário, com uma mentalidade voltada à paz social, sendo auto composições instrumentos efetivos para a solução de conflitos sociais.

Os Juizados Especiais no Brasil permitem e estimulam a conciliação, bem como a transação, sendo orientados pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (previstos no art. 2º, Lei 9.099/95), estando em consonância com a terceira onda de acesso à justiça.

Com o advento dos novos meios de comunicação e informatização dos pro-

cessos, é pertinente analisar as mudanças nos procedimentos, considerar novas padronizações, a fim de facilitar a continuidade de trabalhos e acesso à justiça através de plataformas digitais. Utilizar ferramentas online não significa abrir mão das garantias do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, mas novas formas de trabalho e do acesso à justiça.

A informatização do processo judicial surgiu no Brasil com a Lei 11.419/06. Para alguns, a lei já nasceu antiquada, devido a evolução tecnológica ocorrida durante os cinco anos de tramitação do projeto legislativo até a sanção presidencial (ALVARES, 2012, p. 13-15).

ROVER (2003, p. 97) aborda a discussão sobre Direitos e Tecnologias da Informação, afirmando que a sociedade vem adotando novas tecnologias, reivindicando relações entre indivíduos e organizações, sendo esse processo “muito veloz e o direito ainda não está preparado para responder adequadamente a ele”. É o que já ocorria nos anos 2003 e foi intensificado em tempos de pandemia, momento em que o uso de tecnologias foi uma necessidade ainda maior, mas o direito não acompanhou no mesmo ritmo. Ainda há questões sobre formas de garantir a privacidade, segurança de dados, da não adulteração de documentos, responsabilidades envolvidas, a isonomia de acesso.

A informatização da justiça gerou transformações que afetam as formas de exercício do acesso à justiça, como, por exemplo: surgiu a necessidade de certificados digitais para os advogados, o horário de peticionamento foi ampliado, há demanda por tecnologias especializadas, mudanças nas formas de comunicação, novas formas de publicação de atos e interação entre pessoas.

A tendência é que o processo seja totalmente eletrônico e informatizado. Sobre isso, o STF em 21 de julho de 2010 publicou uma notícia afirmando a economia e agilidade como vantagens da modernização e expôs que “no futuro, todas as fases do processo ocorram de forma exclusivamente eletrônica”. Desse modo, há, no psicológico, relações entre celeridade processual, economia e a informatização da justiça, que já existiam antes da pandemia, mas cabe observar que até hoje existem processos físicos.

Devido à evolução tecnológica já alcançada, a mediação tem sido realizada através dos meios virtuais, conforme a Resolução 125/2010 do CNJ, a Lei 13.140/2015 e o CPC/15. Sobre isso, Fabiana Spengler e Humberto de Pinho (2018) destacam a

utilização da mediação digital como política pública judiciária, ao passo que se depara com barreiras da “cultura do papel”, do acesso a meios eletrônicos, acesso à internet, com algumas dúvidas e incertezas sobre sua implementação e utilização.

Boaventura de Souza (2013, p. 221) demonstrava preocupação com a democratização no movimento de informatização da justiça:

(...) a situação que no futuro melhor e mais perigosamente simbolizará a dissociação entre justiça célere e justiça democrática ocorrerá, em meu entender, das reformas hoje em curso com vista, não à informatização, mas antes à informatização da justiça (...)

Nesse sentido, a justiça que pretende ter processos totalmente eletrônicos, depara-se com a questão da inclusão digital, da garantia da justiça democrática, somados aos obstáculos de acesso à justiça já existentes.

Fernanda Tartuce (2012, p. 215-216), ao estudar sobre os vulneráveis cibernéticos e a informatização, entende que a informatização apresentou a possibilidade de acesso a informação e por outro, pode agravar a desigualdade social, em relação aos “inforricos” e “infopobres”, ocorrendo a exclusão digital de pessoas com limitações.

Oportunamente, retoma os problemas citados por Boaventura (2013, p. 208):

“(...) a distância dos cidadãos em relação a admiração da justiça é quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também sociais e culturais, ainda que possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas”

É o caso dos excluídos digitais: enfrentam os obstáculos econômicos, sociais e culturais para acessar à justiça online, sendo agravada a distância quanto maior as carências, especialmente sobre as ferramentas e conhecimentos necessários para acessar o juízo 100% online.

Para entender que esta exclusão faz parte da realidade brasileira, destaca-se alguns dados do IBGE: em 2015 8% (oito por cento) da população com 15 anos ou mais era analfabeta no Brasil. Em 2018, havia 20,8% de domicílio sem acesso à internet no Brasil e dos domicílios localizados em área rural 50,8% não tinham acesso.

Neste mesmo levantamento do IBGE (2018) sobre a utilização da internet nos domicílios, estão elencadas algumas razões de não utilização: o acesso à internet é caro (25,4%), nenhum morador sabia usar a internet (24,3%), faltava interesse em acessar a internet (34,7%), o serviço de internet não estava disponível na área do domicílio das residências (7,5%), o equipamento eletrônico para acessar a internet era caro (4,7%). No Brasil, o Sudeste tem os melhores índices de domicílios em que há utilização de internet (84,8%), mas com muita diferença entre área urbana e área rural: 86,5% nos domicílios urbanos e 59,4% nos rurais têm acesso.

Assim, as estatísticas indicam que é uma realidade do Brasil existir grupos de pessoas que estão digitalmente excluídas e têm dificuldade de acessar informações, acessar plataformas online - inclusive no estado de São Paulo que está entre as regiões de maior população urbana e maior quantidade de acesso à internet em casa. Dentre os vários motivos de não ter acesso à internet em casa, estão fatores econômicos, sociais, a falta de conhecimento ou informação.

Ademais, os termos utilizados no processo e na informatização podem dificultar ou inviabilizar o acesso à justiça isonômico. Luciana Guimarães (2012) analisa como a linguagem jurídica, vocabulários técnicos, uso do latim, o excesso de rebuscamento - inclusive no processo de elaboração de leis - dificultam a compreensão por pessoas leigas, pessoas que não sejam do meio jurídico e não contribuem para aplicabilidade da justiça, devendo ser utilizada uma linguagem mais clara e concisa a fim de contribuir com o acesso à justiça.

Assim sendo, ao informatizar o Poder Judiciário é pertinente conhecer os obstáculos de acesso à justiça existentes, somados aos problemas de exclusão digital, tendo no horizonte buscar por uma ordem jurídica justa.

A busca pela isonomia entre as partes e pelo acesso universal à justiça devem ser práticas constantes – inclusive na justiça online – e em todas as etapas de acesso à justiça, como citadas por Sadek.

Uma das alternativas para reduzir as desigualdades, integrar a população mais carente, incluindo-a, é realizar investimentos necessários através de políticas públicas, as quais garantam a inclusão digital e, conseqüentemente, auxiliem no acesso à justiça online.

DAS MUDANÇAS EM TEMPOS DE PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA

Neste item, serão destacadas algumas mudanças realizadas, principalmente sobre o atendimento e o trabalho realizado no Poder Judiciário do estado de São Paulo em tempos de pandemia, destacando vantagens e desvantagens para o acesso à justiça.

No começo de março/2020, os atendimentos e trabalhos presenciais nos fóruns paulistas foram alterados. No começo do mês, houve o afastamento de alguns servidores, com a proibição do fluxo do público e, logo ao final do mesmo mês, os prédios dos fóruns estaduais foram fechados.

Considerando essa interrupção abrupta, os prazos processuais, tanto de processos físicos quanto digitais, foram suspensos. A suspensão dos prazos digitais perdurou até 4 de maio de 2020. Já dos processos físicos, até 03 de agosto e ainda mantêm suspensos nas comarcas onde continuam o trabalho 100% remoto.

A suspensão do trabalho presencial nos fóruns e dos prazos impactaram na tramitação dos processos - principalmente nos físicos - e, conseqüentemente, na tutela jurisdicional em tempo adequado, na satisfação de direitos buscados através do Poder Judiciário, ou seja, no direito ao acesso à justiça.

As mudanças decorrentes da COVID-19 não significaram a ausência de trabalho, afinal há o trabalho remoto e as decisões nos processos digitais continuaram sendo proferidas, as partes sendo intimadas, com publicação no Diário da Justiça Eletrônico. Inclusive, o TJ/SP está publicando dados da produção referentes a estes períodos.

Ocorre que enquanto os prazos processuais estavam suspensos, as preclusões e prescrições, por exemplo, não se consumavam. Por essas razões, houve impactos negativos no acesso à justiça sob o aspecto de encerramento do processo em tempo razoável, de encontrar a porta de saída do Judiciário.

Outro exemplo do impacto negativo da pandemia é sobre a não realização de perícias. O Instituto de Medicina Social e Criminologia de São Paulo (IMESC), em 17 de março de 2020, através da Portaria 02/20, suspendeu a realização dos exames periciais e coleta de material genético em todo o Estado. Por essa razão, os processos que dependiam de provas periciais do IMESC foram prolongados no tempo, aguardando o retorno das atividades presenciais, afetando os caminhos após

o ingresso no judiciário.

No tocante à suspensão do trabalho e atendimentos presenciais nos fóruns, surgiu como alternativa o *home office*, teletrabalho ou trabalho remoto, sendo necessário a autorização e regulamentação do Tribunal de Justiça. A partir de 25 de março o trabalho passou a ser 100% remoto no TJ/SP.

O trabalho à distância visava dar continuidade ao serviço público de prestação judiciária, um serviço essencial e indelegável ao mesmo tempo em que pretendia garantir a proteção necessária aos funcionários. Foi uma medida positiva sob esses aspectos sanitários, mas surgiram outras questões: como fica o atendimento ao público e aos advogados? E os processos físicos, a realização das audiências? Há acesso à justiça através dos meios online?

Cabe observar que as questões urgentes foram resolvidas pelos plantonistas - ao menos teoricamente. Se houver pedido de tutela de urgência ou emergência, riscos iminentes de danos, há atendimento e serviço judiciário prestado de forma online.

O Plantão Judiciário de primeira instância está sendo realizado de forma remota, online, conforme o Comunicado 249/2020 e com peticionamento digital. Na Segunda Instância também é realizado o Plantão Ordinário Digital, segundo o Comunicado Conjunto nº 65/20.

O uso de plataformas digitais pelo TJ/SP em tempos da COVID-19, principalmente através de aplicativos e sites, trouxe consigo elevação das necessidades de possuir equipamentos tecnológicos adequados (como celulares, computadores que comportam os programas ou aplicativos), acesso à internet, além de noções básicas de informática para utilizar as ferramentas online.

Depara-se então com dois grupos: aqueles que dispõem dessas condições mínimas e aqueles que não. O grupo de pessoas que não dispõe de alguma dessas exigências são os “excluídos digitais”, os “infopobres” e têm percepções diferentes da continuidade do acesso à justiça em relação ao outro grupo.

Parte da população paulista tem sentido de uma forma negativa a substituição do atendimento presencial pelo online: são aqueles que não têm condições de realizar atendimentos virtuais e audiências por videoconferência por si só. A título de exemplo, observa-se a situação dos assistidos pela Defensoria Pública, que são pessoas de baixa renda e nem sempre dispõem de aparelhos eletrônicos com capacidades mínimas exigidas para os aplicativos e o acesso à internet.

Além deles, também a população de idosos, deficientes, pessoas com baixa escolaridade, analfabetos e aqueles que moram em regiões onde não há sinal de internet. Existem dificuldades de acessibilidade e de uso das ferramentas digitais, somadas a falta de informações suficientes, além da linguagem jurídica e técnica - os obstáculos econômicos, culturais e os sociais.

Exigir dessa população que, através de meios próprios, realize o atendimento online ou audiências por videoconferência não parece ser condizente com a realidade daquelas pessoas que vivem uma exclusão digital, o que acaba inviabilizando o acesso universal e igualitário à justiça em tempos de pandemia, podendo afetar as partes, bem como as testemunhas.

Isso faz retomar os problemas da primeira e terceira onda de acesso à justiça, relacionados às dificuldades da população mais pobre, com desigualdade social e econômica, problemas de isonomia, vulnerabilidade, a acessibilidade nos processos, o aperfeiçoamento das técnicas judiciais.

Diferentemente é para os advogados, que já estão acostumados com o uso de e-mails, sites dos tribunais, protocolos digitais, não se sentem obstaculizados de acessar ao Poder Judiciário via online, em *prima facie*, entretanto enfrentam as instabilidades ou indisponibilidades dos sistemas do Tribunal. Da mesma forma, para as partes e testemunhas que dispõem de ferramentas e informações suficientes e conseguem participar das audiências. Esse grupo tem outra percepção - mais positiva - do acesso à justiça remotamente.

Portanto, as partes que conseguem realizar audiência por videoconferência e com presença de seus advogados ou defensores públicos, obtém a satisfação do seu direito, podendo verificar o exercício do direito ao acesso à justiça em tempos de pandemia, mas não de forma isonômica.

Durante o tempo de isolamento social, o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias está sendo incentivado, especialmente conciliação e mediação, o que é um ponto positivo das reinvenções durante o isolamento social, em consonância com a terceira onda de acesso à justiça de Cappelletti e ideias de Kazuo Watanabe, bem como auxiliam as partes a encontrar a porta de saída do judiciário

O TJ/SP está agendando audiências de conciliação e mediação online nos processos em que são possíveis. Questões, por exemplo, sobre fixação de alimentos e guarda de menores tem sido realizadas através de conciliações online no estado de

SP. Nesse mesmo sentido, a Lei 13.994/2020 de 24 de abril de 2020 – publicada em contexto da COVID-19 - possibilita a conciliação não presencial nos Juizados Especiais Cíveis.

Outro ponto positivo das mudanças em tempos de COVID-19 é a economia de tempo e dinheiro que as ferramentas digitais oferecem afinal às partes, testemunhas, advogados, membros do MP e servidores públicos não precisam mais se deslocar até os fóruns, economizando hospedagem, transporte e tempo de viagem com a realização de audiências remotas e trabalho *home office*. O próprio fórum economiza despesas de energia elétrica permanecendo fechado –cada servidor passou a arcar com custos de sua própria internet e energia para trabalhar em casa. Além disso, evitam filas, aglomerações de pessoas e questões de segurança, eventuais fugas, brigas dentro dos prédios do fórum.

As audiências e sessões de julgamentos online não foram exclusividade do TJ/SP, outros Tribunais no Brasil também realizaram. Sobre isso, destaca-se que ao mesmo tempo que é uma ferramenta que permite a continuidade do trabalho respeitando o distanciamento social, apresenta algumas desvantagens e riscos.

A título de ilustração, uma sessão de julgamento da 2ª Turma do TRT da 20ª Região, em 18 de agosto, foi invadida por hackers e teve que ser suspensa. É um exemplo de como as reuniões online podem ser invadidas por pessoas externas. O ocorrido explicitou a vulnerabilidade das ferramentas digitais, a possibilidade de prejudicar o andamento do processo, além de expor as partes a uma situação vexatória. Se essas invasões ocorressem em audiências sob sigredo de justiça, seria ainda mais grave.

Outro problema recorrente nas audiências e sessões de julgamentos online são as interrupções: em decorrência da queda de energia, pela interrupção de internet (como a vivenciada pelo Desembargador Fernando Carioni, da 3ª Câmara Civil do TJ/SC, que leu seu voto à luz de velas, através da internet móvel do celular) ou mesmo presença de pessoas externas (como ocorreu com o ministro Marco Aurélio Mello em julho, enquanto lia o voto na sessão de julgamento virtual do STF sua netinha adentrou a sala). A presença de pessoas externas pode comprometer o sigilo do processo, a imparcialidade do juiz, entre outras questões, refletindo negativamente na ordem jurídica justa.

As audiências e sessões de julgamento online ocorridas em tempos de pan-

demia demonstram suas fragilidades - seja por fatores humanos ou tecnológicos. Assim, ao mesmo tempo apresentam vantagens e desvantagens, impactando de diversas formas no acesso à justiça.

Sobre os processos físicos, eles tiveram tratamento diferentes dos autos digitais. A ausência de trabalhos e atendimentos presenciais e suspensão dos prazos, afetaram mais a tramitação desses autos físicos, causando prejuízos às partes, pois não foi possível dar continuidade ao processo presencialmente. A digitalização dos autos se tornou uma alternativa agora mais urgente.

Diante disso, o TJ/SP autorizou que os advogados digitalizem todos os volumes do processo físico e deem continuidade em meio eletrônico. Nesse caso, o advogado já estaria com o processo em carga (todos os apensos, volumes, incidentes) ou já possuiria todo o processo digitalizado. Para solicitar a conversão, o advogado precisa encaminhar um e-mail com o pedido e protocolar a petição intermediária anexando as peças processuais no e-SAJ. Posteriormente, a outra parte será intimada para se manifestar, podendo complementar as peças ou recusar a conversão. Em seguida, o magistrado decide se pode ou não prosseguir como processo digital. O TJ/SP criou um “passo a passo” no site, conforme Comunicado da Corregedoria Geral de Justiça nº 466/20, para esclarecer o procedimento.

Ainda, foi autorizado o protocolo digital em processos físicos de 1º e 2º grau, conforme Comunicado Conjunto nº 668/20. Neste caso, as petições devem indicar o número do processo físico e serem protocoladas virtualmente no sistema e-SAJ. Essas medidas, apesar de estarem a cargo das partes – dos advogados, na verdade – são alternativas para que a tramitação dos processos físicos não fique prejudicada, tentando continuar com o acesso à justiça.

Apesar da suspensão dos prazos processuais e do trabalho presencial terem afetado negativamente os andamentos processuais – especialmente nos autos físicos - e também o direito ao acesso à justiça em tempo razoável, por outro lado, não causou outros tipos de prejuízos.

Os advogados durante a pandemia também tiveram que fechar seus escritórios, adotar o *home office* e com o fórum fechado não conseguiam realizar carga ou consultar os autos físicos. Por essa razão, não era possível elaborar as peças de defesas ou recursos adequadamente, pois não tinham acesso aos argumentos e pedidos apresentados pela outra parte, o que prejudicaria o devido processo legal, o contraditório e

a ampla defesa. Sob esse aspecto, a suspensão de prazos resguardou o acesso à ordem jurídica justa.

Outra mudança foi que a emissão das certidões se tornaram exclusivamente online, como de ações criminais, execução criminal, certidões para fins eleitorais, certidão de objeto e pé. Esta última deve ser solicitada por e-mail à unidade na qual a ação judicial tramita ou tramitou. Assim, visou a continuidade dos serviços de acesso à documentos via online.

Já os pedidos de desarquivamentos de processos físicos estão suspensos, sendo realizados somente em casos urgentes, com solicitação via e-mail. Enquanto os leilões judiciais seguem online em site oficiais, todavia, há ocorrência de fraudes com sites falsos de leilões, que causam prejuízos a pessoas ingênuas ou ignorantes - no sentido de desconhecimento, desinformação.

Durante a pandemia, o TJ/SP suspendeu o comparecimento ao fórum para assinar as “carteirinhas” daqueles que estão em liberdade provisória, regime aberto, suspensão condicional do processo e livramento condicional e, através do CSM nº 2.454/2020 e Recomendação CNJ nº 62/2020, as audiências de custódia estão dispensadas, sendo medida excepcional. Foram mudanças nos procedimentos que permitem a manutenção do isolamento social.

Algumas dessas alterações perduram até o momento e outras não. A partir de 27 de julho de 2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo começou a retornar gradualmente o funcionamento presencial, com parte dos servidores trabalhando no prédio do Fórum, entretanto, a entrada no Fórum continua restrita.

O TJ/SP divulgou protocolo de retomada das atividades, notas técnicas e orientações, elaborou um manual de retomada das atividades administrativas. Nesses documentos, há proteção para o trabalho, com disponibilidade de álcool em gel 70%, uso de máscaras, distanciamento de no mínimo 1,5 metros entre os servidores, recomendação de evitar aglomeração. Os servidores pertencentes ao grupo de risco permanecem em teletrabalho - como os idosos, portadores de doenças crônicas, respiratórias ou não, gestantes, lactantes, pessoas com deficiência e aqueles que residem com idosos ou pessoas com doenças crônicas.

Criaram o “Plano de Retomada”, no qual permite-se exclusivamente o ingresso de: magistrados, servidores ativos, auxiliares da justiça, representantes do MP, defensores públicos, advogados, estagiários de direito inscritos na OAB, terceirizados

que prestam serviços ao TJ/SP, profissionais da imprensa, jurados, partes, testemunhas quando convocados e os respectivos acompanhantes quando indispensável para o deslocamento ou cuidado.

Os advogados precisam agendar (via site do TJ/SP) o atendimento no fórum e, conforme o “Plano de Retomada” foi sendo implementado, os advogados puderam comparecer aos fóruns. Já os cidadãos, estavam impedidos de adentrar no prédio do Poder Judiciário exceto se convocados para atos processuais ou entrevistas psicossociais. Apesar das justificativas sanitárias louváveis, há limitação as partes – especialmente as excluídas digitais - que poderiam obter informações diretamente com o cartório.

Agora as partes precisam solicitar por e-mail o atendimento ou agendar online e somente será autorizada a entrada no fórum com a apresentação do comprovante de agendamento, mas em relação aos excluídos digitais a dificuldade de acesso permanece.

Os horários de funcionamento dos fóruns foram alterados, antes funcionavam das 9h às 19h e com o Plano de Retomada funcionam das 13h às 17h e enquanto os plantões de finais de semana continuam remotos, das 9h às 13h. Um horário reduzido comparado com pré-pandemia, mas está funcionando, retomando o andamento nos processos físicos e mantendo majoritariamente as audiências online, evitando aglomerações de pessoas no ambiente do fórum.

Desse modo, é possível verificar diversas mudanças no TJ/SP que repercutem no acesso à justiça em tempos de isolamento social, tendo vantagens e desvantagens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível compreender que o acesso à justiça é um direito fundamental e humano de suma importância, relacionado à cidadania e à tutela de outros direitos. Ele não se resume a adentrar o fórum ou realizar um pedido ao Poder Judiciário. É um conceito mais amplo, que envolve no mínimo três etapas (a entrada, o caminho, a saída), relacionado à ordem jurídica justa.

Em suma, o acesso à justiça enfrenta obstáculos, tais como a falta de informação, as dificuldades econômicas, questões culturais e sociais. Adverte-se que esses

obstáculos continuam em tempos de COVID-19 e de utilização da justiça online. Inclusive, a exclusão digital tornou-se mais uma dificuldade a ser superada.

Foram destacadas mudanças no funcionamento do TJ/SP durante a pandemia, tais como o trabalho remoto, peticionamento eletrônico, suspensão de prazos, audiências por videoconferências, uso dos meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação online), limitação de trânsito nos fóruns, entre outras. Hoje o Plano de Retomada gradual está em andamento, mas continuam utilizando as ferramentas digitais, com atendimentos remotos ou com agendamento online prévio, audiências por vídeo, por exemplo, evitando aglomerações.

Diante dos aspectos analisados, conclui-se que as mudanças no TJ/SP em tempos de isolamento social resultaram em vantagens e desvantagens para o acesso a ordem jurídica justa. Enquanto há um grupo de pessoas que tem capacidade de acessar remotamente as audiências, os protocolos digitais, os atendimentos, dispo de equipamentos necessários, de acesso à internet e de informações suficientes, há outros que não. Portanto, há percepções variadas da justiça online conforme o extrato social a que pertencem, sendo que os excluídos digitalmente encontraram mais um obstáculo, sentindo de forma negativa as mudanças para o acesso à justiça online.

Destacou-se que o movimento de informatização no Poder Judiciário já era tendência no Brasil em 2010, relacionado a ideia de celeridade processual, e esse rumo foi acelerado com a pandemia em 2020. Apesar disso, os processos físicos ainda não acabaram no TJ/SP e enquanto as medidas de suspensão de prazos e paralisação de andamentos processuais foram adotadas, aqueles que são partes ou interessados em processos físicos receberam um tratamento diferente dos processos digitais, impactando negativamente na duração razoável do processo e no direito de saída do judiciário – uma das vertentes do acesso à justiça.

Além disso, a transformação dos autos físicos em digitais foi autorizada pelo TJ/SP, todavia, a digitalização tornou-se um encargo dos advogados. Apesar de ser uma alternativa louvável para dar continuidade ao processo de forma remota, isto também causa discriminações entre aqueles assistidos por advogados que já estavam com carga dos autos ou já havia digitalizado todo o processo e aqueles que não.

Por conseguinte, as novas tecnologias e as formas de acesso à justiça durante a pandemia, ao mesmo tempo que permitiram a continuidade dos serviços de forma remota, resguardando a saúde dos servidores e do público, gerando economias,

excluíram e discriminaram parte da população. Dessa forma, as mudanças no TJ/SP repercutem no acesso à justiça em tempos de isolamento social sob aspectos positivos e negativos.

Por fim, é de fundamental importância que o Poder Judiciário não feche os olhos para as desvantagens e discriminações das medidas adotadas, devendo constantemente superar os riscos da tecnologia, regulamentar o uso das novas ferramentas, diminuir o tratamento discriminatório aos processos físicos e digitais e, principalmente, garantir a universalização e isonomia, superando a exclusão digital, assegurando democraticamente o acesso à justiça em tempos de isolamento social e justiça online.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. O Percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v.184/2010, p. 329-362, jun. 2010.

ALVARES, Nathalia Oliveira. **A informatização do processo judicial e o acesso à justiça**. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2012.

BARREIROS, Érika Pinto. **Aspectos Jurídicos e Sociais para a Garantia do Acesso à Justiça**. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CICLONE bomba em Florianópolis obriga desembargador a participar de julgamento à luz de velas.

Jornal Estadão, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ciclone-bomba-em-florianopolis-obriga-desembargador-a-participar-de-julgamento-a-luz-de-velas/> Acesso em: 05 out. 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne. Neta de Marco Aurélio Mello aparece em sessão virtual do STF durante voto do ministro. **G1**, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/03/neta-de-marco-aurelio-mello-aparece-em-sessao-virtual-do-stf-durante-voto-do-ministro.ghtml>. Acesso em: 05 out. 2020

DE ALMEIDA, Guilherme. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Revista Contemporânea de Sociologia da UFScar**, v. 2, n. 1, p. 83-102, 2012.

GONÇALVES, Vinicius José Corrêa; BREGA FILHO, Vladimir. Descenso à justiça como fator de inclusão social. **Anais XIX Encontro Nacional do Conpedi**, p. 62-76, 2010.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A Simplificação da Linguagem Jurídica como Instrumento Fundamental de Acesso à Justiça. **Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes**, Ponta Grossa, v, 20, n. 2, p. 173-184, jul./dez. 2012.

IBGE. **Taxa de Analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade: Brasil 2007/2015**. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Pnad Contínua Acesso à Internet e à Televisão e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal 2018 - Análise Dos Resultados**. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=27138&t=resultados>. Acesso em: 10 out. 2020.

LAURIS, Élida. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Revista Crítica de ciências sociais**, n. 87, p. 121-142, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochamn. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Revista Quaestio Iuris**, v.8, n.3, p. 1827-1858, 2015.

MORAES, Mayna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A Política Pública Conciliatória como meio de Acesso à Ordem Jurídica Justa em prol da Adequada Pacificação Social. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 17, p. 205-228, abr. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/240/237>. Acesso em: 09 out.

NEVES, Gabriela Ângelo; RANGEL, Tauã LimaVerdan; SILVA, Samira Ribeiro. As ondas renovatórias do italiano autor Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro. **Revista Ambiente Acadêmico**, v. 2, n.1, 2016.

PETICIONAMENTO eletrônico: economia e agilidade. **Notícias STF**, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=156082&caixaBusca=N>. Acesso em: 07 out. 2020.

ROVER, Aires José. A Democracia Digital Possível. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 27, n. 52, p. 85-104, jul. 2006.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. São Paulo, n. 101, mar./abr/maio, 2014, p. 55-56.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R (Coord). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, p. 170-180. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion; DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A Mediação Digital de Conflitos como Políticas Públicas de Acesso à Justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Produção TJ/SP 2020**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/TransparenciaProducao/Produtividade.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. O Acesso à justiça como Direito Fundamental e a Construção da Democracia pelos Meios Alternativos de Solução de Conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov. 2009.

VIEIRA, Lusilene Santos; BEZERRA, Mayara Gomes; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Análise a cerca do princípio constitucional do acesso à justiça perante as diretrizes do novo CPC. **Caderno de Graduação Ciência Humanas e Sociais**, Aracaju, v.3, n.3, p. 29-48, out. 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Editora Del Rey.

WATANABE, Kazuo. **Tribunal Multiportas**: Investimento no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida e Mariana Germandes Crespo (Org). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012, p. 87-94.

AUTONOMIA PRIVADA E EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Juliana Beatriz Rocha Moraes¹
Clarissa Chagas Sanches Monassa²

RESUMO

O presente trabalho busca relacionar a autonomia privada nos contratos internacionais diante das novas relações de comércio proporcionadas pela globalização. Será abordado de forma breve a questão histórica, tal como o nascimento e desenvolvimento da *Lex Mercatoria* e de regulamentos importantes, tais como a Convenção de Viena, a fim de analisar-se os eventos que deram origem aos contratos atuais de comércio, bem como, não seria possível tal investigação sem direcionar especial atenção ao fenômeno da globalização que informalizou e acelerou as relações de comércio, exigindo, portanto, regulação específica para efetivação de seu conteúdo e propiciando certa independência em seu processo. Será analisada a autonomia privada do direito

¹ Bacharel do Curso de direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, Brasil e advogada.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1999), especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (2002), mestrado em Direito do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/UNIVEM (2005), doutorado em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina (2020). Docente da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília- UNIVEM e da Faculdade de Direito da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura/OAPEC. Membro do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Parecerista da Revista de Direito Público da UEL. Advogada e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa GECODI (Centro Universitário Eurípides de Marília) e GEDs (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) ambos cadastrados no CNPq. Atua nas seguintes áreas: Metodologia da Pesquisa e Hermenêutica Jurídica, Direito Internacional Público e Privado; Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito do Comércio Internacional, Sociologia Jurídica e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

internacional brasileiro e como esta é mitigada pelas Leis de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) e o ponto de escape que se tornou a arbitragem. Ainda, a uniformização e harmonização que o fenômeno da globalização tem compelido aos contratos, sendo um dos princípios mais relevantes em discussão o da liberdade contratual. A metodologia utilizada na presente pesquisa será a dedutiva, que se compõe de raciocínios em ordem decrescente, da análise do geral para o particular.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos internacionais de comércio. Globalização. Autonomia Privada. Arbitragem. Direito do comércio internacional.

INTRODUÇÃO

É certo que o comércio internacional é influenciado, desde a antiguidade, por regras de usos e costumes que foram criadas pelos próprios negociadores e comerciantes, por eles aplicado e regulado. Ainda, é definido que a necessidade dos comerciantes implicou na criação de instrumentos jurídicos como as cambiais, surgimento de Bancos e Bolsa de Valores, seguros e outras criações que diminuíram a atuação do Estado e protagonizaram o papel das empresas privadas (CORDEIRO, 2008).

Hodiernamente, as relações de comércio internacional ocorrem com rapidez e naturalidade, os entraves de tempo, valores elevados, comunicação e até mesmo fronteiras foram neutralizados pelo avanço da internet e do fenômeno da globalização, e assim, todos esses avanços propiciaram o aumento da internacionalização do mercado.

Busca-se, no presente trabalho, elucidar qual seria a autonomia privada dos contratos internacionais de comércio no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e como seus sujeitos têm reagido à maciça Soberania estatal, imposta pela LINDB, como ocorre o escape através da arbitragem e quais são alguns dos efeitos da globalização sobre esses contratos.

Sabe-se que, principalmente após a II Guerra Mundial, os comerciantes voltaram suas atenções para elaborar um sistema jurídico que lhes fosse mais adequado e que superasse as fronteiras, pois o Direito Interno não se mostrava suficiente em relações de comércio transnacionais, bem como a insegurança jurídica era óbice à expansão mercante. Iniciou-se, então, as discussões gradativas que dariam origem ao Congresso de Viena.

Conforme Goldstajjn (1973):

[...] uma nova lei mercante se desenvolve rapidamente no âmbito do comércio internacional mundial. É tempo de reconhecer a existência de uma lei do comércio autônoma que cresce independente dos sistemas jurídicos nacionais.

A lei mercante a que se faz referência é a *Lex Mercatória*, que possui fonte consuetudinária, que teve como principal conteúdo os usos e costu-

mes do comércio internacional e aplicada pelos próprios comerciantes, que necessitaria de um andaime legislativo, conforme Kadens (2004, p. 42), além disso, de acordo com Malynes (2002 apud CORDEIRO, 2008), a *Lex Mercatoria* era conhecida como sendo a “lei de todas as nações” - e não de um Estado particular - que regula as atividades comerciais entre países desde a Idade Média e que, deixou resquícios no novo instrumento normativo que nasceria após a II Guerra.

Outros sistemas normativos que regularam o comércio internacional foram criados antes da *Lex Mercatoria* e influenciaram a forma em que tal comércio ocorria, vale lembrar do *jus gentium*, desenvolvido para regular as transações realizadas entre cidadãos romanos e comerciantes estrangeiros, inclusive, segundo Cordeiro (2008), foram desenvolvidos em Roma cortes especiais para julgar casos que envolviam esse tipo de comércio ao invés de utilizarem a lei de direito interno de Roma, o *ius civile*³.

Com o fortalecimento da Monarquia na Europa, a *Lex Mercatoria* sofreu influência e perdeu força, em razão de que a criação das legislações que regulavam o comércio passaram a ser responsabilidade dos monarcas e não dos comerciantes, mas posteriormente, os direitos de primeira geração, em especial o princípio da liberdade, bandeira da Revolução Francesa, tornou o ambiente favorável ao comércio exterior, tal premissa é relevante ainda na atualidade.

Diante de um conturbado cenário em que não se aceitava a lei mercante de forma cosmopolita, após a II Guerra Mundial, diante dos avanços tecnológicos em todas esferas da sociedade, com especial atenção à comunicação e ao computador, os usos e costumes ganham força, assim como os modelos de contratos elaborados por associações de comércio.

Algumas das principais mudanças nos contratos internacionais de comércio elaborados pós segunda Guerra foram o aumento de cláusulas de resolução de conflitos por meio arbitrais, retirando a competência de Esta-

³ Na Antiga Roma, o *ius civile* era aplicado apenas para resolver questões que envolvessem cidadãos romanos, independente do local onde o contrato havia sido celebrado. Portanto, caso a questão envolvesse uma relação entre romano e estrangeiro, não haveria proteção da lei romana, a questão deveria pautar-se apenas na boa-fé e confiança mútua (DE LY, 1992 apud COSTA, 2016).

dos, para assim evitar a aplicação de qualquer lei nacional, ademais, eram utilizados contratos-tipo, minutas padrão e costumes para regular eventuais conflitos (Cordeiro, 2008), originou-se a nova *Lex Mercatoria*. Pode-se, ainda, afirmar que os contratos elaborados antes dos efeitos concretos do Congresso de Viena tiveram um profundo impacto no comércio exterior, promovendo de fato a criação de um sistema autônomo de comércio.

Para fins de melhor elucidação, um dos trabalhos mais relevantes sobre o tema da nova *Lex Mercatoria*, o artigo *Frontières du Droit et Lex Mercatoria* a definiu como sendo “um conjunto de princípios, instituições e regras com origem em diversas fontes, o qual rege as relações de um determinado grupo de pessoas; os comerciantes internacionais” (GOLDMAN, 1964 apud CORDEIRO, 2008). É possível afirmar, ainda, que suas principais fontes seriam as sentenças arbitrais internacionais e os contratos internacionais (CARRÁ e DUARTE, 2017).

Conforme apontado acima, a globalização acelerou as relações comerciais pós segunda Guerra e exigiu um sistema normativo que as abarcasse, sem que houvesse conflito com as leis interna dos países.

Segundo Fundo Monetário Internacional (2000) representaria largo processo de integração em várias esferas, tais como a social, cultural e política, sendo seus aspectos básicos “A migração e o movimento de pessoas, bem como a disseminação do conhecimento, ao lado do comércio e das transações financeiras, dos movimentos de capital e de investimento.”

Segundo Carrá e Duarte (2017) notório que vive-se em fase atual de normatização da globalização, principalmente no que tange ao seu aspecto econômico, portanto, a formação de princípios se revela demasiadamente importante, a fim de unificar e padronizar um sistema jurídico imparcial, justo e uniforme, que atenda as necessidades do mundo globalizado, ou seja, a globalização está demandando uniformização das regras disciplinadoras de contratos internacionais de comércio. Tal uniformização tem sido tema recorrente em congressos e convenções, como a de Haia (1964), a Convenção de Viena e o Tratado de Roma (1980), tendo como um de seus princípios centrais o da liberdade contratual ou consensualismo.

1. CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO E A AUTONOMIA PRIVADA

O direito internacional privado possui como objeto central de seus estudos o conflito de leis no espaço, portanto, se ocupa da solução de conflitos privados que envolvam mais de um ordenamento jurídico, seja relacionado ao foro, a lei aplicável, às partes envolvidas, ao local do ato, entre outros elementos de conexão.

Nas precisas palavras de Nadia de Araújo (2016):

Cada Estado possui, inserido em seu ordenamento jurídico, um conjunto de regras para resolver as questões atinentes a essas situações multiconectadas. A aplicação de leis estrangeiras, por força dessas regras especiais, é hoje um princípio de direito comum às nações. [...] Pretende-se atingir a harmonia jurídica internacional, assegurando a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas, além do interesse da boa administração da justiça. Cada vez mais está subjacente ao conflito de leis a questão do conflito de civilizações. A diferença do DIPr em relação ao direito interno, é, tão somente, a existência de um elemento de estraneidade na relação, quando há um elo com o direito material de um Estado estrangeiro, além daquele no qual a questão está sendo julgada. Diante dessa pluralidade de sistemas jurídicos, ocorre o conflito de leis na qual a situação jurídica poderá ser regulada por mais de um ordenamento. As situações multiconectadas possuem características próprias e distintas das situações internas, necessitando de regulamentação específica. A determinação dos sujeitos do DIPr serve para distinguir o objeto desta disciplina da do Direito Internacional Público, o qual, na sua forma clássica, se dedica às relações entre os Estados. Disciplina jurídica autônoma, sua denominação, apesar de imperfeita, está consagrada.

Assim, o direito internacional privado busca soluções para demandas que envolvam relações privadas de caráter internacional, lastreadas em princípios, critérios e normas estudados por este ramo do direito. No atual

contexto de mundo globalizado, as relações de comércio não são mais obstadas por fronteiras físicas, pode-se facilmente passar uma temporada no exterior para realizar turismo, negócios ou tão somente adquirir item de mercado online em que a empresa fornecedora esteja sediada em outro país, tais avanços demandaram mudanças no direito internacional privado e nos contratos internacionais de comércio. Não é que a ação humana tenha se libertado do espaço e do tempo “nem se tornou ‘a-territorial’”. A relação entre ação e contexto é que se alterou; o resultado tem sido a maior complexidade e a maior plasticidade de ambos” (SILVA, 2017, p. 124).

O comércio internacional desenvolve-se por meio de instrumento de contrato. O que seria, portanto, os contratos internacionais? Levando-se em consideração que as regras de comércio internacional não são únicas, sabe-se que os contratos definidos como internacionais devem envolver cidadãos ou pessoas jurídicas afetas a, ao menos, dois ordenamentos jurídicos distintos, sendo que cada país possui regras jurídicas próprias de direito internacional privado, portanto, o contrato deverá seguir alguma dessas regras. Pode-se afirmar que contratos internacionais “são aqueles que atraem a aplicação de duas, ou mais, ordens jurídicas de nações distintas” (CÁRNIO, 2009, p. 14).

Ainda nesta seara, nas palavras de Batista (2010, p. 06 apud OBRZUT NETO):

Pode-se dizer que, para o direito brasileiro, é internacional o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica no duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza.

Para que um contrato seja definido como internacional, terá ele de possuir os outrora já citados “elementos de estraneidade”, que são características que vinculam um contrato a mais de um ordenamentos jurídico (determinando, por assim dizer, sua internacionalidade) podem ser relativos ao domicílio das partes, nacionalidade, o local de celebração e execução, foro, entre outras. Em razão de tais elementos é que há necessidade de verificar-se a jurisdição dos contratos.

Para Del’Olmo (2011, p. 46) o “elemento de conexão pode ser entendido como a parte da norma de Direito Internacional Privado que torna possível a determinação do direito aplicável, seja o nacional (do julgador), seja o estrangeiro”.

Em suma, um contrato será internacional quando houver mais de uma possibilidade de foro, oficial (jurisdição) ou alternativo (arbitragem), competente para resolver quaisquer conflitos da relação jurídica (OBRZUT NETO, 2018).

No Brasil, o maior ordenamento que possui os elementos de conexão é o Decreto-Lei nº 4.657/1942, denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seus artigos 7º a 9º, ademais o Código de Processo Civil de 2015 prevê, nos artigos 21 a 25, os casos em que a jurisdição será do Brasil quando envolve-se elemento de estraneidade, configurando-se, os citados ordenamentos, em clara limitação a autonomia das vontades no âmbito dos contratos internacionais, tema alvo de diversas discussões e posições doutrinárias no que se concerne à possibilidade de eleição de foro e escolha da lei aplicável.

Ainda, importante tema no que se concerne a contratos internacionais de comércio é aquele relativo à autonomia privada, no presente trabalho será enfatizada a livre escolha de foro e direito estrangeiro pelas partes negociantes, à luz da LINDB.

Sob o prisma do Direito Civil brasileiro, autonomia privada consiste em duas formas distintas, podendo revestir-se do aspecto da liberdade de contratar e da liberdade contratual, a primeira diz respeito à faculdade de realizar ou não o negócio jurídico, já liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, suas modalidades de realização, conforme Arnold Wald (1995).

Ainda na ótica civilista, há entendimento de que a autonomia da vontade firma-se sobre tríplice aspecto “como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato”, de acordo com Lobo e Lyra Júnior (2003, apud PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, ob. cit., p. 1638).

Portanto, autonomia da vontade é o poder das partes envolvidas no contrato de se auto-regulamentar, nos limites da lei, sendo a própria lei que

confere aos particulares tal arbítrio de normatizar suas relações jurídicas, pelo que estabelece conteúdos e efeitos desejados.

Todavia, o atual Código Civil mudou a concepção que, em consonância com a ordem jurídica constitucional vigente, tornou o princípio da força obrigatória dos contratos flexível diante do interesse social em jogo, tornando-se mais contido diante de normas cogentes. O Estado, outrora mais inerte, agora atua como intervencionista a fim de proteger os interesses sociais e de ordem pública, pelo que limita a autonomia privada, operando, em verdade, o dirigismo contratual (OBRZUT NETO, 2018).

Agora, como se dará os limites da autonomia privada nos contratos internacionais – fator central que se ocupa o presente trabalho – visto que são permeados pelos elementos de conexão e envolvem, ao menos, dois ordenamentos jurídicos distintos?

Nesse contexto há de ser feita importante distinção, porquanto no direito internacional autonomia privada refere-se a escolha do ordenamento jurídico que, por sua vez, regulará o contrato, não se relaciona à escolha de contratar ou aos termos do contrato, “Esta lei é a lei da autonomia, ou seja, a lei que as partes escolheram para submeter o seu contrato” (BASSO, 1996). A escolha da lei que será aplicada na relação contratual “poderia ser identificada como o coração do DIPr. [direito internacional privado]” (ARAÚJO, 2014).

A autonomia é, inclusive, instrumento bastante efetivo para atribuir maior segurança jurídica aos contratos internacionais, visto que procura minimizar as disparidades internas dos Estados envolvidos, aumentando a harmonia entre os diferentes ordenamentos jurídicos e o fluxo de negociações entre particulares de nações distintas. Dado a essa capacidade da autonomia privada seu reconhecimento no cenário internacional é amplo, por assim dizer, universal.

Sobre a harmonização, ensina Nadia de Araújo (2008):

[...] o objetivo da harmonização é suprimir ou atenuar as disparidades entre as disposições de direito interno, e isso deve ser feito pela adoção de novas normas jurídicas, que promovam a redução ou ainda a eliminação das diferentes entre aquelas hoje existentes.

No Brasil, todavia, seu exercício não é amplo. Encontra extensa gama de limitações que priorizam o conceito jurídico de soberania estatal e do princípio da territorialidade, que serão descritas a seguir, sem pretensão de exaurir-se a matéria – que é objeto de variadas e distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

O Estado brasileiro adota o princípio da territorialidade moderada ou temperada, sendo certo que a LINDB adota tanto a territorialidade quanto extraterritorialidade, em algumas ocasiões próprias o direito estrangeiro será aceito, todavia a Soberania nacional não será deixada de lado.

O artigo 9º da LINDB estabelece que a lei que regerá a operação será àquela em vigor no local em que fora celebrado o termo contratual ou aquela em que se espera que ocorra o cumprimento da obrigação – *lex loci actus* e *lex loci executiones* – ou até mesmo a lei local de um das partes. Referido artigo da LINDB “Trata-se da impossibilidade da aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes, em uma clara afronta ao princípio da liberdade fundamental de as partes, em uma relação contratual, escolherem a lei a ser aplicada.” (GOMES e WINTER, 2016).

Portanto, quando se celebra contrato internacional no âmbito do ordenamento jurídico do Brasil ou quando pretende-se que sua execução ocorra no território nacional, as partes não são totalmente livres para escolher qual direito será aplicado. O Brasil estabelece, como visto acima, as regras de conexão que, de forma parcial, procura apresentar soluções ao impasse internacional.

Ocorre que outros ordenamentos são mais abertos à interferência de direito estrangeiro. Tal regulamentação brasileira implica em expressivo impacto sobre as relações de comércio internacional, precipuamente no que diz respeito à resolução de eventuais conflitos delas decorrentes e a escolha da lei que regerá a obrigação, acabando por sufocar e diminuir o fluxo de negociações comerciais que envolvam o Brasil.

Tal regra tem se revelado insuficiente, ainda mais no atual contexto globalizado do mundo, o que favoreceu a ascendência da arbitragem como meio de resolução de conflitos, pois adentrar uma negociação de contrato internacional de comércio e não saber as consequências e custos de futuro litígio

em determinado tribunal, promove grande insegurança jurídica, “daí porque o oposto desta situação é a faculdade de escolher a lei aplicável e evitar incerteza advinda da aplicação das normas de DIPr no caso futuro” (ARAÚJO, 2014).

O ponto crucial no Brasil em relação ao comércio internacional é, portanto, é em relação a possibilidade das partes determinarem qual lei seria aplicada ao contrato internacional, em razão de que o artigo 9º, parágrafo segundo da LINDB e artigo 435 do CC apontam que a lei que regerá o termo será aquela do local da constituição da obrigação, não havendo espaço para autonomia da vontade, segundo a maioria do entendimento doutrinário.

Sobre o tema, Nadia de Araújo (2016) ressalta que “Para nós, no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente”.

Além disso, cabe especial atenção à questão das normas de ordem pública e o foro eleito. Sobre àquelas, são pontos sensíveis de conceituação, pois “As limitações à liberdade contratual decorrem justamente deste misterioso fenômeno que é a ordem pública” (BASSO, 1996), misterioso em razão de que são detidos de peculiar dificuldade de conceituação, não sendo o objetivo do presente trabalho exaurir a matéria ou conceituar ordem pública, mas “pode ser considerada como um núcleo duro de ordem jurídica do foro, composto por seus valores essenciais de justiça” (ARAÚJO, 2016). A ordem pública é, nas palavras de Bucher (2014), “consagrada a salvaguardar os princípios fundamentais de direito do foro”.

Mas, o que de fato importa nesta ocasião, são os efeitos da ordem pública sobre os contratos internacionais de comércio.

Nos contratos internacionais as limitações à autonomia das partes decorrem tanto das noções de ordem pública interna, como de ordem pública internacional. Quanto a primeira, devemos entender aquele complexo de normas e princípios imperativos determinados pelo legislador e sobre o qual se assenta o edifício jurídico, com o entendimento de que cabe basicamente ao julgador a interpretação de seu conteúdo - do foro íntimo daquele que julga, alicerçado nos pilares da construção jurídico-social. Vincent Heuzé traz alguns elementos

novos à compreensão de ordem pública afirmando que o “direito objetivo exerce um estreito controle sobre a utilidade, não somente social, mas ainda particular das convenções, garantindo, paralelamente, sua conformidade à justiça social. No que se refere à ordem pública internacional, persiste a questão de em que medida esta pode exercer os mesmos efeitos moduladores de cláusulas livremente estipuladas. Segundo Strenger, “na medida em que o direito interno reconhece a sua validade”. (BASSO, 1996)

Por ser tema de difícil definição e ampla discussão internacional, caberá, portanto, aos negociadores no caso concreto, diminuir os efeitos da ordem pública sobre os contratos, de forma a respeitar a maior quantidade de regras dos ordenamentos afetos ao respectivo termo internacional.

Importante é ressaltar que o tema de ordem pública apenas se tornará um entrave ao contrato internacional após o início de sua execução, momento em que ocasionalmente haverá algum conflito que carecerá de análise jurídica, a essa altura caberá verificar se as partes tinham a liberdade de escolha do ordenamento jurídico e, a partir da escolha, se as normativas de ordem pública do Estado foram devidamente respeitadas.

Em vista disso, os operadores do direito e negociadores deverão ter o cuidado de elaborar contrato que, em momento posterior, não torne-se sem eficácia, devendo respeitar as normas de ordem pública do Estado onde contrai-se a obrigação e onde ocorrerá sua execução, portanto “os advogados-negociadores devem conhecer o direito do país do outro contratante, assim como os sistemas jurídicos que direta ou indiretamente geram efeitos sobre o contrato pretendido, segundo os seus elementos de estraneidade.” (BASSO, 1996).

A maior preocupação aqui é, sem dúvida, a questão econômica. Porque ao se gerar segurança jurídica em relação a qual lei é aplicável a determinado contrato internacional de comércio, promove-se eficiência econômica, pois as partes se mantêm cientes, não são surpreendidas pelas regras de direito internacional privado que aplicam-se no país do foro. Quando ocorre desconhecimento ou insegurança em relação à lei aplicável, pode-se adotar preço maior na transação, pois leva-se em consideração a influência da lei aplicável, sendo muitas vezes necessário investir gastos no estudo das questões de di-

reito internacional no caso específico, bem como a jurisprudência do tribunal escolhido como foro de possível controvérsia (ARAÚJO, 2014).

Assim sendo, predomina na doutrina o entendimento de que a escolha da lei nos contratos internacionais é afastada pelo artigo 9º da LINDB, por possuir caráter de regra cogente ou de ordem pública e, portanto, inafastável.

Diante do cenário de insegurança quanto à autonomia privada nos contratos internacionais, o movimento de escape ou drible para aplicar-se o direito estrangeiro tem sido, justamente, a escolha de foro arbitral, caso as partes sejam maiores, capazes e que a demanda verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem representa meio alternativo e autônomo de resolução de conflitos, independe da jurisdição estatal, que possui íntima relação com a autonomia privada, sem a qual aquela não existiria, por ser seu fundamento principal, desde a opção por ela, até a indicação dos árbitros. Já não se encontram maiores conflitos da doutrina em relação à sua possibilidade de escolha como consequência da autonomia da vontade, por tratar-se de foro, logo as partes poderão escolher livremente se este será judicial ou arbitral.

Justifica-se pelo fato de que a arbitragem é aceita como meio eficiente e hábil para resolução de conflitos comerciais na esfera internacional, além disso, existe lei no Brasil que regulamenta sua possibilidade de aplicação como sendo o único meio de resolução de conflitos de contratos nacionais ou internacionais (OBRZUT NETO, 2018).

Sendo assim, o anterior impasse de aplicação de cláusula arbitral em contratos internacionais já restou solucionada pela lei, podendo, portanto, ser afastada a jurisdição estatal.

Como tratado acima, a autonomia da vontade é limitada pela escolha da lei que será aplicável ao contrato, em razão de que a LINDB optou pela *lex loci contractus* ou lei do local de celebração do contrato, em que pese as exceções condicionais. Todavia, quando opta-se pela arbitragem, um sistema diferente e único de conflito de leis será utilizado, conforme Luiz Olavo Batista e Sílvia Miranda (2010).

O instituto da Arbitragem é regulado no Brasil pela Lei nº 9.407/1996, que admite, em seu artigo 2º, a possibilidade de que as partes escolham qual

lei incidirá sobre a demanda, desde que não ofenda os bons costumes e a ordem pública, garante-se, portanto, a autonomia privada e promove-se a segurança jurídica dos contratos internacionais de comércio.

Tal método de resolução de conflitos ganhou significativa robustez com o advento da Lei 9.307/1996, em razão de que as sentenças arbitrais estrangeiras passaram a possuir força executiva e não mais precisariam de homologação do juízo de origem, mas apenas do Supremo Tribunal Federal para serem dotadas de validade e executoriedade. Sendo assim, a Lei da Arbitragem reconhece a sentença arbitral estrangeira com força de título executivo judicial, conforme artigo 31 da Lei supracitada, sujeita a homologação do STF.

A homologatória somente poderá ser negada caso o réu demonstre que as partes na convenção de arbitragem eram incapazes, que a convenção não estaria de acordo com o direito que declarou-se submissa, ou, na ausência deste, quando estiver em desacordo com a lei interna do local que proferiu a sentença, que não houve notificação sobre o procedimento de arbitragem, sobre a escolha do árbitro ou qualquer vício no contraditório que impossibilite a ampla defesa, que a sentença fora proferida fora dos limites da convenção, não sendo possível separar seus corretos limites na sentença, que a instituição de arbitragem não está em conformidade com o compromisso ou que a sentença não seja, no dado momento, obrigatória às partes, que tenha sido anulada ou suspensa no país de origem, nos termos do artigo 38 da Lei de Arbitragem.

Ademais, a cláusula arbitral é dotada de especial autonomia em relação às outras cláusulas do contrato, conforme artigo 8º “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

É notório que a arbitragem ampliou os horizontes para os contratos de comércio internacional que envolvam o Brasil, pois não terá o árbitro que obedecer as regras de conexão previstas na LINDB, poderá utilizar regra própria da arbitragem “qual seja, a livre escolha das partes” (OBRZUT NETO, 2018), *lex voluntatis* não só em relação ao mérito, mas de fato também ao procedimento, pensamento que segue a maioria doutrinária.

2. GLOBALIZAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Conforme trabalhado acima, em breves palavras, a globalização demanda unificação e harmonização dos contratos internacionais de comércio, porquanto com o escoar das diferenças culturais e a verdadeira aproximação das fronteiras pelo avanço cibernético, a enorme quantidade de variáveis contratuais no comércio internacional não se coaduna, forçando a construção do “Direito Uniformizado” (DOLINGER, 2012).

A globalização se refere ao aumento intenso de relações sociais no mundo, de forma que eventos locais podem ser influenciados por outros, independentemente das fronteiras ou distancias geográficas, constitui-se como “perda de poder do Estado-Nação – da qual nenhum Estado tem condições de escapar – em virtude das comunicações globais, da nova dinâmica de fluxo de capitais e das novas aspirações sociais” (CORREIA, 2016). Nas palavras do português Augusto Santos Silva (2017, p. 122):

[...] processo geo-histórico, multidimensional e complexo, que carece de abordagem interdisciplinar [...]. Ora, a globalização é um contexto da ação humana. Não apenas no sentido em que toda a estrutura social o é; [mas] também na medida em que a sua natureza multiescalar altera qualitativamente o quadro de desenvolvimento de qualquer ação: por mais local que esta pareça, o mundo todo faz-se ver nela. (SILVA, 2017, p. 122)

Por óbvio, a globalização exerce pronunciado efeito sobre as pessoas, dela “emergem fenômenos tão graves que repercutem até mesmo no conceito da soberania, relativizando-a, posto que, se outrora avultavam os interesses dos países, hoje, no “Mundo Plano”, prevalecem os interesses das corporações” (BOAVIAGEM, 2016).

Para Held et al (1999, apud CORREIA, 2016) a globalização é a força motriz que molda as rápidas mudanças sociais, políticas e econômicas, não havendo experiência prévia que governos para tamanha diluição de fronteiras entre o doméstico e o internacional, entre política externa e a interna. Assim sendo, a convergência de interesses internacionais, torna possível “qui-

çã necessária, a uniformização de certas instituições jurídicas” (DOLINGER, 2012), não seria diferente nos contratos internacionais de comércio.

A tendência é exteriorizada por várias convenções, como a de Haia (1964), Viena e o Tratado de Roma (1980), as especializadas interamericanas do Direito Internacional Privado, normatização Comunitária, nos trabalhos da Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional e a Organização Mundial do Comércio, nota-se, portanto, que a homogeneidade contratual e terminologia unificada é preocupação geral da comunidade internacional.

A importância da uniformização é tamanha pelo fato de que implicaria na maior segurança jurídica dos contratos internacionais de comércio. Tal uniformização estaria lastreada “em princípios basilares como a liberdade de contratar, a liberdade de forma, a boa-fé, e a *Lex Mercatoria*” (BOAVIAGEM, 2016). Além disso, implementá-la seria necessário enfrentar desafios de variadas ordens, como culturais, sociais, econômicas, religiosas e políticas. Por isso, ocupa papel de destaque nos fóruns internacionais como nas *Considerandas* da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNICITRAL (Viena, 1980), que preambularmente pugna:

Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

Cabe aqui pontuar uma distinção. Uniformização diz respeito à ordem jurídica universal, já harmonização legislativa, tão somente versa sobre aproximação de sistemas jurídicos de origens distintas, diminuindo ou suprimindo suas diferenças e incongruências, para que se obtenha compatibilidade de resultados em relação aos objetivos comuns (MENEZES, 2016), portanto, a última busca evitar a insegurança em relação a qual ordenamento jurídico deverá reger o contrato, encarrega-se das regras conflituais, já a primeira versará sobre direito material e subjetivo (GAMA JUNIOR, 2006). Ambas podem coexistir, como ocorre na implantação de blocos econômicos.

A harmonização está presente em convenções internacionais, como nos *Considerandas* a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – CIDIP V (México, 1994) e no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Buenos Aires, 1994).

Conforme Joseph Issa-Sayegh (1997, apud MENEZES, 2016), a harmonização consiste em aproximar sistemas jurídicos e lhes oferecer coerência, para reduzir ou suprimir suas diferenças e contradições, para que haja compatibilidade entre eles. Segundo a autora, “harmonizar é aproximar de forma flexível [...] é coordenar diversidades” (MENEZES, 2016).

A uniformização dos contratos internacionais seria resultado do Direito Uniforme Dirigido ou Direito Uniformizado, conceituado pela intencionalidade dos Estados em fazer convergir seus institutos jurídicos (DOLINGER, 2012).

Como citado acima, as dificuldades de variadas ordens que enfrenta a uniformização dos institutos jurídicos deve ser superada, corroborando com o entendimento de Aurélio Agostinho da Boavagem (2016), a uniformização não apenas surge como resposta à globalização, mas possui seus fundamentos na Idade Média, no direito das corporações, pela necessidade de padronização das regras de comércio e de câmbio entre os mercadores. As tendências uniformizadoras dos institutos jurídicos são compostas por princípios fundamentais, conforme divisão realizada pelo autor, são eles: a liberdade contratual, a liberdade de forma (consensualismo) e a boa-fé, sendo os dois últimos parte do primeiro, básico e amplo, sendo todos contemplados por convenções internacionais. Sem ignorar-se a presença de outros princípios que regem as relações de comércio internacional, serão apenas esses três o enfoque do presente trabalho.

Sobre liberdade contratual, trata-se de “princípio jurídico de valor” (COSTA, 1995). É princípio considerado como espinha dorsal ou ponto de partida de todo sistema de direito de contratos internacionais pela doutrina.

É necessário pontuar que não trata-se de possibilidade de contratar ou não contratar, a liberdade contratual versa sobre as estipulações clausulares, logo, a fim de que as partes delimitem cláusulas e condições do contrato.

Não é a liberdade contratual absoluta, é mitigada por diversos fato-

res, como a própria lei, capacidade para contratar, forma, dolo, coação, licitude do objeto e pela ordem pública.

O consensualismo (ou liberdade de forma), também tem sua presença marcada nas convenções internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL (Viena, 1980), que admite, inclusive, prova testemunhal. Além dos Princípios UNIDROIT, que afirmam que o contrato poderá ser provado por quaisquer meios.

Todavia, o consensualismo vai na contramão da tendência do comércio internacional que propõe uma difusão de práticas econômicas, como contratos *standarts* e “cláusulas gerais e unificação de terminologia, a exemplo dos *incoterms*.” (BOAVIAGEM, 2016).

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, considerada por Augusto Teixeira de Freitas (1974) como a alma do comércio e sem a qual este não pode existir, sabe-se que obriga às partes agirem com lealdade negocial, honra e confiança, tanto na negociação e elaboração do contrato, como em seu cumprimento e extinção.

No artigo 7º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (Viena, 2014), afirma-se que a Convenção deverá ser interpretada de acordo com seu caráter internacional, necessidade de promover-se uniformização em sua aplicação e assegurando-se o respeito à boa-fé no comércio internacional. Assim como nos princípios UNIDROIT, em seu artigo 1.7 “as partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-fé no comércio internacional.”

Conforme Lauro Gama Júnior (2006), o princípio da boa-fé possui tríplice função, qual seja, a interpretativa (caso haja obscuridade, o contrato será interpretado de forma razoável e não literal), para suprir direitos e deveres não expressos na lei ou no contrato e para derrogar estipulações de contrato ou de lei contrárias à boa-fé.

Além dos princípios acima citados, a maioria da doutrina tem defendido uma Nova *Lex Mercatoria*, que surge para suprir a descontinuidade jurídica de um mercado dividido entre pluralidade de Estados distintos, surgiu da difusão das práticas comerciais e com contribuição da forte influência das

organizações internacionais e multinacionais, que impuseram tais práticas.

Consiste em usos e costumes do comércio internacional, verdadeiro direito transnacional, consequência natural da evolução econômica mundial e do processo de globalização.

Portanto, ao invés das partes escolherem um determinado sistema jurídico, elege-se regras que não fazem parte de nenhum sistema, como os Princípios do UNIDROIT para contratos comerciais internacionais, tornando suas soluções mais eficientes (ARAÚJO, 2016). Pois é certo que buscam segurança jurídica através da uniformização das regras “Tais princípios prevêm a sua própria aplicação a título de *Lex Mercatoria* [...] encontram nesse instituto jurídico as bases de sua natureza e função.” (NICODEMUS, 2013)

As convenções internacionais reconhecem a aplicação da *Lex Mercatoria*, como a UNCITRAL (Viena, 1980), em seu artigo 9º, I e II, pelo que “As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.”, além de presumir-se, de forma tácita, que os usos e costumes geralmente reconhecidos e regularmente observados serão aplicados ao contrato de mesmo tipo ou à sua formação, que as partes tinham ou deveriam ter conhecimento.

A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V) em seu artigo 10º, destaca que os costumes, usos e práticas comerciais de geral aceitação serão aplicados para atender as imposições da justiça e da equidade no caso concreto.

Os Princípios do UNIDROIT seguem o mesmo entendimento, pelo que as partes estarão vinculadas aos usos e costumes que “sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelos contratantes no ramo comercial concernente, salvo quando a aplicação de tais uso não seja razoável”.

Conforme afirma Paul Hugo Weberbauer (2011):

[...] [não é surpresa que] a *Lex Mercatoria* esteja voltando em voga, trazendo consigo o retorno das ideias das Cortes particulares especializadas em comércio por via da Arbitragem e do cada vez mais evidente problema de morosidade e do excesso nacionalista nos Judiciários nacionais diante das questões envolvendo elementos extranacionais – elementos cada vez mais presentes nas relações comerciais.

Tal retorno da *Lex Mercatoria* é também demonstrado pelas sentenças arbitrais internacionais, ao lado dos usos e costumes que influenciam as legislações internas, conforme artigo 2º, § 2º da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

Sendo assim, superando-se o entendimento de que a *Lex Mercatoria* não constitui-se sistema jurídico, pelas particularidades em jogo no comércio internacional, é, de acordo com a visão de STRENGER (1996, apud BOAVIAGEM, 2016), “o sistema que mais se aproxima da verdade concreta”, do qual o direito, como instrumento de controle social, não pode omitir-se, precipuamente porque a *Lex Mercatoria* confere “previsibilidade e segurança, previsibilidade por submeter a um mesmo regime os envolvidos no comércio internacional, e segurança jurídica por sanções efetivas oriundas dos tribunais arbitrais estatais” (BOAVIAGEM, 2016).

Sobre tais sanções, insta salientar que não são privativas de Direito, não decorrerá da intervenção do Estado, não se resume, portanto, na execução forçada, mas inclusive como consequência punitiva àqueles que não atendem as regras do comércio internacional. Pode ser que tal sanção seja puramente econômica, sendo possível, em seu grau máximo, exclusão do comércio internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo, foi possível notar que os contratos internacionais de comércio celebrados ou executados no Brasil, não possuem autonomia privada em relação a qual ordenamento jurídico será aplicável a estes, conforme Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

Essa mitigação da autonomia é prejudicial ao comércio internacional e segue na contramão da tendência global, pois é capaz de atrapalhar e encarecer a negociação, em razão da insegurança jurídica que promove, sob o risco do contrato ser futuramente considerado sem efeitos.

Um dos mecanismos para driblar a insegurança jurídica da legislação brasileira é a opção por cláusula de compromisso arbitral, que garante a possibilidade de que as partes escolham qual ordenamento jurídico incidirá

sobre o contrato, em sua materialidade e procedimento, promovendo a autonomia da vontade. A arbitragem internacional é recebida pelo Brasil através de Lei nº 9.307/1996, que garantiu executoriedade às suas sentenças, necessitando apenas de homologação pelo STF.

A globalização também exerce impacto sobre os contratos internacionais de comércio, pelo que se busca uniformização e harmonização das práticas comerciais, cada vez maior nivelamento das fronteiras. Alguns dos Princípios decorrentes dela são: a liberdade contratual, a liberdade de forma (consensualismo) e a boa-fé, instrumentos eficazes e que têm sido contemplados por importantes convenções internacionais.

Por ora, o presente trabalho teve o objetivo de descortinar o panorama geral do atual contrato internacional de comércio com enfoque na autonomia privada e nos movimentos de uniformização e harmonização das práticas comerciais decorrentes da globalização, que é fenômeno inevitável.

Sugere-se, aos operadores de direito e advogados, especial observação a todos os ordenamentos jurídicos envolvidos na negociação comercial e principalmente a seu conteúdo de ordem pública, visto que a lei brasileira não permite a ampla autonomia privada ou que opte-se pelo compromisso arbitral, a fim de garantir-se maior segurança jurídica do contrato internacional.

A legislação brasileira não está apta para garantir maior inserção do Brasil no comércio internacional, é necessário que os óbices em relação à autonomia da vontade sejam objetos de reanálise urgente nas leis do país.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de; JACQUES, Daniela Corrêa. **Contratos Internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil**. IN: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 34, abril a junho, 2008, p. 14.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6ª Ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ARAÚJO, Nadia de. **Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade.** Direito e economia no Brasil. 1ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., v. 1, p. 433-444, 2014.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de., **Convenção de arbitragem e escolha da lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro.** Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, outubro-dezembro, 2010.

BASSO, Maristela. **A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais de Comércio.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 12, p. 198-211, 1996.

BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. **Sobre Princípios dos Contratos Internacionais de Comércio.** Revista Acadêmica Faculdade de Direito de Recife, Recife, v. 88, n. 2, p. 63-81, 2016.

BUCHER, Andreas. **La compétence universelle civile.** Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague: Martinus Nijhoff, v. 372, p. 9, 2014.

CÁRNIO, Tháís Cíntia. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática.** São Paulo: Atlas, 2009.

CORDEIRO, Douglas Alexander. **A Lex Mercatoria e as Novas Tendências de Codificação do Direito do Comércio Internacional.** Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba, v.7, n.7, p. 88-132, jan./jun. 2008.

COSTA, Judith Martins. **Os Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, n. 126, p. 115-128, abr./jun. 1995.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado.** 9. Ed. Salvador: JusPodivm, p. 46, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** parte geral. 10 ed. Rio de Ja-

neiro: Forense, p. 290, 2012.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2003.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Globalization: Threat or Opportunity?** Disponível em: www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/041200to.htm#X/ Acesso em: 24 de outubro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA JUNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004- Soft Law, Arbitragem e Jurisdição**. São Paulo: Renovar, p. 184, 2006.

GOLDSTAIJN, Aleksandar. **The new law merchant reconsidered**. Festschrift Schmitthoff. Disponível em: <http://tldb.uni-koeln.de/> Acesso em 24 de outubro de 2019.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. **Contratos Internacionais e Arbitragem: O Direito Fundamental à Liberdade das Partes na Escolha Da Lei a Ser Aplicável Nas Relações Privadas**. Revista Jurídica UNICURITIBA. Curitiba, v. 1, n. 47, p. 349-365, 2016.

LINO, Daniela Bermudes. **Jurisdição Brasileira nos Processos Coletivos Transnacionais: O que podemos aprender com as discussões enfrentadas no contexto europeu?** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13, v. 20, n. 1, p. 151 a 153, jan./abr. de 2019.

MENEZES, Carla Cristina Costa de. **A Influência da Harmonização e da Uniformização do Direito Internacional Privado sobre a Autonomia da Vontade na Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais**. Recife: O Autor, p. 13, 111, 2016.

NICODEMUS, Erika Cassandra de. **A boa-fé pré-contratual nos contratos inter-**

nacionais e os princípios UNIDROIT. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-111/a-boa-fe-pre-contratual-nos-contratos-internacionais-e-os-principios-unidroit/> Acesso em: 24 de out. de 2019.

OBRZUT NETO, Eduardo Ernesto. **Os Limites da Autonomia Privada nos Contratos Internacionais: A Arbitragem Como Meio Alternativo.** Disponível em: <http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/50/> Acesso em: 25 out. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Augusto Santos. **Agir na globalização: condições e orientações da ação coletiva.** Disponível em: <http://journals.openedition.org/spp/3145/> Acesso em: 24 de out. de 2019.

STRENGER, Irineu. **Direito do comercio internacional e *Lex Mercatoria*.** São Paulo: LTr, p. 71-76, 1996.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª. ed., p. 162, 1995.

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um Direito Comprometido Internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do Estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, CCJ, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 10, 2011.

DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Angela Aparecida Oliveira Sousa¹

RESUMO

O presente artigo aborda a evolução histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, as suas conceituações, e a sua problemática de aplicação prática, bem como a aplicação desses direitos na esfera do direito de Portugal. Cabe observar que esses direitos resultaram de diversas revoluções que ocorreram na história da humanidade, na América e na França. Analisa-se, também, a discussão da teoria da eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos, que surgiu na Alemanha na década de 50, pois houve discrepância na teoria e na prática dos direitos humanos, já que violações começaram a ocorrer, tanto advindas do poder público, quanto nas relações entre os particulares. O mesmo ocorreu com os direitos fundamentais, nos quais foram criadas as dimensões objetivas e subjetivas, visando a garantir a máxima eficácia desses direitos. Conclui-se o artigo mostrando a relação entre as dimensões dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia dos direitos humanos, e que a criação desses institutos foi necessária e possui um papel fundamental na proteção e segurança da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial garantidos pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade Humana; Portugal; Violações; Eficácia Horizontal.

¹ Oficial de Registro de Imóveis; Mestre em direito; Doutoranda em direito econômico; Mestranda em direito Digital.

INTRODUÇÃO

Ao analisar o aspecto histórico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, verifica-se que esses direitos surgiram com o advento da Magna Carta assinada pelo rei João Sem Terra em 1215, na Inglaterra. Ao longo do artigo, observa-se que os direitos fundamentais e os direitos humanos percorreram um longo caminho, travando lutas e pejejas, passando por transformações sociais, políticas, religiosas e econômicas, até se tornarem os institutos que levaram à ordem constitucional direitos individuais e coletivos. Igualmente, os direitos humanos passaram a fazer parte de diversos tratados e convenções internacionais.

Objetiva-se, portanto, compreender os conceitos dos direitos humanos e fundamentais, sua evolução histórica e como sua aplicação se dá no ordenamento jurídico português. Pois, mesmo com a garantia desses direitos, ainda se vive em um mundo de desigualdades e injustiças que esses direitos visam dirimir e, mesmo assim, ainda ocorrem diversas violações dos direitos básicos dos seres humanos, não apenas por parte do Estado, mas também nas relações privadas.

Sendo assim, justifica-se o estudo para compreender o papel da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos, em especial o reconhecimento da eficácia horizontal imediata ou direta nas relações privadas.

A metodologia utilizada foi de abordagem dedutiva, utilizando pesquisa bibliográfica em diversos livros, doutrinas, teses, artigos científicos e leis. Assim, ao utilizar esse método, pode-se construir posicionamentos, auxiliando na definição e oferecendo bases para tratar da atual problemática estudada.

1 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são tema de suma importância para entender como os Direitos Fundamentais surgiram e tornaram-se primordiais nas constituições de diversos países. Seguindo os preceitos do jusnaturalismo, os di-

reitos humanos pertencem aos homens de forma natural, constituindo-se em um instrumento fundamental de proteção de qualquer indivíduo, que precede ao Estado e ao Direito.

Nos ensinamentos de Antonio Rulli e Henrique Calandra (2009, p. 324): “Os direitos humanos têm por fundamento a dignidade da pessoa humana traduzida em valor espiritual e moral inerente a todo indivíduo”.

Segundo Vicente Barreto (2004, p. 298): “Os direitos humanos referem-se, portanto, e antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, e que irão encontrar na ideia de dignidade da pessoa humana o seu ponto convergente”.

Nesse sentido, o mundo jurídico começou a perceber os direitos humanos quando a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada primordial para as relações dos indivíduos em sociedade, tornando-se um direito fundamental de valor supremo como se pode observar nos próximos capítulos desse trabalho. A noção moderna de dignidade da pessoa humana foi criada pela doutrina alemã. Conforme os dizeres de Gomes Canotilho (2003, p. 199) pela Constituição da República Portuguesa:

É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autônomo e específico que exige respeito e proteção, proibindo-se a pena de morte e a execução de pessoas, a tortura e tratos ou penas desumanas e degradantes, as práticas de escravidão, de servidão, de trabalho forçado e o tráfico de seres humanos.

Doutrinariamente, há diversos posicionamentos do que vêm a ser os direitos humanos e estão intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana. Maria Benevides (1994, p. 15) conceitua os direitos humanos nos seguintes termos:

São aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos

- por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei
- , embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

Assim, os direitos humanos são direitos inerentes a todas as pessoas, unicamente por a elas serem conferidos o status de seres humanos. Destarte, é possível perceber que a conceituação dos direitos humanos vem mudado ao longo da história da humanidade, juntamente com a evolução jurídica, política e filosófica, decorrente das lutas em defesa da dignidade humana.

Norberto Bobbio (2004, p. 13) compartilha desse entendimento quando afirma que: “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”.

Portanto, com toda a conceituação vista, é possível dizer que os direitos humanos são direitos essenciais que todos indivíduos adquirem com o nascimento, podendo diferir para cada Estado, porém há categorias universais e consensuais no que diz respeito à vida, à liberdade, e ao mínimo existencial.

1.1 Evolução Histórica

Destarte, o motivo do surgimento dos direitos humanos decorreu do sentimento de opressão que afetou a proteção da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos adequaram-se às necessidades específicas de cada período, tornando-se garantias históricas que a humanidade teve que galgar com muito custo, até chegar a ter o amparo que vislumbramos atualmente.

Como vimos, os direitos humanos são uma construção na história, sendo instituídos de modo gradual. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 9): “(...) os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem”. Tornando-se imprescindível analisar tal evolução.

Parte maioritária dos doutrinadores entendem que a materialização dos direitos humanos ocorreu na sociedade europeia no século XVIII, quando houve a efetivação pelos franceses do termo “direitos humanos”, já que até

então o termo empregado era “direitos naturais”. (HUNT, 2002, p. 131).

Nos séculos seguintes, há alguns marcos na história da vida em sociedade que se tornaram relevantes para alavancar a necessidade da instituição dos direitos humanos, como no caso da Revolução Industrial em 1750, necessitando de garantias no ambiente de trabalho. Foi nesse cenário de início da industrialização que o capitalismo e a economia de mercado começaram a ganhar força.

Mas a efetivação da ideia dos direitos humanos ocorreu em 1776 com a Declaração de Independência Americana, que motivou a Revolução Francesa em 1789 e, conseqüentemente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Porém, a proteção dos direitos humanos chegou a seu ápice após a Segunda Guerra Mundial, ocorrida entre 1939 e 1945, em que foram presenciadas algumas das maiores violações aos direitos humanos já vistas na história da humanidade, no Holocausto contra os Judeus cometidos pelos Nazistas.

E foi nesse ambiente que, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, e em 1948 foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é a forma mais pura dos direitos humanos que se conhece hoje.

1.2 Direitos Humanos na Legislação de Portugal

Com a criação da ONU e assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), foram criadas outras convenções para a proteção dos direitos humanos, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 1965, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1979, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes em 1984, a Convenção sobre os Direitos das Crianças em 1989, dentre outras.

Desse modo, a legislação de Portugal baseou-se na proteção dos Direitos Humanos para realizar sua constituição e, em 1976, aprovou a Constituição da República. Observando os preceitos protegidos pela DUDH já em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignida-

de da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". (CANOTILHO, 2007, p. 73).

Ressalta-se outros artigos nos quais aparecem claramente os direitos humanos como, por exemplo, o direito à vida em seu artigo 24, o direito à integridade pessoal em seu artigo 25, o direito à liberdade e segurança no seu artigo 27, a Liberdade de consciência, de religião e de culto no artigo 41, a liberdade de aprender e ensinar em seu artigo 43 e também o direito de reunião e de manifestação e a liberdade de associação, em seus artigos 45 e 46 respectivamente. (CANOTILHO, 2007, p. 80, 81, 88, 89).

Vale mencionar que não somente a Constituição da República de 1976 foi influenciada pelos direitos humanos, mas há na legislação de Portugal dispositivos protetores dos direitos humanos, como no Código Penal nos artigos 131 ao 142, em Decretos-Lei, no caso do Decreto-Lei n.º 426/88 que Disciplina o regime de igualdade de tratamento no trabalho entre homens e mulheres no âmbito da Administração Pública, e as Leis n.º 105/97, que garante o direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego; e n.º 147/99, que protege crianças e jovens em perigo. (LEGISLAÇÃO PORTUGUESA).

Ainda para uma maior efetivação dos direitos humanos no país, há Tratados Internacionais de Direitos Humanos que Portugal ratificou, sendo os principais o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entre outros.

2 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Com a implantação das premissas direitos humanos nas constituições de diversos países, o próximo passo foi o desafio dos direitos humanos cumprirem os objetivos de proteção da humanidade que se esperava. Ensina-nos Ingo Sarlet (2012, p. 240):

Assim sendo, para efeito deste estudo, podemos definir efi-

cácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Com isso, houve o surgimento de teorias para que a proteção dos direitos humanos fosse garantida. Pensou-se primeiramente na teoria da eficácia vertical, entretanto, percebeu-se que não apenas o poder estatal poderia violar os direitos humanos, mas a relação entre particulares, então foi o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos.

Desta forma, abordar-se-á a distinção entre a eficácia dos direitos humanos com o Poder Público e a eficácia dos direitos humanos na relação entre os particulares.

A eficácia vertical, leciona André Carvalho de Ramos (2012, p. 89): “compatível com tese liberal, que via nos direitos humanos apenas os chamados direitos de defesa contra o Estado e, assim, aplicava-os apenas nas relações dos particulares com o Estado”.

Portanto, a eficácia vertical visa garantir que a sociedade esteja protegida contra atuações arbitrárias daquele Estado, dizendo respeito ao tratamento do Poder Público com os direitos humanos, uma vez que o Estado possui a obrigação de respeitar tais direitos, e para cada caso específico o dever de efetivar por ação ou omissão os direitos humanos.

Ao mesmo tempo, temos a chamada eficácia horizontal, por ela procura-se proteger a violação dos direitos humanos e as desigualdades que surgirem entre a relação privada dos indivíduos. O jurista Peces-Barba Martínez (1995, p. 618), compartilha dessa necessidade de proteção: “na origem histórica dos direitos humanos não existe base alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais”.

André de Carvalho Ramos (2012, p. 92) do mesmo modo coloca a eficácia horizontal teoria de proteção dos direitos humanos na ordem internacional: “aplicação, sem mediação de lei, dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Além disso, para Daniel Sarmiento (2004, p. 223), o ponto de partida da eficácia horizontal dos direitos humanos é a desigualdade da sociedade em que vivemos, podendo a opressão ser proveniente não apenas do Estado, mas igualmente em ramos privados, na família, no trabalho, e na sociedade civil.

Não obstante, aconteceu a problemática da aplicação da eficácia horizontal na prática, pois quando há dois direitos entre particulares sendo discutidos juridicamente, os dois são titulares de direitos, a prevalência da decisão dos magistrados na maioria das vezes é na proteção dos direitos humanos.

Assim, a doutrina tem tentado solucionar tal conflito. Sarmiento (2002, p. 74) ensina que:

(...) a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

O professor João Trindade Cavalcante Filho é partidário de que a origem da eficácia horizontal dos direitos humanos ocorreu na Alemanha, em seu Tribunal Constitucional Federal, em 1958, no chamado “Caso Lüth”, no qual o tribunal concedeu ao indivíduo o direito à liberdade de expressão, contra a supremacia da ordem pública. (CAVALCANTE FILHO).

Contudo, surgiram alguns desdobramentos sobre a teoria da eficácia horizontal para explicar a conexão dos particulares com os direitos humanos, os principais foram a teoria da eficácia mediata ou indireta e a teoria da eficácia imediata ou direta.

Sobre a eficácia indireta, assegura Daniel Sarmiento (2007, p. 136) que:

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.

A teoria da eficácia direta foi desenvolvida pelo jurista Hans Carl Nipperdey. Assevera Virgílio Afonso da Silva (2011) que Nipperdey fundamentou essa teoria no sentido de que os direitos humanos são atribuídos obrigatoriamente e com legitimidade absoluta nas relações entre os indivíduos, não havendo obrigação de mediação pelo Estado, podendo o particular valer-se contra atos de outros, tanto pessoa jurídica, quanto pessoa física. (SILVA, 2011, p. 64).

Na doutrina de Portugal ainda não há um consenso, sobre o sentido da eficácia dos direitos humanos. A teoria da eficácia direta em Portugal é defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Nunes Abrantes. A Constituição Portuguesa de 1976 incorporou em seu texto a teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos, adotando expressamente dispositivos que vinculam e aplicam esses direitos aos particulares, por exemplo, em seu artigo 18, item 1.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais foram instituídos de forma “recente na história da humanidade” (ALEXANDRINO, 2007, p. 09) para garantir direitos mínimos de existência ao ser humano e limitar a intervenção do Estado na vida dos indivíduos e da sociedade e tendo ainda o dever de assegurar tal proteção.

Nos dizeres de Enrique Ricardo Lewandowski (2009, p. 398):

Em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que não bastava proteger os direitos humanos nas constituições dos diferentes Estados para evitar sua violação. Desencadeou-se um movimento para a formalização dos direitos fundamentais no plano internacional, cujo marco inicial foi a famosa Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Organização das Nações Unidas, aprovada pelo voto afirmativo dos representantes de 48 países.

Desta forma, doutrinadores diferenciam o termo Direitos Fundamentais do termo Direitos Humanos, conforme doutrina Canotilho (2003, p. 393):

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Logo, os direitos humanos e os direitos fundamentais, estão intrinsecamente relacionados. Ou seja, quando instituídos os direitos humanos na Carta Magna de algum Estado, estes passam a ser chamados de direitos fundamentais.

Há também a dignidade da pessoa humana, que é o princípio máximo regente dos direitos fundamentais, estando tais direitos intimamente ligados com o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais só veio a ocorrer com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que presume que todo ser humano deve ter assegurado o mínimo existencial para uma vida digna.

Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser entendidos como os pilares elementares para que todo indivíduo possa ter uma vida digna.

Doutrinariamente, há dificuldade em conceituar de forma abrangente e completa os direitos fundamentais. Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram carácter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Nesse rumo, Jorge Miranda (1993, p. 7) disciplina que: “Por direitos fundamentais entendemos os direitos posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, as na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

Na concepção de José Afonso da Silva (1997, p. 176-177), os direitos fundamentais:

(...) Tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Diante do exposto, complementando a conceituação dos direitos fundamentais segundo Luiz Araújo e Vidal Serrano (2005, p. 109 - 110) são:

A categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Há que se perceber nesse contexto os direitos fundamentais como um limitador ao poder estatal e diretriz basilar para as ações do Estado.

3.1 Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa

Os direitos fundamentais foram inseridos nas constituições de diversos Estados, seguindo os ditames dos Tratados, Pactos e Declarações Internacionais. Em Portugal, a Constituição da República de 1976, tomou como parâmetro para o reconhecimento dos direitos fundamentais a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Andreia Sofia Esteves Gomes (2009, p. 28), assevera que: “(...) Em Portugal, o poder do Estado não se qualifica um poder legítimo apenas por ser ‘democrático’, mas por ter na pessoa humana o seu fundamento, meio e fim”.

A Constituição da República Portuguesa trouxe previsões dos direitos fundamentais principalmente, mas não exclusivamente, no título II que trata dos direitos, liberdades e garantias, nos artigos 24 ao 57, e no título III

que versa sobre os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, nos artigos 58 ao 74.

Portanto, os direitos fundamentais consistem em direitos institucionalizados, que pretendem proteger essencialmente a dignidade humana, têm por dever do Estado a proteção de tais direitos, garantindo o mínimo existencial para seu povo, respeitando a vida, a liberdade, a igualdade, bem como o desenvolvimento de forma digna.

4 DIMENSÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, ao longo da história da humanidade, passaram por diversas evoluções motivados por revoluções, sendo as mais importantes a inglesa do século XVII, a americana de 1776 e a francesa de 1789, e esta última culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, declaração essa considerada até os dias atuais o marco primordial para que os direitos fundamentais integrem a essência do Estado.

Porém, muito embora atualmente em quase todos os países haja previsão constitucional de direitos fundamentais, é necessário mais para haver a concretização desses direitos, corrobora com esse entendimento Jorge Miranda (1993, p. 177): “Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção”.

Desse modo, para a proteção dos direitos fundamentais houve a necessidade de mudanças no atual cenário jurídico, foram então conferidos aos direitos fundamentais dimensões e, na concepção de Marcelo Duque (2014, p. 122): “os direitos fundamentais passaram a ser encarados por meio de uma dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade”.

Assim, foram estabelecidas duas dimensões aos direitos fundamentais, passando a haver a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. Todavia, não se confundem essas dimensões, nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2004):

Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.

Por dimensão objetiva, entende-se a dimensão que trata dos direitos fundamentais da coletividade, aquela que determina ao Poder Público os limites e o feito do cumprimento dos deveres incumbidos ao Estado, garantindo sempre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana e traçando metas para a materialização de tal proteção.

Para Canotilho (1992, p. 544), retratando a dimensão objetiva: “Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”. E no saber de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 308), a dimensão objetiva funciona também “como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”.

E dimensão subjetiva entendemos ser aquela dimensão pertencente aos indivíduos titulares dos direitos fundamentais. Devendo o Estado ser garantidor desses direitos, e mais, podendo ser oponíveis contra o próprio Estado ou outro indivíduo, uma vez havendo violação, seja por ação, ou por omissão, tem o titular do direito capacidade jurídica para querer judicialmente que ele seja assegurado.

Segundo Duque (2014, p. 121): “Esses direitos podem ser compreendidos, portanto, como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os quais tornam possível ao particular defender-se contra intervenções não autorizadas em seu status jurídico-constitucional praticadas pelos poderes públicos”.

Para Dimitri Dimoulis (2006, p. 74), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais trata de “direito de defesa”. Conforme Canotilho (1992, p. 544), “O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental conduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito”.

5 RELAÇÃO ENTRE AS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Vimos, anteriormente, que direitos humanos e direitos fundamentais são institutos que estão unidos tanto no plano jurídico internacional, quanto no plano jurídico interno dos Estados, figurando como o elo entre eles a proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Visando assistência a esses direitos, foi estabelecida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se relaciona, mas não se confunde com a eficácia vertical dos direitos humanos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais se dá, pois, o Estado deve se certificar do gozo e fruição dos direitos fundamentais por todo seu povo de igual forma, não devendo cometer atos de violação a esses direitos, e do mesmo modo a proteção contra violações de terceiros.

Enquanto a eficácia vertical dos direitos humanos traz a mesma concepção, ou seja, foi instituída para que os direitos humanos fossem limitações ao poder estatal e um meio de viabilizar a proteção das liberdades individuais dos indivíduos, tendo o Estado que garantir e efetivar os direitos humanos e ainda uma relação de desigualdade jurídica entre o Estado e o particular, própria do direitos público. De acordo com Carla Maia (2008): “(...) diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo (...)”.

Ou seja, as duas possuem o mesmo objetivo, qual seja, o de limitar o poder estatal para que não cometa abusos ou violações perante a sociedade, porém cada uma possui sua particularidade, como visto na conceituação apontada acima.

Agora, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se traduz por direitos do particular, formando direitos de defesa, possibilitando aos particulares alcançar, perante o Estado, a satisfação dos direitos fundamentais juridicamente assegurados. Na concepção de Christine Oliveira Peter da Silva (2001, p. 49):

É importante destacar que, ao se falar sobre direitos fundamentais

subjettivos, faz-se referência à possibilidade que tem o seu titular - o indivíduo ou a coletividade a quem é atribuído - de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou mesmo as ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direito fundamental em questão.

Já a eficácia horizontal dos direitos humanos busca igualdade jurídica entre os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), própria dos direitos privados, já que ambos possuem a mesma proteção jurídica, pois os direitos humanos são voltados para todas as pessoas igualmente. Nos assegura Dimoulis e Martins (2014, p. 109) que:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

Todavia, a relação entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a eficácia horizontal dos direitos humanos é remota, pois enquanto a dimensão subjetiva trata dos direitos de ação e de acesso à justiça dos particulares e da coletividade quando esses têm os seus direitos fundamentais violados ou impedidos pelo Estado ou terceiros, a eficácia horizontal dos direitos humanos destaca-se pela relação desses direitos entre os particulares.

Por fim, José Carlos de Andrade relaciona a dimensão objetiva dos direitos fundamentais com a eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos ao afirmar que a dimensão objetiva (ou positiva) vai além da requisição de respeito aos direitos fundamentais, estabelece, por conseguinte que o Estado proteja os direitos da ameaça dos atos estatais (verticalidade), e de possíveis lesões decorrentes das relações entre particulares (horizontalidade). (ANDRADE, 2004, p. 249).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, compreende-se que os direitos fundamentais e os direitos humanos são essenciais para a garantia de uma sociedade justa, livre e desenvolvida. Porém, os países encontram grande desafio em efetivar esses direitos, ou seja, colocar em prática, seja por meio de políticas públicas, seja por programas sociais, mas o papel do Estado é o de proteção do seu povo.

Por longo tempo na história dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, verificou-se que tais direitos apenas tratavam de mecanismos de defesas do particular frente ao Estado. Portanto, desenvolveu-se dimensões para os direitos fundamentais, esta objetiva, que estabelece cumprimento e limitação das tarefas do Estado, e subjetiva, que exige uma ação ou omissão diante de um direito violado. Com essas previsões pretendeu-se a máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Também, na seara dos direitos humanos, a discussão da eficácia desses direitos estabeleceu teorias como a Teoria da Eficácia Vertical, a Teoria da Eficácia Horizontal, que por sua vez dividiu-se em outras teorias, da Eficácia Direta ou Imediata e da Eficácia Indireta ou Mediata.

Assim, a teoria da eficácia vertical foi amplamente aceita, mas a teoria da eficácia horizontal e seus desdobramentos ainda provoca muitos debates; contudo, na doutrina predominante, a incidência de aplicação dos direitos humanos nas relações privadas deve ser de forma direta e imediata, pautada em um juízo de ponderação e proporcionalidade.

Finalmente, os direitos fundamentais e os direitos humanos devem ser respeitados não somente pelo Poder Público, mas também nas relações entre particulares.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Príncípia, 2007. 173 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 523 p.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 651 p.

BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e justiça. *In* **Revista da FDE**, São Paulo, n. 21, p. 7-16, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 97 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1.522 p.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

_____, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1.152 p.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 7 de jan. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Anuário 2004/2005 – vol. 1, tomo II – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 347 p.

_____, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 331 p.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. 494 p.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 1.446 p.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos**: uma História. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 285 p.

LEGISLAÇÃO Portuguesa Relevante Na Área Dos Direitos Humanos. **Portugal e os direitos humanos**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/4/IVPAG4_4.htm>. Acesso em: 03 de jan 2018.

LEWANSOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 1.446 p.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. 720 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. 489 p.

PRINCIPAIS Tratados De Direitos Humanos de que Portugal é parte. **Portugal e os direitos humanos**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/4/IVPAG4_1.htm>. Acesso em 03 jan. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 297 p.

RULLI JUNIOR, Antonio; CALANDRA, Henrique Nelson. Direitos humanos e reinserção social. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 1.446 p.

SANTOS, Carla Maia dos. Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais? *In*: SANTOS, Sérgio Nunnes. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o particular como “vilão” e o Estado como guardião?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3990, 4 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29071>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 500 p.

_____, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013. 1.341 p.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. 220 p.

_____, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p.

_____, Daniel. **Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 121-182.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**: uma proposta constitucionalmente adequada. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 267. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 816 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações privada entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011. 191 p.

DO PROCEDIMENTO VIRTUAL À LUZ DA RESOLUÇÃO JUÍZO 100% DIGITAL DO CNJ

*Evandro Monteiro DOS SANTOS¹
Fabio Dias da SILVA²*

RESUMO

Em face de um cenário pandêmico, onde o distanciamento social se faz necessário surge uma certa dúvida em como efetuar uma prestação jurisdicional adequada e efetiva sem um atendimento presencial, sendo que este estudo busca apresentar soluções para a efetivação do acesso à justiça, expondo os avanços do processo judicial eletrônico e os ganhos obtidos com sua efetivação, ainda mais diante a pandemia que assola o mundo. O presente tem como principal função apresentar a ideia e o ideal sobre os juízos 100% (cem por cento) digitais que são alternativas que podem assegurar uma prestação jurisdicional adequada só que em um ambiente totalidade digital.

PALAVRAS-CHAVE

Processo. Informatização. Pandemia. Resolução CNJ. 100% digital.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Evandro570@gmail.com.

² Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Processo Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabiodiasilva@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade principal a análise sobre os avanços do processo digital e a sua informatização. Em primeiro momento foram expostos os parâmetros normativos que tentaram introduzir uma sistemática digital ao nosso judiciário e, como linha temporal, foram expostas as normas pretéritas que buscaram a evolução digital até chegarmos à Lei n 11.419/2006 que dá início ao processo digital.

Ademais, este trabalho foca em demonstrar que em razão de um sistema judicial eletrônico avanços foram obtidos, e estes são garantidores da tutela ao acesso à justiça, entre os avanços estão: a diminuição da morosidade processual, a efetividade da sustentabilidade ambiental com a diminuição de utilização de papel físico, os deslocamentos e remanejamentos de servidores para áreas específicas, sendo que todas essas questões decorrem de um avanço que é o processo digital e a informatização dos fóruns judiciais.

Este estudo em suas entrelinhas busca expor a problemática atual sobre o coronavírus e as dificuldades enfrentadas para prestação jurisdicional presencial e como os Tribunais se adequaram a este novo cenário. Observando que o Conselho Nacional de Justiça editou resoluções para que aqueles que mais necessitam do acesso à justiça não sejam prejudicados e afetados em um cenário pandêmico.

Por fim, se discorre sobre a resolução do Conselho Nacional de Justiça sobre os Juízos 100% (cem por cento) digitais e sua efetividade e a possível celeridade processual mesmo sendo facultativo aos tribunais sua aceitação.

Tendo como efeito principal que fora apresentado, a partir da resolução do Conselho Nacional de Justiça, há a possível origem de um negócio jurídico processual, em face da faculdade das partes escolherem até a fase de contestação se aderem ou não ao juízo 100% (cem por cento) digital.

Portanto este estudo buscou analisar o cenário pandêmico e efetuar uma análise evolucionista sobre o processo judicial digital e seu futuro, passando assim a falarmos de juízos 100% (cem por cento) digitais.

1 A EVOLUÇÃO DIGITAL DO PROCESSO JUDICIAL

Pensar na palavra evolução por vezes gera algumas dúvidas e receios, receios estes que ocorrem em face do que ainda se faz desconhecido, mas ora porque tal argumentação, se pensasse em 40 (quarenta) anos atrás e ali afirmasse que em bela tarde uma pessoa chegasse ao fórum de uma pequena ou grande cidade e ali estaria o procedimento 100% (cem por cento) digital e processos de grandes volumes seriam acessados de maneira rápida e fácil de qualquer ambiente, provavelmente essa utopia seria questionada em devaneio futurista daquele homem.

Mas o que ocorre em tempos atuais é simplesmente isto, um sistema funcionado quase 100% (cem por cento) com procedimentos judiciais digitais, mas antes disto qual foi o caminho que outrora fora percorrido, pois sabe-se que até pouco tempo atrás processos físicos eram donos de todo o judiciário e o terror de cartórios e serventias, portanto qual o caminho trilhado até aqui para esta evolução digital.

Se tem como base da evolução digital do processo judicial a Lei 11.419/2006, que pra muitos é o ato normativo que introduz o procedimento eletrônico para o judiciário, mas existem diversos diplomas legais pretéritos que já tentavam tratar sobre o tema.

José Carlos de Araújo Almeida (2010, p.26) discorre em sua obra sobre a Lei n. 8.245/91 que era mais conhecida como Lei do Inquilinato, sendo esta considerada para o autor a pioneira na modernização do processo, pois foi o primeiro dispositivo legal a autorizar a utilização de meio eletrônico para a prática de ato processual, sendo que o artigo 58 inciso IV, da mencionada lei discorria que em caso de autorização no contrato a citação a intimação ou a notificação de pessoa jurídica ou firma individual poderia ser realizado através de *fac-símile*, onde o autor reforça que pouco se sabe se o procedimento tenha sido adotado na prática.

O legislador brasileiro buscava de todo modo tentar introduzir sistemáticas que levassem o processo físico até a era do processo digital sendo que a Lei n. 9.800/99, conhecida como Lei do Fax, disciplinou em seu artigo 1º que “é permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados

e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.”.

Alexandre Atheniense (2010, p.48) em sua obra este considera que com o advento da Lei do Fax é que se teve o “marco inicial da informatização processual brasileira.”, sendo que a Lei n.º 9.800/99 pode ser certamente conhecida como ato normativo que institui nova ferramenta tecnológica para o processo judicial, mas não se pode afirmar que esta institui um verdadeiro processo eletrônico.

Sobre isto discorre o autor Wesley Roberto de Paula (2010, p.79) expondo que a Lei do Fax não inovou eis que exigiu “a apresentação do documento original assinado cinco dias após a transmissão eletrônica, sob pena de preclusão.”.

A evolução para um procedimento eletrônico ainda demoraria alguns anos, mas para alguns autores com a promulgação da Lei n.º 10.259/2001 que disciplinou a criação de Juizados Especiais Federais sendo este o responsável por impulsionar de certa forma a informatização no âmbito da Justiça Federal, sendo então o ponto de partida para Wesley Roberto de Paula (2010, p.79) ao dispor que “surgia um primeiro modelo de processo judicial eletrônico concebido para amoldar-se ao desiderato dos juizados especiais: celeridade”. O que fora concebido por esta lei não foi um procedimento judicial eletrônico, mas sim um processo judicial digitalizado.

Mesmo com diversos dispositivos legais pretéritos se tem como marco temporal para informatização do processo judicial a Lei n.º 11.419/2006 que logo em seu primeiro artigo acentua do seguinte texto que “o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.”. Mencionado texto normativo ainda faz diversas menções sobre procedimentos e até mesmo área de aplicabilidade, como exemplo de procedimento temos o artigo 8.º que discorre que “os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.”.

Por tudo que fora até agora exposto fica claro que o legislador sem-

pre tentou buscar soluções legais que estivessem moldadas ao tempo e que contribuísse para o avanço do Poder Judiciário. Ademais, existe uma clara evolução tanto procedimental quanto das ferramentas para a modernização dos procedimentos judiciais.

Entretanto, o questionamento que surge se dá acerca de qual efeito prático que a evolução legislativa trouxe ao nosso Poder Judiciário, a qual permite ao usuário utilizar de sistemas eletrônicos.

1.1 A diminuição da morosidade no Poder Judiciário

É sabido que a evolução legislativa trouxe benefícios ao poder judiciário brasileiro ora que a aplicação de um sistema de processo digital traz uma efetividade que outrora não seria alcançada caso se trata-se de procedimento 100% (cem por cento) físico. Onde temos que procedimentos físicos levavam as partes a efetuarem diversos esforços conjuntos, desde os patronos que se dirigiam aos fóruns para o protocolo de suas peças processuais, até a serventia que teria que realizar todo o cadastro dos autos e dar andamento ao processo e garantir que todas as partes tivessem acesso a estes.

Ora, esta cena já seria complicada se estivéssemos falando de apenas um processo, mas em um cartório de uma grande metrópole ou até mesmo de uma cidade pequena, era e ainda é responsável um só cartório por diversos processos físicos, processos estes que por vezes levavam anos até a sua conclusão.

Das diversas definições de morosidade a que se encaixa quase de modo perfeito é a de efetiva “demora”, demora esta que por vezes se demonstrava através de posições estáticas ou até mesmo pelo efeito direto que atingia as partes relacionadas aos processos físicos. Sobre esse fato leciona André Ramos Tavares (2007, p. 8) principalmente ao discorrer sobre as estáticas relacionadas aos processos físicos e ao tempo gasto pelos atos processuais sendo que o mesmo aponta que quase 70% (setenta por cento) do tempo era gasto na tramitação do processo, que se dava com atos relacionados ao mero andamento processual (registros, autuações, carimbos etc).

Fica claro que existia um lapso temporal altíssimo que afetava di-

retamente o tempo razoável da demanda, ora que desde a promulgação do Novo Código de Processo Civil o legislador buscou enfatizar o ato do tempo razoável do processo, sendo que o diploma legal em seu artigo 4º dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”.

Deste modo, se faz clarividente que 70% (setenta por cento) do tempo que era gasto no trâmite dos processos físicos afetava diretamente o próprio andamento processual, surgindo a questão sobre se o processo eletrônico trouxe avanços na problemática do tempo em que as demandas levavam para ser concluídas.

Tarciso Teixeira (2018, p.613) em sua obra traz informações que merecem destaque:

Imediatamente após a inauguração do Fórum Nossa Senhora do Ó, o seu então diretor, José Fernando Blotta, tinha a expectativa de que o prazo fosse reduzido em 90%. O ex-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Celso Limongi, por sua vez, estima redução de 70% no tempo do processo.

Em 2011 o Conselho Nacional de Justiça em sua 129ª sessão ordinária, nas palavras do então Ministro Peluso ao anunciar o sistema PJe que, segundo Gilson Luiz Euzébio (2011, p. 1) o Excelentíssimo Ministro preconizou que “não estamos fazendo a mera informatização”, disse Peluso. O PJe é um projeto de automação do Judiciário, com a eliminação de inúmeras tarefas processuais que hoje são feitas manualmente. Estima-se que 70% do tempo do processo judicial são gastos nessas tarefas.”.

Segundo Luciana Otoni (2018, p. 2) da Agência CNJ de Notícias, em 2018 o Conselho Nacional de Justiça encomendou uma pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) que trouxe as seguintes informações:

Entre os resultados, verificou-se que **menos de 25% dos processos eletrônicos ultrapassaram cerca de quatro anos sem a indicação de algum andamento de término processual. Em contraste, mais de 50% dos processos físicos ultrapassaram quatro anos.**

“O que indica um ganho de eficiência considerável com a

adoção do PJe”, diz o estudo da FVG. **Em outro dado que reforça as vantagens dos processos judiciais eletrônicos em comparação aos processos físicos, é o menor tempo “cartorário”. Conforme FGV, tempo de cartorário “é compreendido como aquele em que o processo não está aguardando uma decisão, mas sim a realização de alguma tarefa judicial”.**

Segundo a pesquisa, enquanto os processos físicos mostram uma média de 144,19 dias no tempo cartorial, **os processos judiciais eletrônicos apresentam uma média de 97,36 dias, o que indica redução de 48% do tempo no trâmite pelo PJe.** A partir da análise quantitativa dos dados, o PJe mostrou ganhos no tempo que leva para que os juízes profiram decisões em processos conclusos. (grifo nosso)

Ora, fica nítido por tudo que fora exposto que o processo eletrônico afastou a morosidade dos procedimentos judiciais e vem assegurando cada vez mais um tempo de duração razoável do processo. Ademais, ainda não atingimos um procedimento 100% (cem por cento) digital, pois além de questões orçamentárias e de planejamento, ainda persiste a questão cultural no sentido de que pra muitos a não utilização de papel ainda é algo a ser discutido, vezes sempre estar presente em questões inerentes ao Poder Judiciário.

Contudo, o processo eletrônico trouxe algumas vantagens que serão expostas a seguir e que asseguram às partes um acesso rápido e eficaz aos tribunais, como consequência direta de uma prestação jurisdicional adequada.

1.2 As vantagens obtidas com a implementação do Poder Judiciário Digital

Não é tão somente a agilidade nos atos processuais que se vislumbra como uma das vantagens do processo eletrônico, sendo que o avanço tecnológico e o desenvolvimento dos cartórios para uma era digital trazem diversas vantagens às partes e assegura o acesso à justiça de uma maneira simples e eficiente.

Pensar que o processo eletrônico assegura a efetividade ao acesso à justiça também é algo correto, vezes que com implementação e informatização das demandas digitais as partes tem acesso aos autos de uma maneira simultânea, conseguindo acessar processos de qualquer lugar e hora, sendo que para a parte que busca ter seu direito assegurado isso é uma vantagem,

pois esta pode visualizar a prestação jurisdicional que está sendo praticada por seu advogado e dá ampla publicidade a todos os atos do processo.

Como outra vantagem a ser destacada temos a celeridade processual em que o processo eletrônico assegura que os atos sejam realizados de maneira mais rápida, atos estes que na maioria das vezes são burocráticos e que demandavam certo tempo a mais ao processo e com as demandas digitais isto não vêm a ocorrer, e portanto é assegurando assim uma duração razoável do processo.

Há também de se dar destaque a questão ambiental, uma vez que processos físicos utilizavam e alguns ainda utilizam uma grande quantidade de papel, segundo Tarciso Teixeira (2018, p. 616) ao expor sobre a redução de papel, o mesmo leciona que:

Antes do advento do processo eletrônico, por ano, eram consumidas aproximadamente 46 mil toneladas de papel pelos processos judiciais impressos no Brasil, o que equivale a 690 mil árvores. Cada processo físico custava em média R\$ 20,00, entre papel, grampos etc. Considerando que à época eram cerca de 70 milhões de processos em andamento, o custo anual ficava em R\$ 1.400.000.000,00. Esse número seria ainda maior ao se considerar que o ano de 2012 foi encerrado com 92 milhões de processos em andamento, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim existe uma diminuição de serviço braçal dos servidores, como também a diminuição de grandes instalações, um custo menor de implementação de varas e o direcionamento de funcionários para serviços específicos.

Portanto, a implementação do processo judicial eletrônico trouxe diversos avanços que atingem todas as partes do processo e assegura que o acesso à justiça seja amplamente alcançado, assegurando assim uma prestação adequada e efetiva para aqueles que necessitam da justiça.

2 O COVID- 19 E O CENÁRIO PANDÊMICO

É nítido que os procedimentos eletrônicos têm trazido avanços ao sistema judiciário brasileiro, mas é sabido que nem todos os atos ainda são reali-

zados de maneira 100% (cem por cento) digital, onde alguns atos necessitam do deslocamento das partes processuais até os fóruns judiciais e suas instalações, garantindo assim a devida prestação jurisdicional em face do acesso à justiça da parte.

Entretanto e se as partes não conseguissem mais ir até os fóruns, não por desejo delas, mas, sim, por imposições legais que determinaram o fechamento quase total das instalações, parecendo até se tratar de um pesadelo.

Este pesadelo tem forma e nome conhecido no período em que estamos vivendo, o denominado COVID 19 popularmente conhecido como coronavírus. Segundo Rafael Garcia do Jornal O Globo (2020, p. 1) mais de 150 mil brasileiros foram mortos pelo COVID 19.

Enquanto nosso país tem a marca de 150 (cento e cinquenta) mil mortos, em um cenário global existe ainda uma curva crescente sobre o número de óbitos que ocorrem tendo como principal causa o COVID 19. Segundo o site de notícias Globo G1 (2020, p. 3), ao expor os números de mortos no cenário global e datas específicas sobre o número de mortos, este discorre que em “28 de setembro: mais de 1 milhão de mortes”.

Um pesadelo em forma de um vírus que destruiu diversas vidas e alterou o dia a dia de pessoas comuns e de comerciantes, pegando todo mundo de surpresa, e com isto fez com que todas as populações tivessem novos hábitos, pois não se sabe quando haverá uma vacina efetiva contra o mesmo, e a qualquer momento esse vírus poderá tomar novas proporções que levem a mais mortes, exemplo disso se dá a partir do fato de que a Europa já se preocupa com uma segunda onda deste pesadelo.

Os comerciantes da Europa, após sofrerem a primeira onda e ouvindo rumores de uma possível segunda onda, adaptaram seus comércios visando uma proteção sanitária, mas temem não sobreviverem a esta segunda onda, Vivian Oswald (2020, p. 4) da Revista Época expõe o medo desses comerciantes discorrendo que “após mais de seis meses de pandemia e passado o primeiro *lockdown*, muitos comerciantes se dizem prontos para um novo confinamento. mas também há os que temem não aguentar a segunda onda sem a ajuda do governo.”. Observa-se que as consequências desta pandemia ultrapassam tudo o que pensamos, mas questões sanitárias ainda devem ser

aplicadas até o fim deste pesadelo.

Ademais, é de conhecimento público que um dos métodos para evitar a disseminação deste vírus tão letal é o distanciamento social, exemplo de método de aplicação deste distanciamento social é que diversos Estados do Brasil impuseram inúmeras restrições ao comércio, em igrejas e aos locais públicos, tudo isso buscando evitar o maior número de mortos.

Desta forma como se comportaria o Poder Judiciário, em que tribunais funcionariam de forma normal, como se daria o atendimento ao público funcionando em sua totalidade, sendo necessário observar qual a saída tomada pelo Judiciário para tomar os cuidados necessários.

2.1 A adaptação do Poder Judicial perante a pandemia

Buscando evitar a contaminação em massa, segundo Cesar Orlando (2020, p. 1-2), o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou três resoluções visando assegurar a segurança e preservar o acesso à justiça, resoluções estas que merecem menção:

A **Resolução 313** buscou uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. A principal medida foi a **suspensão de prazos do dia 20 de março ao dia 30 de abril de 2020**.

A **Resolução 314 do CNJ** prorrogou a vigência da Resolução 313/20 para o dia 15 de maio de 2020 e estabeleceu que a suspensão dos prazos dos processos eletrônicos terminaria no dia 30 de abril. Os prazos processuais dos Processos Físicos permaneceram suspensos.

A **Resolução nº 318 do CNJ** prorrogou o prazo de vigência da Resolução 313 e 314. Além disso, suspendeu automaticamente os prazos processuais em regiões do país onde fosse decretado o Lockdown. Possibilitou também a suspensão de prazos aos Tribunais tivessem a necessidade de suspender as atividades em virtude da Pandemia. (grifo do autor).

Referidas resoluções, como visto acima, possuíam prazos de vigência final, mas como já fora mencionado a crise pandêmica está longe de terminar

e o Conselho Nacional de Justiça tomou ciência disto e no dia 22 de maio de 2020 editou a Portaria de n.º 79 que dispõe do seguinte texto “prorroga o prazo de vigência das Resoluções CNJ n.º 313/2020, n.º 314/2020 e n.º 318/2020.”.

Resta claro que o Conselho Nacional de Justiça, percebendo todo o cenário pandêmico, não viu outra solução a não ser prorrogar as resoluções expostas para assim assegurar que o curso processual das demandas não fosse afetado e que as partes não sofressem prejuízos irreparáveis.

É nítido que existe uma preocupação entre todo o sistema judiciário sobre a volta do funcionamento presencial e as possíveis consequências de tais atos que segundo o sítio do Conjur (2020, p. 2-3) o Tribunal de Justiça de São Paulo “editou um provimento em que prorroga o prazo de vigência do “Sistema Escalonado de Retorno ao Trabalho Presencial” até o dia 2 de novembro.”. A matéria do mencionado sítio ainda reforça que “o tribunal adotou o sistema de trabalho remoto em março, aumentaram os números da Covid-19 em São Paulo. Em 27 de julho, o TJ-SP deu início ao sistema escalonado de trabalho presencial de magistrados e servidores.”.

Sendo que o provimento de n.º 2.580/2020 traz diversos apontamentos sobre o retorno do trabalho em sua totalidade e como um dos fundamentos para o adiamento do retorno para o dia 02 de novembro menciona a Resolução CNJ n.º 322/2020, de 1º de junho de 2020, que dispõe do seguinte texto “estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências.”.

Portanto, é nítido que existe um receio por parte dos Tribunais em realizar um retorno total de suas atividades, pois o risco de contágio ainda se mantém alto e pode assolar todos que prestam serviços aos Tribunais e a população que necessita destes para ter resguardado seu acesso à justiça.

E se fosse possível a criação de tribunais 100% (cem por cento) digitais ou tornar quase todos os atos digitais não afastando a prestação judicial e garantindo a todos a segurança sanitária de não serem afetados pelo ora mencionado vírus, surgindo a indagação se isso seria possível.

3 JUÍZOS 100% DIGITAIS REALIDADE OU UTOPIA

Como já mencionado neste estudo o Poder Judiciário está se adaptando ao cenário pandêmico e assim tentando efetivar uma prestação jurídica que não afete as partes do processo. Mas, levantar a questão sobre um juízo 100% (cem por cento) digital ser utopia ou realidade é uma necessidade clara.

Quando pensamos em dar acesso à justiça à aqueles que necessitem da prestação jurisdicional logo pensamos no artigo 5º inciso XXXV da Constituição da República de 1988, cuja redação é que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Denota-se que existe beleza nestas palavras, onde o constituinte de 1988 quis assegurar com este princípio constitucional que nenhum ato de lesão ou ameaça fugiria ao alcance dos olhos do Poder Judiciário.

E os números mostram que existe até a efetividade deste princípio constitucional quando falamos de ajuizamentos de ações que, segundo Tiago Angelo (2020, p. 5), “em 2019, foram ajuizadas 30,2 milhões de ações, enquanto 35,4 milhões foram solucionadas.”.

É nítido o número elevado de demandas ajuizadas, porém o principal efeito prático do mesmo é assegurar que o acesso à justiça e a proteção aos direitos até daqueles que serão demandados através de uma ação judicial sejam resguardados.

Vejamos que em um cenário de Fóruns operando em sua normalidade 30,2 milhões de ações foram propostas no ano de 2019, isso antes do cenário pandêmico que estamos vivendo. Contudo, sabemos que este número não abrange demandas que nem chegaram a ser ajuizadas em face da não obtenção ao acesso à justiça, por questões que merecem ser destacadas.

Vislumbramos que há a necessidade de garantia ao acesso à justiça para determinada parte da população que ainda enfrenta diversos desafios sendo um destes os empecilhos econômicos que, por vezes as partes necessitam arcar com as custas inerentes ao processo, além do custo de deslocamento para as audiências, custos para diligências e mais, existe a morosidade processual, verificando que o tempo de duração razoável do processo ainda é um problema, até mesmo que nosso sistema força a capacidade postulatória

para demandar, sendo afastada em alguns casos como nos Juizados Especiais.

Desta forma resta claro que existem problemáticas ao resguardo do acesso à justiça, onde poderíamos elencar como problema atual a dependência de funcionamento presencial dos fóruns para a efetividade de uma prestação jurisdicional específica. Assim, no cenário em que estamos vivendo atualmente, a necessidade de fóruns físicos afeta diretamente o direito ao acesso à justiça.

Com isso surge a necessidade de fóruns 100% (cem por cento) digitais, que funcionassem com efetividade para assegurar o pleno acesso à justiça durante este processo pandêmico, até mesmo revolucionar o que entendemos como prestação jurisdicional que até tempos de outrora funcionava quase totalmente de maneira física.

Pensar em atos totalmente digitais, a tempos atrás seria uma utopia, mas perante o cenário que estamos vivendo atualmente, está se tornando uma realidade, sendo a saída que o Poder Judiciário está buscando encontrar.

3.1 A Resolução do CNJ e a adoção de um Juízo 100% digital

O Conselho Nacional de Justiça, como órgão que formula resoluções aos Tribunais desta nação, analisando as consequências drásticas do Covid-19, teve como uma das principais soluções para a proteção de todos a adoção de um sistema totalmente digital.

A resolução de um juízo 100% (cem por cento) digital fora tomada no dia 06 de outubro do ano vigente pelo presidente do CNJ, Ministro Luiz Fux que durante a 319.^a Sessão Ordinária, expôs nos seguintes termos, de acordo com Alex Rodrigues (2020, p. 1):

A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. “A Justiça 100% digital é optativa, mas acompanha a agilidade do mundo contemporâneo e traz benefícios para os advogados e para todos nós que visamos a duração razoável dos processos, que é um direito fundamental consagrado pela Emenda 45”, explicou o ministro.

Necessário se faz alguns apontamentos sobre a fala do Ilustríssimo Ministro em que a escolha de um juízo 100% (cem por cento) digital é uma escolha facultativa. Mas o que é de maior destaque é que esta escolha será realizada, com a efetivação do acesso à justiça, sendo que o demandante escolherá esta opção no momento de distribuição da ação, havendo a opção até a apresentação da contestação.

O Ministro ainda reforça que o juízo digital em sua totalidade tem como principal efeito benéfico a duração razoável dos processos, que é um dos direitos fundamentais consagrados pela Emenda Constitucional de nº 45.

Alex Rodrigues (2020, p. 1), ainda expõe as palavras dos conselheiros Luciano Fernando Keppen e Rubens Canuto que discorrem que:

Pela proposta, o “Juízo 100% Digital” deverá prestar atendimento remoto durante o horário de expediente forense por meio de telefone, e-mail, videochamadas, aplicativos digitais ou outros meios de comunicação. Além disso, os tribunais que adotarem o modelo deverão ainda fornecer a infraestrutura necessária ao funcionamento das unidades jurisdicionais. “É um passo importante para agilidade, presteza e economicidade de inúmeros julgamentos que nós teremos processados perante a essa nova modalidade de justiça. Será algo que as partes optarão e é muito importante pois já chega com esse espírito democrático de bem contribuir”.

Para o conselheiro Rubens Canuto, a possibilidade de os tribunais executarem os atos exclusivamente por meio eletrônico e remoto será benéfico para o fluxo processual no Poder Judiciário. “ O Juízo 100% Digital será um grande avanço para a tramitação dos processos e vai colaborar com a efetividade jurisdicional e a celeridade processual, princípios que devem nortear os processos modernos. Isso mostra que o CNJ está em sintonia com a concepção do Novo Código do Processo Civil”. (grifo nosso)

É nítido que a implementação mesmo que de maneira facultativa de um juízo 100% (cem por cento) digital é uma revolução ao sistema judiciário, e como dito pelos comentários de ambos os conselheiros, este modelo de juízo assegura um avanço na tramitação processual e efetiva a prestação jurisdicio-

nal, garantindo assim que o direito ao acesso à justiça seja preservado.

Fica claro que através dos métodos que serão oferecidos às partes para a prestação ao atendimento remoto afastam um dos dilemas que aqui fora apresentado, vezes que uma das causas que afasta o acesso à justiça é o alto custo das demandas, que por vezes está ligado até mesmo ao deslocamento da parte para se dirigir até uma unidade dos fóruns judiciais.

Deste modo, se a anos atrás o processo digital foi uma das revoluções que extinguiu processos físicos, pensar em juízos 100% (cem por cento) digitais já é uma realidade cada vez mais aceitável, pois as mudanças começam a ocorrer em períodos onde não existem outras saídas, ficando claro que o princípio constitucional do acesso à justiça está sendo preservado através de um juízo totalmente digital.

4 A CRIAÇÃO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM FACE DA RESOLUÇÃO DE UM JUÍZO 100% (CEM POR CENTO) DIGITAL

O principal ponto que merece ser dado destaque nesta resolução do Conselho Nacional de Justiça é a criação de um possível negócio jurídico processual lembrando que, como o processo digital é uma das evoluções que o judiciário alcançou, o Código de Processo Civil de 2015 também é uma revolução ao Poder Judiciário, vezes que este buscou assegurar celeridade processual e efetivar alguns mecanismos que evitassem a morosidade processual.

Ademais, o legislador sempre esteve ciente de que o acesso à justiça ainda é uma das dificuldades encontradas pela sociedade, pelos diversos problemas que neste estudo já se fez apresentado. Mesmo que percebendo isto buscou apresentar mecanismos dentro do próprio Código de Processo Civil que alterasse este padrão de não acesso à justiça.

Visando essas soluções o legislador introduz ao Código de Processo Civil o artigo 190, texto legal este que dispõe sobre o negócio jurídico processual, que possui a seguinte redação que merece destaque:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e

convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (grifo nosso)

A doutrina vem analisando o instituto do negócio jurídico processual há alguns anos, pois se trata de um instituto que revoluciona o que entendemos sobre liberdade dada às partes processuais para dirimir determinados contextos.

Fredie Didier Jr (2015, p.376-377) em sua obra leciona que “negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.”.

A partir desta definição deixa claro que o negócio jurídico processual buscou assegurar a autonomia da vontade privada das partes sobre alguns atos específicos, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo judiciário.

Ainda sobre o momento da celebração e o alcance da matéria relacionada ao negócio jurídico processual, Alexandre Câmara (2015, p.127) em sua obra ensina que:

O negócio jurídico processual pode ser celebrado no curso do processo, mas pode também ser realizado em caráter pré-processual. Imagine-se por exemplo, um contrato celebrado entre duas empresas no qual se insira uma cláusula em que se prevê que na eventualidade de instaurar-se processo judicial entre os contratantes para dirimir litígio que venha surgir entre as partes em razão do aludido contrato, todos os prazos processuais serão computados em dobro. Estabelece a lei que os negócios jurídicos celebrados pelas partes podem versar sobre “seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.” Têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições do Juiz. Assim por exemplo, é ilícito celebrar negócio jurídico processual que retire das partes a faculdade de recorrer (pacto de não recorrer) mas não é lícito as partes proibir o juiz de controlar de ofício o valor dado à causa nos casos que este seja estabelecido por um critério prefixado em lei (art.292). (grifo nosso)

Após essa breve definição sobre o negócio jurídico processual, resta evidente que o Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer o juízo 100% (cem por cento) digital acaba criando um possível negócio jurídico processual, pois o Ministro Luis Fux ao informar sobre o modelo de juízo digital, expôs que **“A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação”**, de acordo com informações extraídas por Alex Rodrigues (2020, p. 1).

Fica claro que o Conselho Nacional de Justiça fornece o direito à parte e preserva sua autonomia de vontade, deixando a critério da parte escolher se adota este sistema ou não, podendo este ato ser considerado um ato unilateral dentro do negócio jurídico processual. Ademais, é de se pensar que até mesmo os patronos das partes, tomando ciência sobre a vontade de seus clientes, um procure o outro e exponha o desejo em adotar o sistema de juízo 100% (cem por cento) digital.

Criando deste modo um modelo novo de processo judicial, pois ao pensarmos em atos 100% (cem por cento) digitais as partes não precisariam, por exemplo, se dirigirem aos fóruns para a realização de audiências de instrução ou para despachar com o Magistrado visando expor fatos de relevância ao processo.

Mesmo sendo ainda um ato facultativo temos que este cria uma alteração nas demandas ao adotarem essa nova sistemática, criando assim um negócio jurídico pré-processual que caberá à parte, utilizando de sua autonomia de vontade privada, decidir os passos futuros da demanda processual.

É até mesmo um avanço, vezes que tal ato pode evitar uma morosidade processual e, assim, assegurar que demandas judiciais se resolvem em tempo razoável, preservando os direitos de todas as partes e, conseqüentemente assegurando o acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidenciado nas entrelinhas deste estudo que o Direito é ato mutável e que sempre está em busca de evoluções que assegurem à aqueles

que necessitam de seu amparo uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, independentemente do cenário em que estejamos vivendo.

Desta forma restou claro que desde o princípio fora efetuada uma tentativa de demonstração sobre as evoluções legislativas que buscaram efetuar um processo judicial digital e que esse fosse acessível a todos, até chegarmos ao que conhecemos como processo digital, e não deixando de ressaltar os benefícios que este trouxe ao Poder Judiciário, como a diminuição da morosidade processual, o acesso simultâneo aos autos e até mesmo o avanço na questão ambiental.

Este leque de benefícios se torna falho quando lidamos com um cenário de pandemia onde o número de óbitos é alarmante e não existe ainda um cenário de término desta doença, detendo de principal remédio efetivo o distanciamento social.

Foi esta a problemática aqui apresentada, pois vejamos se é necessário o distanciamento social para permitir que fóruns funcionem em sua totalidade ou que até mesmo operem de maneira reduzida, sendo um cenário cruel a ser enfrentado de modo a como prosseguir frente a estes problemas.

Entretanto, como dito no início, o direito e, como consequência lógica, o Poder Judiciário brasileiro são mutáveis e se adaptam às crises que surgem no dia a dia sendo que com esta pandemia não fora diferente, onde se verificou que prontamente o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu regras que forçaram a primeiro momento a suspensão dos prazos processuais e continuou buscando alternativas que garantissem o acesso à justiça.

Ademais, a exposição de um juízo 100% (cem por cento) digital, é uma das revoluções que o Poder Judiciário brasileiro deverá enfrentar em um futuro próximo e que assegurará uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, que alcance àqueles que necessitem do Poder Judiciário garantido assim o pleno acesso à justiça.

Portanto, não caberá somente ao Poder Legislativo avançar mais uma vez neste processo de informatização do judiciário, criando normas que por vezes só terão resultados anos depois de sua vigência, sendo necessário um apoio conjunto dos Tribunais e de todos aqueles que compõem o Poder Judiciário brasileiro, fazendo assim que grandes estruturas deixem de existir em

um plano físico e passem a existir em um plano digital, estruturando assim questões orçamentarias próprias e o treinamento de funcionários para dar efetividade a este novo modelo de tribunal.

Por ser assim, caberá a todos que utilizam do Poder Judiciário fomentar ideias que assegurem que não iremos sofrer os problemas do atraso em dar passos rumo aos avanços digitais, pois em um futuro próximo os juízos 100% (cem por cento) digitais serão uma realidade comum e não apenas um ato que ocorrerá em face de uma pandemia.

O que devemos sempre ter em mente é que o direito é mutável e como consequência direta disto o próprio Poder Judiciário o também é, devendo ambos sempre avançarem na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, mas sempre focado em assegurar que os princípios legais venham a ser respeitados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANGELO, Tiago. **Em 2019, Judiciário registrou a maior produtividade dos últimos 11 anos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/2019-judiciario-teve-maior-productividade-ultimos-11-anos#:~:text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20teve%20em,produtividade%20dos%20%C3%BAltimos%2011%20anos.&text=O%20aumento%20da%20produtividade%20%C3%A9,%3B%20e%20em%202018%2C%201.864>. Acesso em: 08 out. 2020.

ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as praticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Portaria n° 79**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original214425202005225ec847b983236.pdf>. Acesso em 10 de out. 2020.

_____. **Resolução N° 322 de 01/06/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>. Acesso em 10 de out. 2020.

BRASIL, Lei n° 5.869. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em 10 de out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CONJUR. **TJ-SP prorroga retorno escalonado ao trabalho presencial até novembro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-23/tj-sp-prorroga-retorno-escalonado-trabalho-presencial-novembro>. Acesso em: 08 out. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Extraído do Cap.1 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1- Negócios Processuais. Salvador: Malheiros, 2009.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. **PJe é um marco para Judiciário, diz Peluso**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pje-e-um-marco-para-judiciario-diz-peluso/>. Acesso em: 08 out. 2020.

GARCIA, Rafael. **Brasil tem mais de 150 mil mortes por Covid-19**. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/brasil=-tem-mais-de150--mil-mortes-por-covid19-24687031-3%fvversao-amp>. Acesso em 10 de out. 2020.

GLOBO, G1. **Mundo ultrapassa a marca de 1 milhão de mortos por Covid-19, diz universidade**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/09/28/mundo-ultrapassa-a-marca-de-1-milhao-de-mortos-por-covid-19-diz-universidade.ghtml>. Acesso em: 08 out. 2020.

RODRIGUES, Alex. **Plenário aprova proposta para varas atuarem de modo 100% digital.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plenario-aprova-proposta-para-varas-atuarem-de-modo-100-digital/>. Acesso em: 08 out. 2020.

ORLANDO, Cesar. **Quais Tribunais Aderiram à Portaria 79 do CNJ.** Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/ambitojuridico.com.br/noticias/quais-tribunais-aderiram-a-portaria-79-do-cnj/amp/>. Acesso em 10 de out. 2020.

OTONI, Luciana. **Processo Eletrônico (PJe) tem tramitação mais rápida no Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processo-eletronico-pje-tem-tramitacao-mais-rapida-no-judiciario/>. Acesso em: 08 out. 2020.

OSWALD, Vivian. **À Espera Da Segunda Onda Do Coronavírus Na Europa** Disponível em: <https://epoca.globo.com/mundo/a-espera-da-segunda-onda-do-coronavirus-na-europa-1-24684594>. Acesso em: 08 out. 2020.

PAULA, Wesley Roberto de. **A tramitação eletrônica.** In CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Comentários à lei do processo eletrônico.** São Paulo: LTr, 2010.

TEIXEIRA, Tarciso. **Curso de Direito e Processo Eletrônico.** 4 edição São Paulo: SaraivaJur 2018.

EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA 4.0 – TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E FUNDAMENTAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS E MORAIS COMO PRINCÍPIOS BASE DESTA NOVA ERA DIGITAL

Eric Matheus Cescon Smaniotto Alves¹

Marlene de Fátima Campos Souza²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar análise da Nova Era Tecnológica 4.0 que, diferentemente de outros marcos evolutivos, fundamenta-se em princípios de responsabilidade social. Neste íterim, este novo marco tecnológico está pautado na aplicação das legislações vigentes, criando plataformas digitais socialmente responsáveis que estimulam a sustentabilidade, a equidade, a ética e a democracia. Dessa forma, a análise de algumas plataformas digitais como o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e o sistema do Programa de Integridade e Compliance será essencial para compreender este importante período evolutivo de tecnologia na criação de novas plataformas digitais em bases ético-morais.

PALAVRAS-CHAVE

Transformação e revolução industrial 4.0; Ferramentas digitais; Bens jurídicos constitucionais; Sistema Público de Escrituração Digital (SPED); Compliance.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

² Professora Doutora em Ciências Sociais aplicadas. Superintendente e Pró-Reitora Administrativa no Centro Eurípides de Marília – UNIVEM.

INTRODUÇÃO

A Quarta Revolução Industrial, conhecida como Era Digital 4.0, nitidamente intensifica a criação de novas plataformas tecnológicas, com a finalidade de melhorar os serviços prestados à sociedade em geral.

Nesse sentido, os principais recursos tecnológicos passaram a proporcionar à coletividade concentrar-se na possibilidade de compartilhamento de novas tecnologias e no acesso coletivo aos bancos de dados de diversas plataformas, vinculados às mais diversas áreas sociais de interesse público e privado, a exemplo, cite-se Big Data, Analytics, dentre outras. Conteúdos em redes que buscam fiscalizar e diminuir os espaços para fraudes realizadas contra os estados e a sociedade, que se vinculam à distribuição e prestação de contas em serviços públicos e privados, bem como a fiscalidade tributária.

Essa mesma rede de acesso coletivo proporciona o incentivo no desenvolvimento de diversas áreas protegidas pelo nosso ordenamento jurídico como: Assistência Social, tributação e fisco, educação, cultura, saúde, enfim, inúmeras plataformas que se apresentam como ferramentas de alcance aos direitos e deveres sociais.

Portanto, pode-se analisar que a Era Digital 4.0 consiste em um novo mecanismo de sustentabilidade social, e proporciona base para afirmação de uma sociedade justa e igualitária, na qual todos têm seus direitos, bem como devem prestar seus deveres. Contexto vinculado à nova era digital que, diferentemente das outras revoluções industriais, está pautado em preceitos sociais ativos. Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo baseado na pesquisa bibliográfica, objetivando-se o esclarecimento das concretas transformações no mundo digital para as gerações futuras.

1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL 4.0 - A REVOLUÇÃO DIGITAL

O desenvolvimento industrial pressupõe cada etapa de evolução que a sociedade transita ao longo da história, dessa forma, a última era evolutiva da humanidade é a soma de tecnologias, resultando na transformação digital, nomeada como Revolução 4.0. Esta nomenclatura se deu em razão do proces-

so histórico das revoluções industriais que marcaram o processo evolutivo da humanidade.

Segundo Samanes e Clares (2018), a Primeira Revolução ocorreu em 1784, na qual utilizou-se a água e o vapor para mecanizar a produção; a Segunda Revolução foi em 1870 e usou-se a eletricidade para criar uma produção em massa, bem como propôs-se a divisão do trabalho; o terceiro momento revolucionário mundial foi em 1969, com a utilização da Tecnologia da Informação, que automatizou o processo de produção. Atualmente, vivencia-se a Revolução 4.0, iniciando-se, desde o século XXI, com a revolução e transformação digital, que se instrumentalizou pela fusão de tecnologias, diminuindo as fronteiras entre as esferas física, digital e biológica.

Difícil analisar cientificamente o início exato da era revolucionária 4.0, pois a revolução digital é derivada da transformação tecnológica, e por esse motivo as duas são confundidas. Diferentemente da revolução tecnológica, a revolução industrial 4.0, a era digital, apresenta a característica principal de desenvolvimento de sistemas digitais unidos no avanço da maioria dos segmentos e setores das atividades humanas.

Dessa forma, a linha entre a utilização da tecnologia e as ações humanas, propriamente ditas, está muito tênue. As relações sociais estão impregnadas e difundidas no ciberespaço, de modo que a sociedade acaba por considerar o mundo digital como um ambiente de relações palpáveis, praticamente um mundo físico.

Como menciona Stockinger (2001), quando acontece o acoplamento estrutural dos sistemas sociais e os ciberistemas, para o uso social, acaba por se transformar nos ciberambientes, assim, estes passaram, a partir deste momento, a ser parte integrante das ações e comunicações sociais. O surgimento do ciberespaço caracteriza a criação de um novo ambiente de relações sociais com o aprimoramento dos canais de comunicação que ampliaram o acesso coletivo dos indivíduos e as inter-relações pessoais de forma célere e abrangente.

Pode-se analisar que a fusão de tecnologias está presente no desenvolvimento de diversas áreas da sociedade, nas quais a tecnologia passou a dominar a evolução industrial e econômica no cenário mundial. Além disso, é

imprescindível mencionar, também, que a evolução tecnológica não adentrou apenas por meio da revolução industrial 4,0, mas fazendo parte, também, do cotidiano do indivíduo.

Ainda, segundo Janini (2016), o surgimento de uma sociedade de informação provém do avanço tecnológico, garantidor das comunicações e transmissões de dados, além disso, realizam seu armazenamento procedimental e distribuem informações pelos meios eletrônicos.

partir da terceira revolução industrial, nomeada a “Era da Informação”, houve uma transformação cultural visível e palpável, que é realizada pelos mecanismos de um novo elemento tecnológico organizado em torno da tecnologia da informação. (CASTELLS, 2003).

O acultramento social tecnológico embasou o avanço da Era Digital 4.0, isto porque, apesar de haver uma evolução na criação de ferramentas tecnológicas em todas as áreas possíveis observadas pela indústria como: sistemas de informação em saúde, educação, assistência social, esportes digitais; e em áreas importantes administradas pelo Estado como tributação social, órgãos fiscalizadores e departamentos policiais, se não houvesse por parte da sociedade uma cultura de introdução ao mundo tecnológico, a era digital não apresentaria o avanço de desenvolvimento em diversas áreas da sociedade, poderia acontecer, mas não de forma tão avassaladora como na última década.

1.1 A era digital – Aspectos de sustentabilidade e consciência social

Geralmente, quando se fala de evolução tecnológica, do distanciamento da consciência de coletividade e dos fundamentos da equidade e da sustentabilidade social, parece inócuo diante da máquina fria e do avanço da competitividade do mercado na indústria da tecnologia. As inovações provocadas pela revolução industrial, desde que a biotecnologia tem inteligência artificial, estão redefinindo o que significa ser humano. (SCHWAB, 2016).

Nesse sentido, assistiu-se ao nascimento da Quarta Revolução Industrial que está desfazendo os limites entre as esferas físicas, digitais e biológicas. A transformação das relações de produção, da economia e do comércio estão modificando radicalmente a maneira de viver, de trabalhar e de se rela-

cionar. (SAMANES; CLARES, 2018).

Nesse contexto, afirma Martinez (2010, p. 83-115) que o universo web se modifica de um espaço social passivo para um espaço social muito dinâmico, em que se realizam transformações na gestão de recursos e aplicações de informática, oferecendo ao usuário um universo integrado, no qual é possível expressar sua opinião, obter opiniões de terceiros, mostrar-se para este universo, transformando-o em uma “vivenda virtual”.

Contudo, a Revolução Digital 4.0, diferentemente das outras revoluções industriais, trouxe para o bojo do seu desenvolvimento digital e tecnológico princípios jamais mencionados e vistos nas outras revoluções industriais. Princípios estes que se apresentam na dimensão da coletividade, da responsabilidade social, da responsabilidade fiscal e da sustentabilidade.

Apesar das ações realizadas dentro do mundo cibernético serem virtuais, são desempenhadas por condutas humanas, assim, estas ações sempre estão ligadas por uma rede de compartilhamento de informações e deveriam respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, destarte, as condutas dos usuários no ciberespaço que não sejam adequadas aos princípios fundamentais, são ilícitas e precisam ser punidas.

Desse modo, a Revolução Digital 4.0 apresentou um avanço diante do entendimento de punibilidade para prováveis ações ilícitas, bem como emancipou princípios que equilibram a sociedade, a qual está regulada pelos direitos fundamentais constitucionais, uma enormidade de plataformas tecnológicas e digitais fornecem ferramentas para incentivo de projetos pautados na economia e sustentabilidade social.

Apesar da responsabilidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos usuários relacionados ao Direito Digital pertença ao Estado, os criadores das novas tecnologias digitais na revolução industrial 4.0 estão sendo os principais responsáveis pelas inúmeras plataformas de proteção a esses direitos como a privacidade, a proteção de dados, a criptografia, dentre outros.

Além dessas proteções, muitas das plataformas digitais desenvolvem meios de incentivo e concretização de direitos fundamentais sociais como: plataformas de educação, fiscalização de projetos ligados à assistência social,

plataformas de acesso à saúde, acesso ao lazer, acesso rápido aos programas de moradias, ou seja, plataformas de interesse e desenvolvimento da sociedade imersa no mundo digital.

O mundo digital apresentou mudanças significativas, “mudanças rápidas” que, ao mesmo tempo em que afetam a autopercepção do indivíduo frente ao mundo social, requerem uma modificação do método de explicação para toda uma gama de fenômenos sociais, entre outros para aqueles ligados à comunicação interpessoal a distância, como conhece-se hoje em dia no ciberespaço em geral e especificamente na internet. (STOCKINGER, 2001).

1.2 O Direito e o Mundo Digital 4.0

Muito embora a Revolução digital 4.0 seja um mecanismo de incentivo e desenvolvimento das garantias da Constituição Federal, a relação entre o direito e a informatização sempre se apresentou complexa, pois, no início, as duas áreas se contrapunham tecnicamente devido a complexidade de informações e o vasto banco de dados contidos na área da informática, e o direito se apresentou em meados da década de 70 fora do universo cibernético não disponibilizando de recursos técnicos para demandar juridicamente sobre o complexo mundo dos cbersistemas. (JANINI, 2014).

Essa comunicação em rede transformou as relações sociais dos indivíduos e despertou uma grande preocupação para o mundo do direito, qual seja, a disponibilização de informações pessoais em banco de dados. A partir daí, o direito apresentou uma proposta de proteção ao indivíduo, impondo fiscalização rígida em relação às redes sociais com a intenção de proteger os usuários, defendendo o direito e a privacidade do usuário.

Após esse período, o avanço de novas tecnologias e funções de informática no mundo cibernético fez com que o Direito não pudesse mais se postar contrário a estes avanços tecnológicos, e sim unir-se à informática de modo a ampará-la e estruturá-la legalmente, conforme pontua, pertinentemente, Janini (2014, p. 128) que “o direito é ambiente para o cbersistema na mesma proporção que o cbersistema é ambiente para o direito”.

Assim, como não competiria ao direito transferir por analogia as nor-

mas anteriormente criadas para remediar a regulação do complexo sistema da informação, foi então necessária a criação de novas normatizações para se adequarem perfeitamente aos cibernsistemas como a proteção de dados pessoais, a proteção de softwares, a criminalidade na informatização, a assinatura eletrônica, dentre outros. (LOSANO, 2007, p. 137-138).

Após a integração das áreas do Direito e da Informática, os órgãos estatais passaram a utilizar a informática como ferramenta de grande avanço tecnológico, não apenas na proteção dos dados dos usuários regulamentada pela Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, mas também, como projetos de fiscalização e sistematização de órgãos públicos ligados ao Direito. Como exemplo, há a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, que regulamenta a digitalização de documentos públicos e privados, ou seja, a integração definitiva entre o Direito e a Informática (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, apresentou, também, a criação de plataformas de fiscalização tributárias céleres e eficazes na redução de inadimplência fiscal e tributária, como o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Outrossim, a criação do sistema de integridade como o Compliance, que apresenta para o âmbito institucional e corporativo o controle interno, que permite esclarecer e proporcionar maior segurança para utilização da contabilidade e suas demonstrações financeiras para análise econômica, principalmente, para empresas que prestam serviços à administração pública, um sistema que eleva a segurança nos contratos sociais, diminuindo o risco de corrupção e contabilidade adulterada, os quais serão discorridos mais especificamente, a seguir, neste estudo.

2 SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO NACIONAL (SPED)

O Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) surgiu para modificar a maneira procedimental do cumprimento das obrigações fiscais, bem como a prestação de contas para com o Estado. A partir do SPED, o Estado impôs aos contribuintes a realização dos procedimentos apenas por meio digital. Segundo Azevedo e Mariano (2016, p. 39), este projeto, além de uma alteração, na forma de cumprir as obrigações, alterou a “cultura do papel”, ao

invés disso, obrigatoriamente, se fundamentou o cumprimento da obrigação pela via digital.

O SPED foi instituído pelo Decreto 6.022/07, que pode ser definido, segundo Janini (2014, p. 92), por um banco de dados que contém as informações dos contribuintes, o autor ainda menciona que “seu papel fundamental consiste na rígida organização e armazenamento dos dados fiscais fornecidos de modo eletrônico pelos contribuintes”.

Mais especificamente, Azevedo e Mariano (2016, p. 40) definem 03 principais objetivos do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), em que o primeiro, promove a atuação integrada dos Fiscos, que possibilita que o contribuinte ao invés de prestar contas e recolher tributos em três níveis diferentes, municipal, estadual e federal, por meio do mesmo portal digital, passa a obter todas as informações referentes aos fiscos tendo acesso ao cruzamento de informações amplas para o cumprimento de obrigações acessórias.

O segundo objetivo, de acordo os autores, se encontram em racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, neste mecanismo facilitador o contribuinte ao se portar apenas a uma via digital também terá reduzida a obrigatoriedade de apresentação de declarações entregues a estes órgãos, necessariamente, apresentando a documentação uma única vez. Por fim, defendem que o objetivo final do SPED se concentra na celeridade de identificação de ilícitos tributários, ou seja, com um sistema avançado de unificação de informações, a análise e cruzamento de dados em todos os âmbitos de contribuição se tornam mais célere, possibilitando a identificação facilitada de contribuintes inadimplentes.

Ainda, segundo Azevedo e Mariano (2016), inicialmente, o SPED surgiu apenas com três projetos que foram coordenados pela ENCAT e a Receita Federal, que foram a NF-e(Nota Fiscal Eletrônica), EFD ou SPED FISCAL (Escrituração Fiscal Digital) e o ECD ou SPED CONTABIL (Escrituração Contábil Digital), atualmente, a iniciativa do SPED conta com 14 projetos atuantes na área tributária, no Brasil.

No intuito de adequação na frenética evolução tecnológica atual, a administração pública tributária desenvolveu a Sistematização Pública de Escrituração Digital (SPED), composta, inicialmente, por três mecanismos digitais:

Escrituração Contábil Digital (ECD-SPED Digital), Escrituração Fiscal Digital (EFD-SPED Digital) e Nota Fiscal Eletrônica (NF-e). Os principais objetivos desse sistema se concentram em diminuir as brechas nos pagamentos de tributos e facilitar o acesso aos sistemas digitais em relação às consultas, declarações e comprovantes de pagamentos. (SILVA; PASSOS; GALLO; PETERS, 2013).

Segundo Janini (2016, p. 163), é um dos pilares da Administração Pública e tem como objetivo deixar a gestão tributária mais eficaz. Este Princípio está contido no inciso XXII, no art. 37 da Constituição Federal, e permite a integração de cadastros, além de informações fiscais entre as administrações Federais, Estaduais e Municipais.

3 PROGRAMA DE INTEGRIDADE E COMPLIANCE

Considerado como uma das mais eficazes ferramentas na busca por uma economia socialmente correta e financeiramente afinada com o contexto de sustentabilidade e princípios éticos sociais. Segundo Ribeiro e Diniz (2015, p. 88), “O Compliance é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa”.

Geralmente, confunde-se o Compliance com o simples cumprimento de regras formais e informais, mas que na verdade sua amplitude se estende também a um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais. E, dessa forma, apresentando este contexto definido e implantado, sua finalidade central será orientada pelo comportamento da entidade no segmento atuante, além disso, na atitude tomada por seus funcionários. (CANDELO-RO; RIZZO; PINHO, 2012).

Os relatórios de reputação (ligados ao cumprimento das leis), função exercida pelo Compliance Officer, que segundo a Organização Internacional da Comissão de Valores – OICV (em documento de outubro de 2003) é o indivíduo que tem a responsabilidade de orientar todas as frentes de negociação institucionais, bem como dar suporte no que se refere à normatização local interna e orientar, também, sobre as políticas corporativas que são aplicadas no setor industrial em que está atuando a organização. Dessa forma, necessita sempre resguardar os mais elevados padrões éticos, no que se refere às ações

comerciais. (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012).

A sistemática do Compliance é aplicável em todas as modalidades de organização, sendo que, ultimamente, o mercado passa a exigir cada vez mais condutas legais e éticas para a fundamentação do comportamento social por parte das corporações, tendo o dever de buscar o lucro com responsabilidade social e sustentabilidade, mantendo suas ações vinculadas sempre ao desenvolvimento econômico consciente e socioambiental no direcionamento dos seus negócios. (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

Segundo North (2013), uma implantação efetiva do *Compliance*, com impacto no desenvolvimento da sociedade, apenas ocorrerá quando as regras formais e informais relacionadas a este mecanismo forem uma escolha dos administradores das instituições.

A principal Lei que fundamenta as ações de sistematização do Compliance no Brasil é a Lei 12.846/2013 de Anticorrupção Empresarial, que entrou em vigor em fevereiro de 2014, regulamentada em razão de compromissos assumidos pelo Brasil em âmbito internacional, com o objetivo de diminuição da corrupção. (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

Os principais compromissos internacionais assumidos pelo Brasil são: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção da OEA – Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção da OCDE – Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Um dos objetivos desses compromissos foi estabelecer uma equiparação com sistemas dos Estados Unidos e do Reino Unido.

Em razão das lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial por atos de corrupção, bem como atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, foi necessária a criação da Lei 12.846/2013 para preenchimento de tais espaços. (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

Dessa forma, a Revolução Industrial Digital 4.0 eclode com mecanismos como o Compliance, que possibilitam o acesso às sistemáticas de ações por uma sociedade mais igualitária, equitativa, sustentável, com a consciên-

cia coletiva, de que quaisquer ações desempenhadas no âmbito pessoal sejam elas boas ou ruins, de alguma maneira, serão refletidas no todo, assim, o dever de todos será agir após uma reflexão profunda sobre o bem coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento de Políticas Públicas pelo Estado, para garantir o acesso aos direitos fundamentais constitucionais na sociedade, consiste em princípios naturalmente implícitos em um processo de governo. Porém, o que torna a Revolução Industrial 4.0 surpreendente no contexto social se encontra em proporcionar meios para que as políticas de garantias sociais fundamentais sejam desempenhadas por meio de plataformas de tecnologias no mundo digital.

A Era digital 4.0 permitiu que instrumentos de fiscalização de tributos e fiscos como o SPED inovassem a forma de acesso das garantias e direitos dos contribuintes. Por outro lado, por meio da rede digital de compartilhamento de dados, possibilitou a implementação de sistemas como Compliance, que elevou de forma eficaz a responsabilidade social das instituições.

Assim, diante desses novos organismos tecnológicos, a sociedade tem alcançado grandes escalas evolutivas nas plataformas virtuais, possibilitando o alcance de garantias sociais pouco acessíveis à maioria da sociedade. Os elevados níveis de expansão do ciberespaço apresentam a possibilidade de impactar positivamente o contexto social de toda a sociedade.

transformações digitais avançam em todos os níveis sociais, em todas as culturas, em todos os sistemas econômicos, enfim, a humanidade desenvolve sua atividade, atualmente, conectada à rede mundial de internet, nas mais diversas plataformas sociais possíveis, e surgirão as mais diversas formas de utilização dos serviços em rede que ainda não somos capazes de imaginar.

Este desenvolvimento está sendo gradativo, apesar do mundo digital desempenhar parte importante da evolução atual da sociedade, o poder de impacto que estes sistemas podem causar na vida social ainda está longe de beneficiar a todos.

É possível pensar apenas em sistemas de serviços essenciais

como saúde, educação, alimentação, transporte, dentre outros, quando se pensa na rede mundial de internet, porém, as áreas de atuação da Revolução Industrial 4.0 poderão atingir setores sociais ainda impensados.

Dessa forma, fica claro que houve significativo avanço no desenvolvimento de projetos digitais que beneficiaram setores específicos da sociedade, quando observa-se, por exemplo, projetos como o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e o Sistema de Compliance, contudo o caminho para ascensão de novos meios de acesso aos direitos sociais, em diversos setores, por meio da transformação digital provocada pela revolução 4.0, é imensurável e vem se apresentando de forma exponencial.

REFERÊNCIAS

ANDELORO, A. P. P.; RIZZO, M. B. M. de; PINHO, V. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

AZEVEDO, O. R.; MARIANO, P. A. **SPED Sistema Público de Escrituração Digital**. 8. ed. São Paulo: Sage – IOB, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. **Decreto n. 6.022**, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital - Sped. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6022.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Emenda Constitucional n. 42**, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

_____. **Lei n. 12.682**, de 9 de julho de 2012. Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Lei n. 10.593**, de 6 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, que passa a denominar-se Carreira Auditoria da Receita Federal - ARF, e sobre a organização da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10593.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 5 mar. 2020.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

JANINI, T. C. **Direito Tributário Eletrônico**: SPED e os direitos fundamentais do contribuinte. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1.

_____. A e-financeira, o direito de fiscalização e os direitos fundamentais dos contribuintes. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 256-272, mai./ago. 2017. ISSN 2238-0604. DOI:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p256-272>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1885>. Acesso em: 19 set. 2020.

LEMONS, A.; PALÁCIO, M. A Interação em cibernetsistemas e sistemas sociais. *In*: Lemos, A; Palácios, M. (Orgs.). **Janelas do ciberespaço**. Porto Alegre: Sulina, 2001. p. 105-125.

LOSANO, M. G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO, H. B. **Curso de direito tributário**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. v. 01.

MARTINEZ, R. M. Protección dew dato personales t redes sociales: um cambio de paradigma. *In*: LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R. M. **Derecho y redes sociales**. Espanha: Civitas, 2010. p. 83-115.

NORTH, D. C. Economic performance through time. **Nobelprize.org**, 9 de dez. 1993. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureaates/1993/north--lecture.html. Acesso em: 05 set. 2020.

NUNES JÚNIOR, V. S.; ARAUJO, L. A. D. **Curso de direito constitucional** - edição revisada e atualizada até a EC 99 de 14 de dezembro de 2017. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

RIBEIRO, M. C. P.; DINIZ, P. D. F. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. p. 87-105. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 set. 2020.

SAMANES, E. B.; CLARES, P. M. Revolución 4.0: competencias, educación y orientación. **Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria**, Peru, v. 12, n.1, 4-34, 2018. ISSN 2223-2516. DOI: <http://dx.doi.org/10.19083/ridu.2018.831>. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/pdf/ridu/v12n2/a02v12n2.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

SCHWAB, K. **La cuarta revolución industrial**. Barcelona: Penguin Random House, 2016.

SILVA, A. F.; PASSOS, G. R. P.; GALLO, M. F.; PETERS, M. R. S. SPED - Public Digital Bookkeeping System: influence in the economic-financial results declared by companies. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 15, p. 445-461, 2013. ISSN 1806-4892.

STOCKINGER, G. **Para uma sociologia da comunicação**. 2. ed. Salvador: Facom editoração eletrônica, 2001. v. 1. 221p.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A DECISÃO JUDICIAL: CONCEITOS, VANTAGENS E ADVERTÊNCIAS

Manoel Monteiro Neto^{1}*

RESUMO

O presente trabalho procura estudar as possíveis utilizações da inteligência artificial (IA) na prática forense, quanto à decisão judicial e as advertências relacionadas ao tema. Utilizou-se a abordagem qualitativa, bem como o método dedutivo e o procedimento bibliográfico. Concluiu-se que ainda há um longo caminho a ser perseguido para que seja possível incorporar totalmente a IA na prática processual com segurança.

PALAVRAS-CHAVE

Inteligência Artificial. Decisão Judicial. Segurança.

¹ Mestrando em direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (Marília-SP).
Pós-graduando em Direito Empresarial pela Faculdade Legale (São Paulo-SP).
Graduado em Direito pela Rede Gonzaga de Ensino Superior (Dracena-SP).
E-mail: manoe尔蒙teironeto94@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é o estudo das possíveis utilizações da inteligência artificial (IA) em relação à prática forense, especialmente no que concerne à decisão judicial e as necessárias advertências relacionadas ao tema, por meio de abordagem qualitativa, utilizando-se o método dedutivo e o procedimento bibliográfico.

O trabalho foi dividido em cinco partes. Na primeira, foram trabalhados a inteligência artificial (IA) e os *expert systems*, a partir de seus conceitos iniciais e de seus ramos de estudo e pesquisa, assim como as suas relações com o pensamento humano e sua capacidade de simulá-lo de maneira suficientemente fiel.

Na sequência, foram trabalhadas as relações entre a inteligência artificial (IA) e a linguagem humana, bem como sua capacidade de interpretá-la, tratando-se, nesse contexto, das redes neurais, assim como de sua aplicabilidade na seara jurídico-processual.

A seguir, foram estudados alguns problemas conceituais relacionados à dogmática, filosofia, à hermenêutica e, em especial, à deontologia jurídicas, no concernente às aplicações da IA, assim como no concernente à delimitação de sua natureza jurídica.

Após, foram tratadas algumas possibilidades de utilização da IA na seara jurídica, seja no que concerne às diversas atividades administrativas *lato sensu* que gravitam o processo judicial, seja em relação às suas aplicações como ferramenta de apoio à decisão judicial.

Ao final da pesquisa, foram tratados os principais problemas concernentes à possibilidade de utilização da IA para a substituição dos juízes no momento de construir a cognição judicial e, em especial, da prolação de um provimento jurisdicional.

Concluiu-se que, inclusive em decorrência do fato de que os profissionais forenses, em regra, não passam por uma formação tecnológica específica, em que pese as vantagens da incorporação de novas tecnologias à prática processual, há um longo percurso para se chegar à segurança na utilização da AI.

1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E OS *EXPERT SYSTEMS*

No tópico abaixo serão trabalhados a inteligência artificial (IA) e os expert systems, a partir de seus conceitos iniciais e de seus ramos de estudo e pesquisa, assim como as suas relações com o pensamento humano e sua capacidade de simulá-lo de maneira suficientemente fiel.

1.1 O conceito de *artificial intelligence* (AI)

De começo, antes de adentrar a problemática acerca das possibilidades de sua utilização para a profissões jurídicas e, especificamente, para a atividade jurisdicional decisória, é essencial definir do que se trata a *artificial intelligence* (AI) em relação às ciências da informação.

John McCarthy, conhecido como “pai” da inteligência artificial (IA), definiu-a como o processo de fazer com que uma máquina se comporte de forma que, caso fosse um ser humano, seria tida como inteligente. Em 2007, referido autor listou alguns ramos da IA.²

O primeiro deles será a *lógica*, relacionada à linguagem matemática que introduz “conhecimento” em um programa, possibilitando a ele inferir se certas ações são apropriadas para atingir objetivos, inclusive, em relação a textos de linguagem natural.³

A *representação* se refere à apresentação de elementos da realidade. A *inferência* se relaciona à possibilidade de o programa inferir fatos, por meio da dedução lógica, permitindo a extração de uma conclusão a partir de um conjunto de premissas, por meio do raciocínio monotônico ou da circunscrição.⁴

A *ontologia* se relaciona aos “tipos de coisas que existem”, possibilitando o armazenamento de informações e a formulação de raciocínios acerca de suas propriedades, por intermédio da inserção de funções heurísticas. A *programação genética* permite a resolução de tarefas e a seleção de programas mais aptos.⁵

² MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?** Stanford: Stanford University, 2007, p. 8.

³ Ibid., p. 8-9.

⁴ Ibid., p. 9.

⁵ Ibid., p. 9-10.

Note-se que esses ramos, entretanto, formam um rol meramente exemplificativo, tendo em vista que a rápida evolução das ciências da informação deixa permanentemente abertas as possibilidades para a utilização de seus infinitos recursos e ferramentas.

A IA pode agir como se fosse inteligente, ou seja, como se tivesse mente. Apesar disso, não é uma entidade genuinamente inteligente. No máximo, é uma simulação de comportamentos inteligentes, visto que, não tem raciocínio ou vontades, pois se baseia no conhecimento fornecido por um programador humano.⁶

Há, entretanto, quem acredite em uma *IA forte*, entendendo que a mente está para o cérebro assim como um *software* está para o *hardware* de um computador⁷. Apesar de ainda não existir, efetivamente, uma IA capaz de operar exatamente como uma mente humana, não é possível duvidar dessa possibilidade futura.

A IA pode ser inserida em um sistema específico, guiando-o para que complete tarefas e objetivos pré-fixados, muitas vezes, especificamente dirigidos a um ramo de estudo ou de atividade. Nesse sentido, dirige-se a auxiliar os profissionais e estudiosos.

1.2 Os *expert systems* e o pensamento humano

Se a IA é criada para agir como se fosse uma inteligência humana ou similar, sua inserção em sistemas voltados a auxiliar profissionais e estudiosos em suas respectivas atividades, em regra, se dirige à análise de dados de forma mais precisa ou em grande quantidade.

Ocorre que a análise de dados feita pelas diversas tecnologias de *big data* é focada, especialmente, encontrar correlações, por meio da lógica indutiva, enquanto “[...] o pensamento científico tradicional, cartesiano, trabalha principalmente com lógica dedutiva”.⁸

As formas tradicionais de análise de dados, entretanto, “[...] traba-

⁶ SEARLE, John. **The mystery of consciousness**. New York: New York Review of Books, 1997, p. 25-26.

⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸ PUGLIESE, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de big data na prática jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 453-482, jul.-dez., 2015, p. 461.

lham com uma espécie de lógica dedutiva de dados. É nesse ponto que o *big data* diverge tanto das formas tradicionais de análise de dados quanto do pensamento científico clássico, pois funciona a partir de uma lógica indutiva de dados”.⁹

Ocorre que, muitas vezes, a indução nas ciências da computação busca aplicar o *princípio da recorrência* a gráficos. A lógica indutiva de dados, entretanto, “[...] reverte certos parâmetros da lógica dedutiva de dados, frequentemente usados por profissionais”.¹⁰

Em decorrência da indução trabalhar com uma grande quantidade dados, o risco de erro acaba por ser aceito em troca da velocidade: “[...] uma informação correta e arriscada no momento é preferível a uma completamente confiável tempos depois” especialmente em uma era na qual cada segundo importa.¹¹

Os *experts systems*, por sua vez, “[...] tentavam mimetizar uma espécie de arazoamento clássico dedutivo”, assim como ocorre nos sistemas de informação e bancos de dados de sentenças. Não buscam, portanto, dados particulares, mas, sim, padrões e correlações em uma imensidade de dados.¹²

Dessa forma, referidos sistemas se dirigem a emular a mecânica do pensamento humano, todavia, por meio da reversão da lógica de indução comum à programação da IA. Essa fórmula abre uma infinidade de possibilidades para a evolução dessas ferramentas.

Ocorre que a inovação na indústria do *software*, em grande parte é incremental, rapidamente ultrapassável e menos custosa para se desenvolver. Nesse sentido, os inovadores obtêm alguma vantagem quanto ao pioneirismo, de modo que a indústria da IA permanecerá próspera.¹³

Além disso, observa-se a uma corrida internacional feroz entre os países para assumir a liderança na era da IA. Trata-se de mais um fator para a

⁹ Ibid., p. 461.

¹⁰ Ibid., p. 461-462.

¹¹ Ibid., p. 462.

¹² Ibid., p. 462.

¹³ PALACE, Victor. What if artificial intelligence wrote this? Artificial Intelligence and Copyright Law. **Florida Law Review**, v. 71, p. 217-242, 2019, p. 238.

continuidade das pesquisas. Mais do que isso, é pouco provável que esses *softwares* venham a se tornar de domínio público.¹⁴

É algo que restringe grandemente o acesso aos *softwares*¹⁵, justificadamente, entretanto, tendo em vista que o desenvolvimento de um programa complexo pode depender de muitas horas de estudos, desenvolvimento e testes, de maneira que precisa encontrar uma compensação financeira proporcional.

Essa mesma lógica vale para os programas dirigidos a trabalhar com searas específicas, assim como ocorre em relação ao direito. Ocorre que há certas características do pensamento humano que ainda não podem ser emuladas ou simuladas pelos sistemas de IA.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E LINGUAGEM

Neste tópico serão tratadas as relações entre a inteligência artificial (IA) e a linguagem humana, bem como sua capacidade de interpretá-la, tratando-se, nesse contexto, das redes neurais, assim como de sua aplicabilidade na seara jurídico-processual.

2.1 As redes neurais e a interpretação da linguagem humana

Além de infinitos ramos de estudo, a AI encontra uma série infindável de aplicações, cujas possibilidades aumentam exponencialmente com o passar do tempo e a evolução tecnológica constante e ininterrupta dos conceitos e das ferramentas proporcionadas pela tecnologia.

Nesse sentido, McCarthy também listou algumas, em rol meramente exemplificativo. A primeira são os *jogos*, nos quais um programa desafia as pessoas, sendo capaz de observar milhões de posições. O *reconhecimento de fala*, que possibilita dar instruções a computadores.¹⁶

A *compreensão da linguagem natural* permite a compreensão do conteúdo de textos. A *visão computacional* permite a percepção do mundo em três

¹⁴ Ibid., p. 238-239.

¹⁵ Ibid., p. 239.

¹⁶ MCCARTHY, John. Op. Cit., p. 10.

dimensões. A *classificação heurística* consiste em relacionar informações a um conjunto fixo de categorias, utilizando várias fontes de informação.¹⁷

Se a IA se volta, também, a compreender linguagens em geral, pode ser utilizada para compreender a humana. Nesse sentido, algumas tecnologias se voltam a emular, de maneira mais ou menos intrincada, o próprio funcionamento do cérebro humano, especialmente, por meio das denominadas *redes neurais*.

Uma *rede neural* é uma rede de neurônios artificiais, mais simples que os reais, porém, capazes de receber milhares de *inputs*, agrupá-los e dispará-los, conforme os pesos conferidos aos *inputs*. Podem ser usados para programar, mas são mais complexos que as linguagens de programação atuais.¹⁸

É possível agrupá-los, de maneira semelhante a um cérebro, permitindo que os pesos de todos os *inputs* se modifiquem. A partir daí é possível treiná-lo para efetuar operações. Esses agrupamentos podem ter de três a trinta camadas.¹⁹

Cada uma das camadas pode ter milhares de neurônios. Assim, uma rede neural completa pode ter 100 mil neurônios ou mais, sendo que cada um deles recebe *inputs* de todos os neurônios das camadas anteriores e envia sinais para todos os neurônios das camadas seguintes.²⁰

A redes são utilizadas por meio da injeção de sinais na primeira camada e, após, da interpretação dos sinais que saem da última camada²¹. Podem ser utilizadas, portanto, para interpretar e reinterpretar os signos que são inseridos, convertendo-os em outras linguagens.

2.2 A linguagem da inteligência artificial (IA) e o direito

Em que pese a constante evolução da tecnologia da informação, é possível afirmar que se trata, efetivamente, de uma ciência, com princípios e métodos próprios, a permitir seu estudo, assim como a formulação de hipóteses

¹⁷ Ibid., p. 9-11.

¹⁸ URWIN, Richard. **Artificial intelligence**: the quest for the ultimate thinking machine. London: Arcturus, 2016, p. 165-166.

¹⁹ Ibid., p. 166-168.

²⁰ Ibid., p. 168-170.

²¹ Ibid., p. 170-171.

e a resolução de problemas relacionados a essa seara.

Da mesma forma, a IA é uma área de pesquisa consolidada e com impactos em todas as áreas do conhecimento. Na medicina, estuda-se para amenizar os impactos das deficiências. Na psicologia, trata-se da aprendizagem, na filosofia, trabalham-se os impactos da tecnologia.²²

A IA poderia, teoricamente, controlar a sociedade, independentemente de classe social e de território, inclusive, provocando blecautes e acidentes fatais²³. Em decorrência disso é que se faz necessário impor limites éticos à sua utilização.

Nesse sentido, o método científico utilizado em seu desenvolvimento deve prever limitações acerca de sua utilização, inclusive, no que concerne à construção de ideias relacionadas à linguagem. Essa situação se torna ainda mais grave no que se relaciona à questão judicial.

As técnicas da IA têm se desenvolvido cada vez mais, para tratar das preocupações sobre o raciocínio casuístico, a dialética formal, a teorização, as redes neurais, a argumentação formal, a negociação, a montagem inteligente de documentos e as ferramentas para apoiar a tomada de decisão discricionária.²⁴

Essas conquistas são úteis e importantes para o Poder Judiciário, tendo em vista que proporcionam um entendimento mais profundo e claro de certos aspectos da solução de problemas judiciais e um apoio efetivo aos juízes e aos seus colaboradores.²⁵

As ferramentas de IA voltadas a auxiliar na decisão podem promover um grau suficiente de uniformidade e eficiência, ao mesmo tempo em que apoiam o exercício racional do arbítrio judicial, e conciliar flexibilidade, eficiência e precisão em tarefas complementares, como a redação de atos judiciais.²⁶

Ocorre que o Judiciário ainda está nos estágios iniciais da transformação em que a tecnologia de IA promoverá no processo, tornando-o mais

²² ESTRADA, Manuel Martín Pino. Inteligência artificial e direito. **Direito & TI**, p. 1-4, 2015, p. 2.

²³ *Ibid.*, p. 2-4.

²⁴ SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl. Introduction: judicial applications of artificial intelligence. **Artificial Intelligence and Law**, v. 6, n. 2-4, p. 105-110, Jun., 1998, p. 110.

²⁵ *Ibid.*, p. 110.

²⁶ *Ibid.*, p. 110.

rápido, barato e previsível, sem comprometer, entretanto, a integridade do raciocínio judicial discricionário.²⁷

Assim, como primeira advertência, a utilização da IA e dos *expert systems* no direito deve partir da necessidade de adequação à linguagem jurídica e, em especial, da fixação de normas e limites éticos, mesmo que disso resultem restrições à velocidade e à amplitude de sua evolução.

3 O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA IA: PROBLEMAS DOGMÁTICOS E ÉTICO-FILOSÓFICOS

Serão estudados, no presente tópico, alguns problemas conceituais, relacionados à dogmática, filosofia, à hermenêutica e, em especial, à deontologia jurídicas, concernentes à IA, assim como no tocante à delimitação de sua natureza jurídica.

3.1 A natureza jurídico-dogmática da IA

De início, especialmente em decorrência da acelerada evolução das ferramentas de informação, é de se destacar que, na era da tecnologia, especialmente no Século XXI, o próprio ser humano se modificou, sobretudo quanto à sua interação com a sociedade.

Sob essa perspectiva, um dos impactos do novo contexto social é a formação de um novo ser humano, “[...] dotado de novas sensibilidades cognitivas que, ao trafegar por uma incrementada via tecnológica, produz grandes quantidades de informações numa escala de crescimento contínua”.²⁸

Esse processo, contraditoriamente à mundialização das comunicações, produz uma homogeneização dos comportamentos sociais²⁹, fazendo com que várias idiosincrasias antes existentes entre indivíduos e grupos sociais desapareçam ou sejam relativizadas.

A ciência do direito deve absorver essas características e ser capaz de

²⁷ Ibid., p. 110.

²⁸ PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability. *Revista de Informação Legislativa*, v. 225, p. 43-60, 2020, p. 44.

²⁹ Ibid., p. 44-45.

com elas lidar, especialmente em relação às utilizações da IA nas quais emula a linguagem forense. Nesse sentido, seria imperioso definir sua natureza jurídica, em sentido material e processual.

Ocorre que há uma lacuna quanto à delimitação da natureza jurídica da IA, decorrente da falta de critérios legais para lidar seu avanço, dificultando separá-la, conceitualmente, da humana. A distinção entre humanos e as máquinas que apenas se assemelham, entretanto, não é algo recente.³⁰

Nesse sentido, vários filósofos iluministas se indagavam “[...] o que faz do ser humano, um humano”.³¹ Atualmente, fala-se no teste de Turing, criado pelo matemático britânico Alan Mathison Turing, tido como o pai da computação, que trabalhou para a inteligência britânica durante a Segunda Guerra Mundial.

Referido teste busca estabelecer se uma máquina pode se utilizar de palavras ou outros sinais para manifestar pensamentos. É possível, entretanto, que arranjem e rearranjam textos, entretanto, não de forma a indagar ou responder como se pensasse por si.³²

Atualmente, entretanto, as máquinas podem não apenas se assemelhar aos humanos, assim como podem desenvolver racionalidade e autoconsciência, “[...] além de conseguirem aprender com o meio com a qual interagem”, possibilitado pelo desenvolvimento da IA e sua implementação nas máquinas.³³

Esses processos disruptivos causados pela evolução da tecnologia no âmbito do Direito devem ser analisados, pois as transformações advindas desses processos apenas serão adequadamente recepcionadas, para o bem ou para o mal, “[...] a partir de uma reflexão dos seus efetivos desdobramentos”.³⁴

As tecnologias proporcionam “[...] um óbvio e crescente melhoramento na qualidade da pesquisa jurídica, e implicam a afetação indireta da advocacia contenciosa, na medida em que se torna possível prever o desfecho de

³⁰ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência artificial no direito: uma realidade a ser desbravada. **Revista de direito, governança e novas tecnologias**, v. 4, n. 1, p. 01-16, jan-jun., 2018, p. 10.

³¹ *Ibid.*, p. 10.

³² *Ibid.*, p. 10.

³³ *Ibid.*, p. 10-11.

³⁴ *Ibid.*, p. 11.

determinados temas com um índice de acerto significativo”.³⁵

Assim, é imperiosa a constatação de que “[...] as transformações tecnológicas vêm como ferramenta de aperfeiçoamento e não como mero elemento de substituição da força intelectual de trabalho”³⁶. Trata-se de mais um fator que demonstra a necessidade da fixação de limites para a utilização da IA.

Até porque, muitas vezes, sequer a legislação tem tempo de se adaptar às novas tecnologias, em decorrência da velocidade com a qual surgem, de maneira que não se pode simplesmente absorver uma nova e revolucionária aplicação da IA sem prévia análise acerca de suas consequências.

3.2 A IA e a hermenêutica jurídica: problemas jurídico-filosóficos

Independentemente de se considerar a interpretação jurídica um esforço teórico-hermenêutico, um procedimento com princípios e etapas delimitadas ou apenas uma operação de dedução, voltada a subsumir um fato a uma regra, trata-se de uma operação eminentemente humana.

O uso da IA e dos *expert systems* no direito partem do pressuposto de que é possível contar com uma visão neutra da representação da realidade. Ocorre que, no direito, não se trabalha com leis causais, da mesma forma que não há perspectivas neutras ou desinteressadas.³⁷

Nesse sentido, o significado da norma só é alcançado após um processo interpretativo, no qual valores pessoais, dimensões culturais, éticas, sociais e emocionais desempenham papel decisivo. Trata-se da manifestação da textura aberta da linguagem jurídica.³⁸

A incerteza da linguagem pode ser reduzida, mas é impossível que seja totalmente eliminada. Em decorrência disso, a IA e os *expert systems* devem servir apenas de apoio e auxílio à decisão, mas não podem substituir a capacidade de avaliação e ponderação do órgão judicial.³⁹

³⁵ *Ibid.*, p. 11-12.

³⁶ *Ibid.*, p. 12.

³⁷ BELLOSO MARTÍN, Nuria. Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional. In: BAEZ, Narciso Leandro; MOZETIC, Vinicius Almada; BELLOSO MARTÍN, Nuria. (Coord.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba: Unoesc, 2015, p. 119-137, p. 132.

³⁸ *Ibid.*, p. 132.

³⁹ *Ibid.*, p. 132-133.

A neutralidade do intérprete é nada mais do que um mito, de maneira que não se pode esperar que um sistema informatizado dirigido a emular o pensamento humano, o seja. No mesmo sentido, ainda não se sabe se é possível simular o pensamento jurídico, especialmente quanto à sua linguagem, de maneira suficientemente fiel.

O argumento legal, contudo, é entendido como elemento, simultaneamente, de *justificação* da decisão e de *explicação* da relação lógica entre argumentos e pretensão. Ocorre que há juristas que buscam representar o conhecimento jurídico por meio de programas de computador.⁴⁰

Além disso, propõem o desenvolvimento de *softwares* capazes de simular decisões judiciais. Essa situação instaura um debate científico e filosófico acerca do *problema hermenêutico tecnológico*, “[...] em que a filosofia do Direito e informática jurídica se fundamentam”.⁴¹

Denota-se, nesse contexto, que o conflito entre o desenvolvimento da tecnologia e as questões de ordem filosófica, social e jurídica produz questões complexas “[...] e trazem a ideia de manipulação ou mesmo o surgimento do ciberespaço e da chamada realidade virtual”.⁴²

Formam-se pontes entre a filosofia do Direito e a informática jurídica, que não pode mais ser definida como “[...] essencialmente técnica, mas, sim, como contribuição crítica significativa, de caráter filosófico e jurídico”. É necessário, porém, fornecer saídas hermenêuticas para sua aplicação.⁴³

Até porque não se pode “[...] deixar a filosofia no pequeno reduto da metodologia jurídica, da lógica computacional ou para a “inteligência artificial”⁴⁴, pois é necessário utilizar esses pressupostos para analisar as possíveis consequências da aplicação dessas tecnologias no âmbito jurídico.

Em que pese a necessidade de o direito se encontrar em ininterrupta evolução, não se pode simplesmente incorporar ferramentas tecnológicas sem que sejam profundamente analisadas suas possibilidades no contexto

⁴⁰ MOZETIC, Vinícius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 437-454, dez., 2017, p. 452.

⁴¹ *Ibid.*, p. 452.

⁴² *Ibid.*, p. 452.

⁴³ *Ibid.*, p. 452.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 452.

do ordenamento jurídico no qual serão utilizadas.

4 AS POSSIBILIDADES DA IA NO DIREITO

No presente tópico serão tratadas algumas possibilidades de utilização da IA na seara jurídica, seja no que concerne às diversas atividades administrativas *lato sensu* que gravitam o processo judicial, seja em relação às suas aplicações como ferramenta de apoio à decisão judicial.

4.1 Utilizações administrativas

Inicialmente, em que pese a necessidade de fixação de limites éticos a várias possíveis utilizações da IA, trata-se de uma tecnologia que pode ser utilizada em relação a várias atividades jurídicas, tanto no serviço público quanto na iniciativa privada.

A área jurídica é apropriada para a operação desses sistemas, pois são regidas por normas e regulamentos constitutivos que podem ser aprendidos por algoritmos inteligentes. Assim, a possibilidade de aprender com dados jurídicos presentes ou futuros potencializa as informações desses sistemas.⁴⁵

Há, entretanto, o *paradoxo da possibilidade*, pois as máquinas trazem expectativas de benesses e de riscos. Mas a utilização da inteligência artificial avança enormemente, de forma que “[...] o debate sobre as possibilidades e implicações da Inteligência Artificial no mundo jurídico é vital”.⁴⁶

Se as operações que antes eram realizadas manualmente passaram a ser feitas por sistemas inteligentes, há tarefas difíceis no campo legal que, talvez, a IA não consiga, atualmente, desempenhar, o que não significa que parte do trabalho não possa ser desempenhado por um sistema informatizado.⁴⁷

A versatilidade da IA deve ser aplicada à seara jurídica para permitir sua utilização, inclusive, nas várias atividades administrativas que gravitam a interpretação e a aplicação do direito aos casos concretos, em relação a qual-

⁴⁵ TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38, n. 2, jul.-dez., p. 53-68, 2018, p. 64.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 65-66.

quer dos Poderes, contudo, especialmente, ao Judiciário.

Até porque a modernização da jurisdição não se refere apenas à contratação de novos servidores e magistrados, mas, sim, à racionalização dos trabalhos, mediante a racionalização dos trabalhos, a alocação e realocação de servidores, capacitação de pessoal e a simplificação de rotinas.⁴⁸

Para que seja possível alcançar a máxima eficiência operacional e a automatização do processo, reduzindo-se a interferência humana no processamento eletrônico dos autos, a tecnologia é uma ferramenta indispensável⁴⁹, inclusive, os procedimentos realizáveis por IA.

Em uma análise perfunctória, “[...]o Judiciário passou da utilização de papel e caneta para a máquina de escrever; desta, para utilização do computador, apenas como substituição da forma de escrita e, depois, começamos a utilizar os recursos computacionais”.⁵⁰

Na sequência, “[...] o processo se transformou do físico para o digital e, a partir daí, se implantou e ainda se implanta, paulatinamente, automação de rotinas, com o computador (sistema/*software*) substituindo gradativamente rotinas antes mecanizadas e burocráticas, desempenhadas por servidores”.⁵¹

Assim, “[...] a comunicação com a sociedade evolui e a utilização de novas tecnologias já se mostra presente em diversos Tribunais”. Nesse sentido, é possível identificar uma infinidade de utilizações para a IA na rotina judicial, desde os atos de construção até a elaboração de relatórios decisórios.⁵²

Desse modo, a utilização da IA para funções administrativas, acessórias à cognição judicial, demonstra ser extremamente conveniente, bem como não parece fazer com que surjam problemas éticos preocupantes, mesmo quanto à coleta de dados jurisprudenciais.

4.2 O *machine learning* e o suporte à decisão judicial

Em que pese a utilidade da IA e dos *expert systems* para as práticas ad-

⁴⁸ PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**, v. 17, n. 1, p. 142-199, jan.-jun., 2019, p. 154.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 154.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 154-155.

⁵¹ *Ibid.*, p. 155.

⁵² *Ibid.*, p. 172.

ministrativas que gravitam a atividade jurisdicional, é possível também que seja utilizada para facilitar as decisões, inclusive, tornando-as mais coerentes com a jurisprudência, todavia, sem a pretensão de onisciência.

Um agente onisciente seria capaz de saber todos os resultados de suas ações, possibilitando a ele agir com base nesse conhecimento. Sabe-se, porém, que é algo impossível. Desse modo, a IA, aplicada a qualquer ramo do conhecimento, não pode ter pretensão de onisciência.⁵³

Em regra, o conhecimento dependente de julgamentos sutis, “[...] não apenas de uma conduta que obedece cegamente às regras”. Assim, é necessário permanecer alerta quanto à possibilidade de se agregar a IA à estrutura do sistema parcial do direito.⁵⁴

Isso porque um sistema que comporta somente a entrada de dados (*inputs*) e a produção de informação (*outputs*), por meio de deduções. Até porque há “[...] um volume gigantesco de informação que está disponível no ambiente do sistema parcial do direito”.⁵⁵

Trata-se de um sistema excessivamente grande, que ultrapassa sua própria capacidade estrutural de selecioná-las e compreendê-las, pois “[...] há mais informações no ambiente do sistema que a capacidade do próprio sistema em utilizá-las”.⁵⁶

Nesse ponto, contudo, a IA pode ser uma forma de estruturar o sistema parcial do direito, tendo em vista sua “[...] capacidade para selecionar grandes quantidades de informações que circulam pelo ambiente do referido sistema, compreendendo-as e potencializando-as”.⁵⁷

Operaria, assim, “[...] como um Sistema de Suporte a Decisão Judicial que baseado na Inteligência Artificial contribui para o aumento da complexidade interna do sistema, permitindo que este realize com melhores probabilidades de êxito, a opção pela decisão correta”.⁵⁸

Assim, os sistemas inteligentes devem se voltar à utilização do conhe-

⁵³ TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Op. Cit., p. 60.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 60-61.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 61.

cimento “[...] para cumprir tarefas ou resolver problemas, aliado a capacidade de tirar proveito de associações e inferências para elucidar problemas complexos que são idênticos aos reais”.⁵⁹

Esse *expert system* seria “[...] um programa de computador (algoritmo inteligente) estruturado, desenvolvido e instruído com o objetivo de realizar uma determinada aplicação que se restringe a uma limitada fração do conhecimento humano”.⁶⁰

Decidira, portanto, a partir de experiências e as acumula em sua base de dados para futuro aprendizado, podendo ser ainda mais especializado quanto à sua capacidade de percepção. Além disso, a assimilação de comportamentos e padrões pode ser realizadas de forma intuitiva.⁶¹

Dessa forma, o sistema descobre novas táticas para solucionar os casos apresentados, sem que, para isso, tenha sido programado: “[...] o *Deep Learning* possibilita que o sistema se adapte a novas circunstâncias, extrapolando os padrões que lhe foram anteriormente programados”.⁶²

Assim, os *expert systems*, a partir do *machine learning*, são capazes de se aprimorar em relação à linguagem à qual são programados para emular. Trata-se de uma ferramenta extremamente interessante, especialmente para enfrentar o dinamismo das modificações dos entendimentos acerca do direito.

No Brasil, um exemplo de aplicabilidade de *expert systems* é “[...] elaboração de peças processuais pelo programa Dra. Luzia. Desenvolvido pela *Legal Labs*, seu objetivo é auxiliar procuradorias da Fazenda Pública ligadas ao ajuizamento de execuções fiscais”.⁶³

Além disso, há “[...] um projeto de pesquisa e desenvolvimento de aprendizado de máquina (*machine learning*) sobre dados judiciais das repercussões gerais do Supremo Tribunal Federal (STF)”, chamado *Victor*, desenvolvido pelo próprio STF, junto à Universidade de Brasília.⁶⁴

As utilizações da IA para facilitar, aprimorar e agilizar a prestação ju-

⁵⁹ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 62.

⁶¹ *Ibid.*, p. 63.

⁶² *Ibid.*, p. 63-64.

⁶³ PINTO, Henrique Alves. *Op. Cit.*, p. 48.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 48.

risdicionais são as mais diversas. Ocorre que, em relação à história do direito, ainda se trata de algo relativamente novo, de maneira que ainda há muito o que se analisar quanto à ampliação de seus usos pelo Poder Judiciário.

5 OS PROBLEMAS DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA ERA DA IA

No tópico a seguir apresentado serão tratados os principais problemas concernentes à possibilidade de utilização da IA na substituição dos juízes no momento de construir a cognição judicial e, em especial, da prolação de um provimento jurisdicional.

5.1 O problema do enviesamento

Tendo em vista que a neutralidade da decisão judicial é algo impossível, inclusive, para a IA ou para os *expert systems*, é necessário que sua utilização, mesmo que somente para auxiliar nas decisões judiciais, seja precedida de uma análise voltada à prevenção do *enviesamento*.

Os imperativos de eficiência do neoliberalismo processual e o desconhecimento da virada tecnológica no direito induzem ao encantamento pela simplificação das atividades jurídicas, que não se faz acompanhar, entretanto, por critérios de respeito a pressupostos jurídicos essenciais.⁶⁵

Os vieses cognitivos, apesar de serem comuns a qualquer decisão judicial, ocasionam danos se afetarem o entendimento dos juízes, “[...] pois fatores que não deveriam interferir no julgamento são levados em consideração, ainda que de forma inconsciente”.⁶⁶

O chamado *vies de confirmação* ou *confirmation bias* “[...] é um dos principais vieses cognitivos identificados pela doutrina com impacto no direito e caracteriza-se pela tendência de se buscar e interpretar informações que confirmem as concepções já previamente formadas pelo indivíduo”.⁶⁷

⁶⁵ NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov., 2018, p. 428.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 428.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 428.

Nesse sentido, “[...] o julgador tenderá a favorecer evidências que confirmem sua hipótese, descartando as que apontem para solução distinta”. É possível citar, também, o *efeito de ancoragem* ou *anchoring effect*, que dificulta o afastamento de uma primeira impressão ou dado.⁶⁸

Em que pese a existência de vários estudos cognitivos acerca do tema, muitos julgadores se consideram imparciais, não desenvolvendo técnicas para superar o enviesamento, chamadas de técnicas de *desenviesamento* ou *de-biasing*. A mesma situação pode ocorrer quanto à IA.⁶⁹

A utilização de máquinas, entretanto, pode trazer diversos benefícios à prática jurídica, como na realização de pesquisas, classificação e organização de informações, vinculação a precedentes e elaboração de contratos, mas atribuir-lhes função decisória pode ampliar as desigualdades nesse âmbito.⁷⁰

Poderia surgir um *decisionismo tecnológico*, pois, por mais enviesadas que sejam as decisões proferidas por juízes, há algum grau de acesso aos motivos, mesmo que sejam errados, subjetivos ou enviesados, demonstrando, assim, os fatores que os levaram a adotar determinada posição.⁷¹

Desse modo, “[...] ainda que decidam consciente ou inconscientemente por razões implícitas, suas decisões devem ser fundamentadas. Assim, em todos os casos, os afetados podem impugná-las e discuti-las”⁷². Assim, devem ser encontradas formas de prevenir o enviesamento nas decisões apoiadas em IA.

Mais do que isso, é importante que a construção desses programas seja apoiada e acompanhada por profissionais do direito, de todas as carreiras forenses, particulares e públicas, especialmente aquelas que lidam diretamente com o processo judicial.

Ocorre que, em decorrência da dinâmica do direito, uma das principais dificuldades para a utilização da IA no universo jurídico é a constante necessidade de atualização, “[...] que acaba ficando sob responsabilidade de

⁶⁸ Ibid., p. 428-429.

⁶⁹ Ibid., p. 429.

⁷⁰ Ibid., p. 430.

⁷¹ Ibid., p. 430.

⁷² Ibid., p. 430.

programadores ou outros profissionais de Tecnologia da Informação”.⁷³

Estes, em regra, “[...] não têm muita familiaridade e expertise no trato não só das fontes legais do sistema jurídico, como também das questões éticas, sociais, políticas e filosóficas que as permeiam”. Assim, “[...] o simples emprego de instrumentos automatizados não é capaz de evitar enviesamentos”.⁷⁴

Demonstra-se, portanto, mais um motivo para que se tenha cautela na absorção de ferramentas informáticas pela prática jurídica, especialmente no que concerne à decisão judicial, evitando a substituição do julgador humano pela aplicação de programas de IA.

5.2 A necessária *accountability*

Além do enviesamento, que não pode ser superado meramente pela utilização da IA, faz-se imperioso encontrar formas para que o destinatário do provimento jurisdicional seja capaz de compreender o caminho percorrido pelo programa computacional para chegar a determinada conclusão.

A utilização de ferramentas de *big data* na tomada de decisão ocorreu em decorrência da *evolução do poder computacional* das últimas décadas, mas a análise de dados jurídicos começou com o uso de estatísticas, após, do *machine learning* como ferramentas para tomada de decisão.⁷⁵

Trata-se da *virada empírica*, “[...] uma mudança de paradigma na forma da prática jurídica. Decisões legais geralmente são construídas com base no saber jurídico, na experiência e uma certa intuição do aplicador quando a solução para o caso”.⁷⁶

A atual utilização das tecnologias de *big data* na prática jurídica é uma continuidade desses trabalhos. Volta-se à tentativa de trabalhar com dados cada vez mais complexos, utilizando ferramentas para identificar correlações em textos legais, potenciais predições ou a probabilidade de sucesso em um caso.⁷⁷

⁷³ PINTO, Henrique Alves. Op. Cit., p. 49.

⁷⁴ Ibid., p. 49.

⁷⁵ PUGLIESE, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Op. Cit., p. 465.

⁷⁶ Ibid., p. 466.

⁷⁷ Ibid., p. 468.

Para tornar adequadas as tecnologias de *big data* são necessárias transparência e *accountability*. Além disso, “[...] os atores da área jurídica são pouco preparados para lidar com ferramentas tecnológicas, ainda mais com ferramentas de *big data*”.⁷⁸

A compreensão acerca do funcionamento das técnicas de análise de dados pode gerar dificuldade, inclusive, na compreensão dos resultados, prejudicando a transparência. Além disso, o indutivismo causa riscos quanto ao “[...] nível de *accountability* das decisões institucionais”.⁷⁹

Necessário lembrar que os profissionais forenses, em regra, não dispõem de formação especificamente voltada a prepara-los para compreender a lógica que permeia a linguagem computacional, especialmente em decorrência do dedutivismo que caracteriza a ciência do direito.

A implementação dessas ferramentas deve ser cuidadosa e precedida de amplo debate acerca das melhores formas de se realizar o *machine learning*, para reduzir, ao máximo, o enviesamento das máquinas, assim como para implementar mecanismos de *transparência algorítmica*.⁸⁰

Essa ferramenta é essencial para que seja possível entender o processo de tomada de decisões pelos sistemas de IA. Assim, é imperativo rediscutir o conteúdo dos princípios fundamentais, dirigindo-os ao controle dos poderes decisórios tecnologicamente embasados.⁸¹

A implementação de sistemas de IA de forma irrefletida, ou capturada por imperativos de eficiência ou mercantis dos fornecedores de serviços (*LegalTechs*), “[...] poderá lesar princípios constituidores do Estado Democrático de Direito, como o devido processo constitucional e o acesso à Justiça”.⁸²

Ocorre que as novas tecnologias como não predeterminam um único resultado, benéfico ou maléfico, de modo que os estudiosos e aplicadores do direito devem enfrentar o desafio de utilizar as tecnologias disruptivas, fixando pressupostos voltados à correção e à melhoria do sistema jurídico.⁸³

⁷⁸ *Ibid.*, p. 470.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 471.

⁸⁰ NUNES, Dierle. Op. Cit., p. 431.

⁸¹ *Ibid.*, p. 431.

⁸² *Ibid.*, p. 431-432.

⁸³ *Ibid.*, p. 432.

Desse modo, em que pese as vantagens relacionadas à incorporação de novas tecnologias à prática jurídico-processual, ainda há um longo caminho a se percorrer para que a utilização da IA pelas profissões forenses possa ser considerada segura o bastante para cumprir as normas processuais, especialmente, a segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *artificial intelligence* (AI), em suma, dirige-se a simular ou a emular o pensamento humano. Seus ramos de estudo, entretanto, não podem ser dispostos em um rol exemplificativo, em decorrência da célere evolução das ciências da informação, que deixa suas possibilidades permanentemente abertas.

Assim, apesar de ainda não existir uma inteligência artificial (IA) capaz de operar exatamente como uma mente humana, é que esta surja, dentro em breve, podendo, também, ser inserida em um sistema específico, dirigido a completar tarefas e objetivos pré-fixados. São esses os *expert systems*, voltados a auxiliar profissionais e estudiosos.

Nesse sentido, dirige-se a analisar dados de maneira mais precisa ou em grande quantidade, de modo que esses sistemas emulam a mecânica do pensamento humano, revertendo a lógica de indução, sendo capaz de abrir infinitas possibilidades para a evolução dessas ferramentas.

Apesar das horas de estudo, adequação e testes, fazendo com que esses programas alcancem altos preços, há características do pensamento humano que não podem ser emuladas ou simuladas pelos sistemas de IA, em que pese o infindável número de aplicações possíveis para essa tecnologia.

Uma delas é a compreensão da linguagem humana. Para tanto, algumas tecnologias se voltam a emular o funcionamento do cérebro humano, inclusive, por meio das denominadas *redes neurais*, que podem ser usadas para interpretar e reinterpretar signos, convertendo-os em linguagens diversas.

Apesar da constante evolução da tecnologia da informação, trata-se de uma ciência, com princípios e métodos próprios, de maneira que é imperioso impor limites éticos à sua utilização, inclusive, quanto à construção de ideias relacionadas à linguagem.

Dessa forma, a utilização da IA e dos *expert systems* no direito deve se adequar à linguagem jurídica e a normas e limites éticos, inclusive, os restritivos, especialmente em decorrência da evolução das ferramentas de informação, que tem sido capaz até mesmo de modificar, significativamente, a própria interação entre os seres humanos.

O direito deve absorver e lidar com essas questões, especialmente com a capacidade da IA de emular a linguagem forense, tornando imperiosa a definição de sua natureza jurídica material e processual, fixando limites de maneira preventiva. Nesse sentido encontra-se o denominado *teste de Turing*.

Destaque-se que a legislação, em regra, sequer tem tempo de se adaptar às novas tecnologias. Assim, não se pode absorver uma aplicação da IA sem uma análise consequencial, especialmente no que se relaciona à interpretação do ordenamento jurídico.

Mesmo que se possa ter essa impressão, a IA não é neutra, de forma que é preciso partir desse pressuposto para analisar as consequências sua utilização para simular a linguagem jurídica. Ocorre que ainda pode ser utilizada, sem grandes riscos, para uma infinidade de aplicações forenses.

Nesse sentido se encontram as diversas atividades administrativas que gravitam a decisão judicial, inclusive, o tratamento de dados jurisprudenciais. Ocorre que há a possibilidade de serem utilizadas para apoiar os provimentos jurisdicionais de maneira ainda mais profunda e específica.

Para tanto, o *machine learning* pode contribuir para o aprimoramento da IA e dos *expert systems* em relação à linguagem à qual se dirigem, fazendo com que seja uma ferramenta interessante na adequação da tecnologia ao dinamismo do direito. Ocorre que, historicamente, essas ferramentas são extremamente recentes.

Dessa forma, é imperioso prevenir o *enviesamento* eventualmente demonstrado pela aplicação dessas tecnologias. Nesse sentido, referidos programas devem ter sua construção apoiada e acompanhada por profissionais do direito de todas as carreiras forenses.

A cautela na absorção das ferramentas informáticas pela prática jurídica também deve se voltar ao estudo e à implementação de fórmulas para que o destinatário do provimento jurisdicional possa compreender o caminho

percorrido pelo programa para chegar a certa conclusão.

Especialmente em decorrência do fato de que os profissionais forenses, em regra, não dispõem de formação tecnológica específica, apesar das vantagens quanto à incorporação de novas tecnologias à prática jurídico-processual, há um longo percurso para se chegar à segurança na utilização da IA.

REFERÊNCIAS

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional. In: BAEZ, Narciso Leandro; MOZETIC, Vinicius Almada; BELLOSO MARTÍN, Nuria. (Coord.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba: Unoesc, 2015, p. 119-137.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Inteligência artificial e direito. **Direito & TI**, p. 1-4, 2015.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência artificial no direito: uma realidade a ser desbravada. **Revista de direito, governança e novas tecnologias**, v. 4, n. 1, p. 01-16, jan-jun., 2018.

MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?** Stanford: Stanford University, 2007.

MOZETIC, Vinicius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 3, p. 437-454, dez., 2017.

NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v. 285, p. 421-447, nov., 2018.

PALACE, Victor. What if artificial intelligence wrote this? Artificial Intelligence and Copyright Law. **Florida Law Review**, v. 71, p. 217-242, 2019.

PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 225, p. 43-60, 2020.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**, v. 17, n. 1, p. 142-199, jan.-jun., 2019.

PUGLIESE, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de *big data* na prática jurídica. **Revistada Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 453-482, jul.-dez., 2015.

SEARLE, John. **The mystery of consciousness**. New York: New York Review of Books, 1997.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38, n. 2, jul.-dez., p. 53-68, 2018.

URWIN, Richard. **Artificial intelligence: the quest for the ultimate thinking machine**. London: Arcturus, 2016.

MÉTODO APAC: UM CAMINHO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL

*Gilmar Siqueira*¹

*Amerita de Lázara Menegucci Geronimo*²

RESUMO

O propósito deste artigo é abordar a alternativa oferecida pelo método APAC ao sistema prisional atual. Esse método humanista trata de recuperar os presos pela valorização da dignidade humana. O que se abordará no primeiro tópico deste artigo é a alternativa oferecida pelo método APAC em relação ao sistema prisional atual. No segundo tópico do artigo, se analisará como um dos fundamentos do método APAC, a assistência jurídica, materializa tanto a assistência jurídica disposta na Lei de Execução Penal quanto o comando da Constituição Federal que trata do mesmo tema. Ver-se-á que a assistência jurídica oferecida pelo método APAC constitui autêntica manifestação do acesso à justiça, no amplo sentido da expressão. Por fim, se verá que papel poderão ter as inovações tecnológicas dentro do âmbito da educação no sistema prisional e, mais especificamente, no método APAC. É necessário analisar se a inovação pode contribuir para a recuperação das pessoas presas e em que medida a educação também pode ser considerada como meio de acesso à justiça no método APAC.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penitenciário; Acesso à Justiça; Método APAC; Educação; Tecnologia.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.
E-mail: gilmarsiqueira126@gmail.com.

² Advogada. Mestranda em Direito e Estado, linha de pesquisa “Acesso à Justiça e Inovação Tecnológica” no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Marília-SP (2020 - 2022). Bolsista PROUNI. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2015 - 2020). Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2017/2018. E-mail: amerita.menegucci.am@gmail.com

INTRODUÇÃO

O objetivo do método APAC é preparar as pessoas que cumprem uma condenação penal para o reingresso no seio da sociedade uma vez findo o cumprimento da pena. Essa ressocialização do condenado – que, no método APAC, passa a ser um recuperando – é vista como consequência de uma abordagem e um tratamento mais profundamente humano, isto é, por meio da consciência que a pessoa adquire da responsabilidade de seus atos e a necessidade de assumir essa responsabilidade.

Partindo dessa ideia, o que se abordará no primeiro tópico deste artigo é a alternativa oferecida pelo método APAC – com ênfase na dignidade humana e no tratamento personalizado dos presos – em relação ao sistema prisional atual. A partir de um quadro geral do sistema prisional se verá como o método APAC vem atuando com o objetivo de cumprir com maior efetividade a Lei de Execução Penal. Seus doze fundamentos são todos baseados na própria LEP.

No segundo tópico do artigo, se analisará como um dos fundamentos do método APAC – a saber, a assistência jurídica – materializa tanto a assistência jurídica disposta na Lei de Execução Penal quanto o comando da Constituição Federal que trata do mesmo tema. Ver-se-á que a assistência jurídica oferecida pelo método APAC constitui autêntica manifestação do acesso à justiça, no amplo sentido da expressão. Para que isso ocorra é fundamental que o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB e a comunidade participem ativamente do cumprimento da pena.

Por fim, se verá que papel poderão ter as inovações tecnológicas dentro do âmbito da educação no sistema prisional e, mais especificamente, no método APAC. É necessário analisar se a inovação pode contribuir para a recuperação das pessoas presas e em que medida a educação também pode ser considerada como meio de acesso à justiça no método APAC.

1 A INSERÇÃO DO MÉTODO APAC NO SISTEMA PRISIONAL ATUAL

O sistema prisional existe com o objetivo de cumprir a sentença ou decisão criminal, de acordo com o artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP) e,

ainda, oferecer condições para que o condenado ou internado seja capaz de, uma vez cumprida a pena, conseguir se reinserir na sociedade. Para que isso seja possível, a LEP trata da assistência aos internados e presos como dever do Estado:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

Da leitura do artigo 10 da LEP se entende que o cumprimento da pena abrange também a prevenção da criminalidade, isto é, a lei almeja que durante o cumprimento da pena as medidas sejam, ao mesmo tempo, punitivas e de recuperação: é preciso punir e concomitantemente ajudar a pessoa na sua ressocialização. Apesar de ser esse o ideal e a imposição legislativa, a vivência da execução penal é outra. Por essa razão Mário Ottoboni (2004, p. 96) denuncia que:

Trata-se de uma fraude social não cuidar da socialização da pessoa que errou e que, por isso, foi privada da liberdade. É um embuste contra a sociedade ludibriada com o elevado índice de reincidência e com o crime organizado nos presídios, atemorizando a própria polícia.

No entanto, quando o Estado não consegue sequer manter padrões mínimos de dignidade dentro dos presídios, falar em ressocialização é bastante difícil. O cárcere, então, se torna na verdade estímulo para que o preso volte a delinquir. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no RE n.º 580.252/MS fixado, para o tema 365 da repercussão geral se manifestou no seguinte sentido:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (BRASIL, 2017).

Assim, o STF demonstrou que o resguardo dos direitos humanos das pessoas presas é fundamental para que exista a possibilidade de ressocialização que deveria ser oferecida a todos os presos, conforme o comando da Lei de Execução Penal. No âmbito da execução penal, foi necessário que se estabelecessem normas a fim de que as normas anteriores fossem cumpridas, valha a redundância. Luiz Carlos Rezende Santos (2011, p. 37) explica essa circunstância:

Também foi preciso uma norma para indicar que o preso tem direito à assistência jurídica, ou seja, tem direito a acompanhamento de seu processo e, por certo, de receber tratamento digno e julgamento justo nos incidentes de execução. Foi necessário esclarecer que ao preso é dado o direito à assistência educacional, no mínimo para sua alfabetização, além de assistência social e religiosa, para que não perca a relação com o mundo exterior e possa se preparar para o melhor convívio social, após terminada sua passagem pela prisão. Ora, essas pessoas, mesmo presas ou internadas, são seres humanos normais, como os que estão em liberdade, e, portanto, gozando dos mesmos direitos, por isso não seria necessária uma Lei para contemplar a assistência proclamada.

Apesar de tudo isso, após mais de uma década como Juiz de Execução Penal, o dia a dia me ensinou que a Lei foi boa e necessária. Afinal, como já dito, existe uma cultura de que o preso não pode ter ou receber certo tipo de assistência, sendo que, por vezes e pelo fato de isso persistir por anos a fio, se chega a pensar que o correto é o abandono. Daí ser surpreendente quando alguém lembra que o preso também é gente e não pode ser tratado como animal irracional.

A pena tem como principal objetivo fazer com que o criminoso se arrependa, assuma responsabilidade por seus erros e assim possa voltar ao convívio social. Mas isso não significa que ele deva ser tratado como um pária, feito criatura menos que humana. Infelizmente, é difícil imaginar o arrependimento e a reconciliação da pessoa – consigo mesma e com a comunidade – no sistema prisional atual. Porque só uma pessoa – e não outra criatura com *status* ontológico inferior – pode se arrepender: precisamente por ser humano é que o sentenciado cometeu um crime, precisa pagar por ele e também precisa que lhe seja dada a possibilidade de se arrepender e ser perdoado.

Dentro da pena criminal, essa possibilidade em grande medida precisa ser dada pelo Estado; não o Estado como agente burocrático e abstrato, mas por meio das pessoas que o compõem, isto é, de seus agentes que trabalharão na recuperação dos presos. Assim, Mário Lúcio Garcez Calil e César Augusto Luiz Leonardo (2019, p. 182) ressaltam que:

Nesse contexto, até mesmo o encarceramento por condenação criminal justifica uma relação sinalagmática entre o Estado e o apenado: se deste é cobrada a expiação de seus crimes por meio da punição consistente na privação de sua liberdade, bem como a reconquista da confiança da sociedade, deve aquele ser capaz de prover os meios necessários para tanto.

Outro cenário que impossibilita o real cumprimento da pena, neste sentido de expiação e ressocialização de que se está a falar, é a superlotação nos estabelecimentos prisionais.

Vale anotar, por oportuno, que no Brasil faltam vagas até em estabelecimentos de grande porte. Uma triste realidade é aquela de milhares de pessoas presas, cumprindo pena definitiva em carceragens de delegacias de polícia, local absolutamente impróprio para isso. Sabe-se que as delegacias de polícia deveriam funcionar como centros de passagem para encaminhamento dos presos para a cadeia pública, quando provisórios, ou para as penitenciárias para cumprimento de pena definitiva. Dada a manifesta falta de estrutura das delegacias de polícia e das cadeias públicas, a situação dessas pessoas torna-se ainda mais aguda e delicada. (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p. 169).

Apontar as falhas e até mesmo a mentalidade que está por trás delas é um passo importante para corrigir o que há de errado no sistema prisional atual; mas é apenas um passo e não o único. Por essa razão, após a constatação das falhas e da impossibilidade de se recuperar a pessoa presa nas circunstâncias carcerárias atuais, foi criado o método APAC. Este método tem por objetivo a melhor aplicação da Lei de Execução Penal e não a sua revogação:

Se observarmos os doze pilares do Método APAC [...] veremos que todos eles se baseiam na Lei de Execução Penal, e foram pensados em benefício do recuperando e da sociedade, que receberá esse detento transformado. (D'AGOSTINI; RECKZIEGEL, 2016, p.28).

É importante mencionar que o método APAC, portanto, surgiu de uma leitura atenta da Lei de Execução Penal e da vivência de pessoas que já trabalhavam para a melhora do sistema carcerário e conheciam de perto a sua realidade. A sigla APAC quer dizer Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. A APAC consiste em um sistema humanizado de cumprimento de pena que se realiza por meio de um método, cuja base está em seus doze fundamentos, que são:

1. A participação da Comunidade;
2. O recuperando ajudando o recuperando³;
3. O trabalho;
4. Assistência Jurídica;
5. Assistência à saúde;
6. O voluntário e o curso para sua formação;
7. Valorização Humana;
8. Espiritualidade;
9. Jornada de Libertação com Cristo;
10. Mérito;
11. Centro de Reintegração Social – CRS;
12. A família.

³ *Recuperando* é o termo utilizado para designar o preso no sistema APAC. Representa a busca pela recuperação do homem em várias dimensões: no campo da saúde, da educação, da instrução, da profissionalização, da valorização humana, da religião, da espiritualidade. (OTTOBONI, 2001, p. 99).

Tais fundamentos, enunciados assim de modo abstrato e isolado, são na verdade aplicados em conjunto durante o processo de recuperação levado a cabo pelo método APAC: não se pode entender nenhum deles isolado do outro. Na APAC, cada preso é tratado individualmente e pelo nome; suas histórias de vida e suas famílias são conhecidas pelos funcionários e voluntários que aplicam o método. Por isso a APAC almeja promover uma restauração da pessoa em todas as suas dimensões, por meio do reconhecimento da dignidade, que “não é um direito, mas um atributo intrínseco a todo ser humano” (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p. 166). O sistema prisional, que tem por objetivo reparar injustiças, ao se esquecer da dignidade humana daqueles que estão sob sua custódia também acaba por promover uma injustiça. A consequência disso é o ressentimento:

Una injusticia no reparada es una cosa inmortal. Provoca naturalmente en el hombre el deseo de venganza, para restablecer el roto equilibrio; o bien la propensión a responder con otra injusticia; propensión que puede llegar hasta la perversidad, a través del afecto a que llaman hoy resentimiento.⁴ (CASTELLANI, 1978, p. 349).

O ressentimento nasce de uma injustiça, independentemente de a vítima ter cometido ou não antes outra injustiça contra alguém. “O crime repercute despedaçando não apenas a vida da vítima, da família e da comunidade, mas também do próprio criminoso” (SIQUEIRA; COSTA; CACHICHI, 2019, p. 281). Se o sistema prisional, por exemplo, é incapaz de atuar na recuperação e no incentivo ao arrependimento, se antes consiste em uma “universidade do crime” (FERREIRA, 2017, p. 23; PEREIRA, 2006, p.189), então, os únicos pensamentos das pessoas presas estarão voltados ao ressentimento. A punição é necessária, mas precisa ter por fundamento a recuperação. Por isso o método APAC almeja:

⁴Tradução livre do original: *Uma injustiça não reparada é uma coisa imortal. Provoca naturalmente no homem o desejo de vingança, para restabelecer o equilíbrio rompido; ou bem a propensão a responder com outra injustiça; propensão que pode chegar até a perversidade, através do afeto a que chamam hoje ressentimento.*

[...] punir, mas com total respeito à dignidade, para, sobretudo, restaurar o ser humano. Promover a valorização humana, e não a desvalorização. É preciso que o condenado pague pelo que fez. Que tenha a consciência do erro, de sua consequência e da responsabilidade para com a sociedade. Mas é preciso também que tenha sua autoestima devolvida, que tenha referências positivas, baseadas em valores sólidos e fraternos, de modo que deixe de enxergar na criminalidade sua única e inevitável possibilidade de existência. (CARVALHO, 2016, p. 14).

Além disso, “quando o recuperando chega à APAC a sua vida e dos familiares em regra também está em frangalhos” (SIQUEIRA; COSTA; CA-CHICHI, 2019, p. 281). A autêntica punição, portanto, só pode ocorrer dentro de um contexto de dignidade humana. A dignidade tem *status* ontológico na pessoa; só uma pessoa digna pode cometer um erro, se arrepender e recomeçar. É impossível tratar de punição e recuperação quando se ignora a dignidade humana.

[...] en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, reconocidos, pero no otorgados por la sociedad.⁵ (HERVADA, 1993, p. 655).

A recuperação que o método APAC busca promover não exclui a ideia de punição, complementa-a, na verdade. Porque a punição consiste, ao mesmo tempo, numa tentativa de retribuição pela falta cometida (o que nem sempre é possível) e na consciência por parte daquele que a cometeu de que falhou e precisa se redimir. Ottoboni (2001, p. 109) lembra “que o preso é um penitente porque, condenado a cumprir a pena, faz penitência. Trata-se de um período de introspecção, de se voltar para dentro de si, de fazer uma revisão

⁵ Tradução livre do original: [...] no fundo se trata de ter consciência da dignidade objetiva da pessoa humana, de que o homem não pode ser tratado ao arbítrio do poder e da sociedade, porque é objetivamente um ser digno e exigente, portados de uns direitos em virtude de sua dignidade, reconhecidos, mas não outorgados pela sociedade.

de vida, de emenda”. O preso, portanto, é isolado – excluído – do convívio de seus conhecidos para que possa olhar dentro de si, compreender o próprio erro e em seguida voltar para a sociedade, para a sua comunidade mais concretamente. No entanto, dizer que o preso é isolado não pode significar que nesse isolamento ele deixe de ser pessoa e muito menos que ele tenha deixado de fazer parte da comunidade. Ainda sobre a dignidade no método APAC, Rogério Cangussu Dantas Cachichi (2019, p. 64) comenta que:

Estando a crença íntima de que os direitos dos outros devem ser respeitados deve estar incutida no recôndito do recuperando, quando ele estiver fora da APAC, aflorará dele um autocontrole interno (íntimo) a reprimir aqueles comportamentos que dantes o levaram à prisão e a estimular outros, virtuosos, de cultivo à alteridade, de respeito à família, à comunidade local da qual faz o egresso parte e à sociedade em geral.

O Método APAC mostra, ainda, aos presos – recuperandos – que são seres humanos como os demais e que, por essa razão, também são dignos de perdão e podem ter uma segunda ou terceira chance. Assim, quando o preso é tratado com dignidade e respeito – e muitos deles, dentro da APAC, o são pela primeira vez – ele aprende que as outras pessoas também podem ser tratadas da mesma forma. O método APAC ensina que a liberdade humana também engloba a liberdade de arrependimento, porque “quitarle a un hombre la oportunidad de arrepentirse es quitarle la esperanza de volver a ser hombre” (SIQUEIRA, 2020, p. 42).

A mera possibilidade de se arrepender e de retomar a vida exige que a pessoa seja parte de uma comunidade, esteja sempre em contato com ela, fale com todas as pessoas numa linguagem comum e reconheça na vivência do outro a sua própria vivência. Mas, uma vez que a pessoa está afastada dessa vida em comum, que parece mesmo completamente estranha a ela, se algum dia vier a ferir outra, talvez nem sequer possa imaginar que essa outra pessoa ferida seja um semelhante. “O recuperando pode, através do arrependimento, lembrar-se de que, sendo pessoa portadora de dignidade, deve assumir o controle de sua vida apesar das circunstâncias adversas” (CACHICHI, 2019, p. 226-227). Não é exagerado dizer que o arrependimento pode

resultar do tratamento digno recebido e da misericórdia:

Somente quando o preso sente a presença de alguém que lhe oferece uma amizade sincera, dessas que não exigem compensações ou retornos, é que se inicia o processo de desalojamento das coisas más armazenadas em seu interior e a verdade começa a assumir o seu lugar, restaurado, gradativamente, a autoconfiança, revitalizando os seus próprios valores. Isso se chama libertação interior. (OTTOBONI, 2012, p. 59).

Em resumo, somente quando o preso é tratado como pessoa ele responde, age e se comporta como tal. A experiência do método APAC tem mostrado isso: o recuperando começa a confiar quando também confiam nele. Quando ele passa a ter consciência de sua dignidade, passa a conhecer também seus próprios direitos e os direitos dos demais. O método APAC dá aos seus recuperandos o acesso à justiça enquanto valor. Sobre esse aspecto especificamente versará o segundo ponto do presente artigo.

2 O MÉTODO APAC COMO MATERIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA OS APENADOS

No já citado artigo 11 da Lei de Execução Penal, mais precisamente em seu inciso III, está disposto que uma das assistências que o Estado tem por dever prestar aos presos e internados é a assistência jurídica. Tal inciso, sem dúvida, pretende realizar a garantia ao acesso à justiça presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Também no primeiro tópico deste trabalho foram citados os doze fundamentos do método APAC e, dentre eles, está a assistência jurídica; sua importância é tamanha que, para Ottoboni e Ferreira (2017, p. 73), ela “deve ser considerada a espinha dorsal da metodologia, visto que a privação da liberdade contraria *in totum* a natureza humana, que foi criada para ser livre”. É importante lembrar que:

Within the general meaning of access to justice as the right to a judicial remedy before an independent court of law, a narrower and more technical definition of justice can be found in the constitutions of countries that had past experiences of

non-democratic regimes or periods of systematic violations of civil liberties. In these constitutions the term ‘justice’ is sometimes understood as the ‘natural judge’, *ie* the court or tribunal which is pre-constituted to hear a given class of civil or criminal cases, as opposed to ad hoc or special tribunals, often used as instruments of the executive in the pursuit of political objectives⁶. (FRANCIONI, 2007, p. 68).

Desse modo, não se pode confundir o acesso à justiça apenas com o acesso ao Poder Judiciário, embora muitas vezes esse último acesso possa ser a única manifestação do primeiro no caso concreto. Em se tratando daqueles que cumprem pena privativa de liberdade, não foi em vão que a Lei de Execução Penal – e, seguindo-a, também o método APAC – garantiu a assistência jurídica. “Cuida-se de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito aos acusados em geral, incluindo, à evidência, aqueles condenados”. (CACHICHI, 2019, p. 194). A garantia segue a diretriz constitucional, pois:

A Constituição, outrossim, não se limita a estabelecer apenas o direito de assistência judiciária (a gratuidade de acesso ao Poder Judiciário, por meio da isenção das custas e demais emolumentos processuais), mas passa a preconizar a assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem renda suficiente, conforme dispõe o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República (Brasil, 1988). (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 149).

Dentro de seu objetivo de recuperação total da pessoa, o método APAC – como se tem enfatizado neste trabalho – busca coibir os abusos aos direitos que, pelas mais diversas razões, acometem aqueles que cumprem pena dentro do sistema prisional atual. Desse modo, é fundamental que o método possibilite também aos seus recuperandos o acesso à justiça:

⁶ Tradução livre do original: *Dentro do sentido geral de acesso à justiça como o direito ao remédio judicial ante uma corte legal independente, uma definição mais estreita e técnica da justiça pode ser encontrada em constituições de países que tiveram experiências passadas de regimes não democráticos ou períodos de violações sistêmicas de liberdades civis. Nessas constituições o termo ‘justiça’ é às vezes entendido como ‘juiz natural’, isto é, a corte ou tribunal pré-constituídos para tratar de casos civis ou criminais, em contraposição aos tribunais especiais ou ad hoc, muitas vezes usados pelo executivo como instrumentos na persecução de objetivos políticos.*

Não faria sentido, afinal, que se aplicasse um método que promettesse assegurar os direitos tão insistentemente violados, mas, em contraponto, se deixasse de prestar a devida assistência apta a permitir a concretização desse objetivo. (ESTEVÃO *et al.*, 2018, p. 116).

É importante mencionar, no caso do cumprimento de pena, que os condenados já passaram pelo Poder Judiciário e, como manda a Constituição, tiveram defesa e a garantia do devido processo legal. Como, porém, o acesso à justiça abrange mas não se esgota no acesso ao judiciário, a garantia ao acesso à justiça em sentido amplo deve persistir também ao longo de todo o cumprimento da pena. Nesse sentido, Maria Tereza Aina Sadek (2014, p. 57) comenta que:

A efetiva realização dos direitos não é, contudo, uma decorrência imediata da inclusão do direito de acesso à justiça na Constituição e em textos legais. Muito embora a legalidade provoque impactos na sociedade, sua extensão e profundidade dependem fundamentalmente de variáveis relacionadas a situações objetivas e do grau de empenho dos integrantes das instituições responsáveis pela sua efetividade.

Quando se menciona o cumprimento de pena, a primeira instituição em que se pensa para sua efetividade é o Poder Judiciário. Isso é em parte correto, mas há ainda outros atores essenciais para a boa realização do cumprimento da pena, isto é, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB e a própria comunidade. No método APAC, mais especificamente, a participação da comunidade é essencial, pois:

[...] uma das implicações desse elemento fundamental diz respeito ao movimento de criação da APAC que deve partir em princípio não daquelas autoridades dos órgãos da execução penal interessados em cumprir de modo eficaz o que determina a lei com custo reduzido, mas da própria comunidade que almejando a tais finalidades, conscientiza-se de que a constituição da APAC no seu seio produzirá bons resultados em prol da própria comunidade, em prol do ressocializando, em prol das próprias vítimas. (CACHICHI, 2019, p. 123).

Mário Ottoboni (2001, p. 117) menciona ainda que a participação da comunidade “é um dos fatores decisivos para o sucesso da preparação do preso para voltar ao seu convívio”. Por isso, o método APAC tem procurado se constituir em estabelecimentos prisionais menores e contando com o expresse apoio da comunidade, não só no sentido de que esta consinta na existência da APAC, mas na efetiva colaboração por meio de voluntários. Em grandes presídios essa participação se torna bem mais difícil:

A participação da sociedade é difícil em grandes presídios e enormes unidades prisionais, nas quais, pela quantidade de presos, a segurança precisa ser extremamente intensa. Inclusive porque, normalmente, são lugares em que se albergam presos de máxima periculosidade. Isso torna de balde qualquer tentativa de acesso da comunidade ao presídio, fazendo com que um muro – não só físico, mas moral e espiritual – seja verdadeiramente erigido entre preso e sociedade, aumentando a sensação de marginalização e de medo. Presídios locais e menores ajudariam a mudar a mentalidade de exclusão tão presente no senso comum de hoje. (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p. 174).

A participação da comunidade não é nenhuma novidade teórica (ainda que talvez o seja, na prática) trazida pelo método APAC; na verdade ela está positivada no artigo 4º da Lei de Execução Penal: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Essa participação é importante para que os presos não percam o contato com sua comunidade, para a qual retornarão após o cumprimento da pena. Ademais, o papel da comunidade como um dos atores importantes para o efetivo cumprimento da pena também pode ser visto como consectário do acesso à justiça em seu sentido mais amplo, isto é, o de acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128).

[...] a APAC, ao se propor a concretizar tais objetivos acabou abrangendo outros mais amplos, como o de modificar a cultura da sociedade sobre o condenado e por consequência sobre a pena e o direito penal, transformando-se em agente de profunda transformação social, por acreditar que o preso, por pior

que seja o crime que tenha cometido, não perde a condição de ser humano nem deixa de ser cidadão (todo homem é maior do que o seu erro e a sua culpa). (CARVALHO, 2009, p. 156).

Para além disso, Rogério Cangussu Dantas Cachichi (2019, p. 194) salienta que a assistência jurídica aos recuperandos da APAC é promovida pelos voluntários do método e também por meio de convênios estabelecidos com a OAB. Ainda, o papel da Defensoria Pública no cumprimento da pena e na assistência jurídica dada aos presos é mencionada nos artigos 15 e 16 da Lei de Execução Penal.

A atuação da Defensoria Pública no cenário jurídico atual mostra-se fundamental direito fundamental do acesso à justiça, esse que pode ser como o requisito fundamental de um sistema jurídico garantidor dos direitos de todos. Enquanto instituição responsável pela materialização do direito fundamental do acesso à justiça, integral e gratuita, posiciona-se, além de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, como expressão e instrumento do regime democrático. A sua legitimidade decorre da Constituição, a partir dos arts. 134 e 5º, inciso LXXIV, que possuem conceitos jurídicos indeterminados, como o termo “necessitados” e “insuficiência de recursos”. (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 160).

Mesmo num contexto em que os estabelecimentos prisionais – no caso do método APAC – sejam menores e que haja apoio tanto da comunidade quanto da OAB, a Defensoria Pública ainda conserva seu papel importante de proteção aos presos em sua situação de vulnerabilidade para que seja possível lhes garantir o acesso à justiça. Assim, também dentro da execução penal, a Defensoria Pública atua no papel de *custus vulnerabilis* (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 156).

Como se viu, o método APAC almeja dar autêntico cumprimento à Lei de Execução Penal e, em seus doze fundamentos – mais especificamente na assistência jurídica –, garante o acesso à justiça aos recuperandos. Para que isso ocorra, no entanto, é fundamental que atuem em colaboração no cumprimento da pena o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB e a própria comunidade.

3 A EDUCAÇÃO COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA NO MÉTODO APAC ANTE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Além da assistência jurídica, a Lei de Execução Penal prevê a assistência educacional como um dos elementos importantes na ressocialização do preso. No entanto, por muitas das circunstâncias mencionadas neste artigo, a assistência educacional acontece com dificuldades no sistema prisional atual. No método APAC, todavia, por seu tratamento personalizado e pela proximidade dos funcionários e voluntários com os recuperandos, a educação é bastante valorizada.

Neste tópico do artigo não se tratará da educação em amplo sentido no método APAC, mas acerca de como ela pode ser também um meio para o acesso à justiça dos recuperandos mais especificamente em sua relação com a tecnologia. A própria Lei de Execução Penal, em seu artigo 18, parágrafo 3º, dispõe:

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Esse comando legislativo é bastante importante e, no presente contexto, necessário. A educação à distância e as novas tecnologias podem auxiliar imensamente os presos do sistema prisional atual e os recuperandos do método APAC. A educação, mesmo a formação profissional, pode auxiliar os recuperandos em sua percepção da cidadania:

O termo 'cidadania' é abrangente e não se limita aos direitos políticos, mas abarca a noção da consciência do indivíduo sobre o seu pertencimento à sociedade estatal e sobre a sua titularidade de direitos fundamentais, em profunda ligação com a dignidade da pessoa humana. A cidadania viabiliza ao ser humano tornar sujeito de direitos e, assim, tornar não um mero componente da sociedade, mas um ativo participante dos rumos das decisões políticas, o que lhe permite contribuir para o aperfeiçoamento da sociedade. Para tanto, a cidadania requer providências estatais para a efetivação no plano prático de seus postulados. (NASCIMENTO, 2013, p. 292).

No método APAC, o contato humano é essencial; uma das razões para isso é que tal proximidade não ocorre no sistema prisional atual. Essa proximidade, portanto, não pode ser perdida de modo algum. Ademais, as inovações tecnológicas estão em todos os lugares e, com elas, o ser humano pode tender a perceber como naturais elementos que na verdade custaram um grande trabalho até que puderam ser desenvolvidos. Julián Marías (1947, p. 42) já no século passado atentava para o fato de que:

La técnica aparece al hombre de nuestros días como un horizonte de posibilidades ilimitadas; en principio, nada queda excluido; nadie se atrevería a decir con mucha seguridad que es imposible la más estupenda hazaña técnica que se enuncie. El hombre de mediados del siglo XX está en la creencia de que el alcance de la técnica es indefinido e imprevisible; es decir, que con la técnica lo puede «todo», pero con lo que no puede es con la técnica⁷. (Destiques do autor).

A educação no sistema prisional, portanto, pode aproveitar também as inovações tecnológicas. Isso inclusive já ocorre em presídios onde são oferecidos cursos à distância para a capacitação profissional. E também na APAC: “Em algumas APACs, entidades educacionais prestam serviços gratuitamente, inclusive via EAD, mediante convênio, o que encontra respaldo legal no art. 20 da LEP e art. 8º do Regulamento Administrativo.” (CACHICHI, 2019, p. 190). É importante mencionar que:

Os novos instrumentos deveriam servir prioritariamente para valorizar a cultura, as competências, os recursos e os projetos locais, para ajudar as pessoas a participar de coletivos de ajuda mútua, de grupos de aprendizagem cooperativa etc. Em outras palavras, na perspectiva da cibercultura assim como nas abordagens mais clássicas, as políticas voluntaristas de luta contra as desigualdades e a exclusão devem visar o gan-

⁷ Tradução livre do original: *A técnica aparece ao homem de nossos dias como um horizonte de possibilidades ilimitadas; em princípio, nada fica excluído; ninguém se atreveria a dizer com muita segurança que é impossível a mais estupenda façanha técnica que se enuncie. O homem de meados do século XX está na crença de que o alcance da técnica é indefinido e imprevisível; isto é, que com a técnica se pode «tudo», mas com o que não se pode é com a técnica.*

ho em autonomia das pessoas ou grupos envolvidos. Devem, em contrapartida, evitar o surgimento de novas dependências provocadas pelo consumo de informações ou de serviços de comunicação concebidos e produzidos em uma óptica puramente comercial ou imperial e que têm como efeito, muitas vezes, desqualificar os saberes e as competências tradicionais dos grupos sociais e das regiões desfavorecidas. (SALDANHA; MEDEIROS, 2018, p. 7).

Dentro do contexto da educação no sistema prisional, mais especificamente no método APAC, se pode entender que as novas tecnologias – principalmente as que estão ligadas ao ensino à distância – podem ter um papel bastante importante. A educação à distância pode contribuir enormemente na capacitação profissional. Sem embargo, é necessário que não se perca a proximidade e o tratamento personalizado promovido pela APAC: grande parte da educação em cidadania oferecida pelo método e a própria consciência dos recuperandos de seu acesso à justiça, advém do contato pessoal com os voluntários e funcionários da APAC – algo que, pelas características impessoais, é mais difícil de acontecer dentro do sistema prisional atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo procurou mostrar, primeiro, como o objetivo da pena criminal é tanto o de reparar o erro cometido quanto o de recuperar a pessoa que o cometeu. No entanto, não se pode falar em retribuição nem recuperação quando a dignidade humana dos presos é deixada de lado.

O abuso aos direitos dos presos, portanto, não pode ser considerado como punição justa pelos delitos cometidos. No entanto, o sistema atual não tem conseguido dar conta da manutenção dos direitos dos presos e muito menos de sua recuperação. Com o objetivo de fazer com que a Lei de Execução Penal fosse cumprida, nasceu o método APAC – um método humanista do cumprimento da pena que tem por base doze fundamentos e o apoio nas virtudes humanas.

A alternativa oferecida pelo método APAC é, por assim dizer, uma crítica prática do sistema prisional atual: enquanto mostra quais são as falhas

e os motivos porque acontecem, realiza o seu trabalho de recuperação. Dentre os doze fundamentos do método está a assistência judiciária que, pelo tratamento personalizado da APAC, consiste autêntico acesso à justiça para as pessoas que cumprem pena. Para que ela se realize plenamente, é necessário o apoio da comunidade e a consciência de que, uma vez cumprida a pena, a pessoa retornará para aquela mesma comunidade.

Por fim, dentro do contexto das novas tecnologias aplicadas mais especificamente no âmbito da educação no sistema prisional, se entende que elas são importantes e podem ajudar muito a capacitação dos presos, em sua consciência de cidadania e até mesmo no acesso à justiça. Mas, ao mesmo tempo, elas não podem tolher o contato humano que é tão importante para o cumprimento da pena e reabilitação de vida do preso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm
Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 580.252/MS, Relator(a): Min. Teori Zavascki, relator(a) p/ acórdão: min. Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 16/02/2017, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-204 divulg 08-09-2017 public 11-09-2017.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Método APAC: O Humanismo como Caminho para a Ressocialização do Preso**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília. 2019.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; LEONARDO, César Augusto Luiz. O Mito de Sísifo ou o Suplício de Tântalo: O Trabalho Carcerário e as “Regras de Mandela” (Terá Orfeu chegado ao Tártaro?). *In*: SANTIN, Valter Foletto Santin (coord). **Humani-**

zação e execução penal: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memória, 2019. Pp. 180-199.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Apresentação. In: OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Método APAC: sistematização de processos.** Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese et al. Belo Horizonte, TJMG, 2016. Pp.13-14.

CARVALHO, Paulo Antônio de. APAC – Caminho de liberdade com amor e limite. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de. **Estudos de execução criminal – direito e psicologia.** Belo Horizonte: TJMG/CRP, 2009. Pp. 155-160.

CASTELLANI, Leonardo. **Los Papeles de Benjamín Benavides.** Buenos Aires: Biblioteca Dictio, 1978.

D’AGOSTINI, Caroline Trevisol; RECKZIEGEL, Roque Soares. O Método APAC e a humanização do sistema penitenciário brasileiro. **Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal**, ano XVI, n. 95, dez./jan., p. 9-32, 2016.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; TANGA, Júlio César Michelucci; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Método APAC: por que aplicá-lo?. In: LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa; ESTEVÃO, Roberto da Freiria (coords). RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo (org.). **Direitos sociais e políticas públicas:** construindo o saber jurídico na redução das desigualdades. Birigui: Boreal, 2018. Pp.105-124.

FERREIRA, Valdeci Antônio. *Juntando cacos, resgatando vidas:* valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro – psicologia do preso. 2 ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2017.

FRANCIONI, Francesco. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. In: FRANCIONI, Francesco (ed.). **Access to Justice as a Human Right.** Oxford: Oxford University Press, 2007. Pp. 64-138.

HERVADA, Javier. Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. In: HERVADA, Javier. **Escritos de derecho natural.** 2ªed. (Colección Jurídica). Pamplona: Eunsa, 1993, p. 649-688.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O Papel da Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça aos Vulneráveis. **RDP**, Brasília, Volume 17, n 91, jan/fev.2020. Pp. 143-165.

MARÍAS, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Madrid: Revista de Occidente, 1947.

NASCIMENTO, Marcos Henrique Caetano do. A Ampliação do Acesso à Justiça e da Cidadania por meio da Educação em Direitos Promovida pela Defensoria Pública. **Revista da AJURIS**, v.40, n. 130, jun.2013. Pp. 281-313.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Método APAC: sistematização de processos**. Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese et al. Belo Horizonte, TJMG, 2016.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável. APAC: a revolução do sistema penitenciário**. 2 ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mário. **Seja solução, não vítima! Justiça restaurativa, uma abordagem inovadora**. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

OTTOBONI, Mário. **Testemunhos de minha vida e a vida de meus testemunhos**. São José dos Campos: o autor, 2012.

PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso?. **Revista Jur. UNIJUS**, Uberaba/MG, v.9, n.11, p.189-202, nov.2006.

POZZOLI, Lafayette; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso. Desafios e perspectivas do sistema penitenciário: a compreensão da descentralização dos presídios como proposta de Mário Ottononi à luz da filosofia ético-política de Jacques Maritain. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; FISCHER, Octavio Campos (coords.); LEAHY, Érika; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (orgs.). **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. Pp.161-178.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, mar./abr./maio, 2014. Pp. 55-66.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo Judicial Eletrônico e Inclusão Digital para Acesso à Justiça na Sociedade da Informação. **Revista de Processo**, vol. 277/2018, mar.2018. Pp. 541-561.

SANTOS, Luiz Carlos Rezende. Da Assistência - Art. 10 e 11 da LEP (Título II, capítulo II, da LEP). In: SILVA, Jane Ribeiro (Org.) **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011, p. 37-54. Disponível em https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf. Acesso em 21 abr.2020.

SIQUEIRA, Gilmar; COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Culpa e espiritualidade nas APACs. In: SANTIN, Valter Foletto Santin (coord). **Humanização e execução penal: o drama na efetividade do direito penal**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. Pp. 277-288.

SIQUEIRA, Gilmar. Injusticia y Perdón. In: SIQUEIRA, Gilmar. **Diario de un Dandy Rural y otros artículos literarios**. Curitiba: Instituto Memória, 2020. Pp. 40-42.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Pp. 128-135.

O ACESSO À JUSTIÇA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA

*Dieimes Laerte De Souza¹
Gabriela Natacha Bechara²
Priscilla Hiroko Shimada Pito³*

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar as dificuldades encontradas para o acesso à justiça nos casos de violência doméstica contra a mulher durante a pandemia de COVID19 no Brasil. Para tanto definiremos o que é o acesso à justiça, caracterizaremos a violência doméstica contra a mulher e por fim abordaremos como a pandemia tem afetado esse grupo de vulneráveis e como a tecnologia pode ser um aliado no combate a esse tipo de violência. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e documental realizada em doutrinas e legislações, permitindo concluir que a pandemia criou novas barreiras ao acesso à justiça nos casos de violência doméstica, porém novas tecnologias têm sido criadas, para que a denúncia possa ser feita sem chamar a atenção do agressor.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça, violência doméstica, covid-19, vulnerabilidade, tecnologia.

¹ Advogado, Mestrando em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM (2019/2021), - Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM - Graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2002/2006).

² Professora e Advogada. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Coordenadora Adjunta e Professora do PPGD/UNIVEM. Professora do curso de Graduação em Direito do UNIVEM.

³ Advogada, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2015) e especialização em Pós-Graduação em Direito Tributário pela Faculdade Damásio (2018).

INTRODUÇÃO

Por conta da pandemia de COVID19, todos os lugares do mundo, passam por grandes transformações e adaptações. Sejam essas tecnológicas ou sociais. No presente artigo trataremos de ambas.

O presente estudo tem como objetivo abordar como a pandemia impactou no acesso à justiça no caso da violência doméstica contra a mulher e como novas tecnologias disruptivas vem surgindo a fim de combater essa ainda crescente de violência de gênero.

O artigo busca responder como a pandemia impactou nos casos de violência doméstica e quais medidas têm sido tomadas a fim de preservar o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana desse grupo. O estudo se mostra relevante, pois, cada grupo social foi afetado de uma forma pela pandemia. Porém os grupos considerados vulneráveis, que é o caso das mulheres que sofrem de violência doméstica, sofreram um impacto ainda maior na efetivação dos seus direitos. Impacto este que deve ser demonstrado e estudado.

As áreas do conhecimento abrangidas pela presente pesquisa apresentam caráter transdisciplinar, perpassando searas distintas de Direitos Humanos, Direito Civil, Tecnologia da informação e Acesso à justiça.

A metodologia empregada no desenvolvimento desta pesquisa foi a pesquisa bibliográfica realizada a partir de consultas a doutrinas e legislações que se dedicam ao estudo da vulnerabilidade das mulheres que sofrem de violência doméstica e quais consequências a pandemia de COVID19 trouxe no acesso à justiça desse grupo.

1 ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 (CF\88) traz em seu rol de direitos fundamentais de natureza social o acesso à justiça como direito ao cidadão, como menciona o art. 5.⁰⁴, inciso LXXIV, XXXV e LIV, da Carta Magna.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Nesse contexto cabe ao Estado por meio da União e dos estados federados, dentro da sua competência constitucional, a de prestar serviços jurisdicionais a todos os cidadãos e nacionais, como forma de buscar e atingir o fim precípua da atividade da justiça, a pacificação social pela solução dos conflitos com aplicação e respeito as Leis e a Constituição.

O acesso à justiça é um direito fundamental de índole social, um dever do Estado para com o cidadão, exercido, por delegação constitucional, art. 92⁵ da CF, como um dos Poderes da República, ao Poder Judiciário.

A prestação jurisdicional exercida pelo Estado é o ato de monopólio de poder exercido pelo Poder Judiciário como aquele que faz cumprir a Lei, em especial a Lei maior, Constituição Federal, levando a pacificação social e a dignificação da dignidade humana em observância naquilo que denominamos de Estado de Direito.

O Estado de Direito nada mais é que o Nação alicerçado em regras de convivência preestabelecidas construídas com base em princípios e normas, os qual costumamos definir como Lei.

A Constituição Federal de 1988 (CF) denominou como princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional (art. 5.º, inciso XXXV), como dever do Estado, por meio do Poder Judiciário, ser o responsável pela aplicação das Leis e da Constituição, e com isso solucionando conflitos de interesse entre os indivíduos, e entre o indivíduo e o Estado.

O acesso à justiça, dentro de todo o contexto acima mencionado, pode ser entendido de forma simples e objetiva como sendo o acesso ao Poder Judiciário, dentro de uma percepção de solução de conflito de interesses não possível de solução ou composição voluntária.

Já do ponto de vista mais amplo o acesso à justiça pode ser obtido por outros instrumentos oferecidos pelo Estado e pela própria Lei, e que não pas-

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988 - Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I- A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II- A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

sa necessariamente pela prestação de serviço jurisdicional, tais como aqueles conflitos de interesse resolvidos em câmara de conciliação, arbitragem, conselho de comunidades e bairros, orientação e mediação por líderes religiosos, órgãos de proteção e defesa do consumidor, dentre outras ferramentas.

1.1 Conceito

Partindo do contexto de que o acesso à justiça de um modo geral vai além do acesso efetivo ao Poder Judiciário, temos desta forma que a definição de acesso à justiça é, mais do que qualquer outra coisa, a solução de um conflito de interesses, com a observância e aplicação da Lei ao caso concreto.

Partindo ainda de uma interpretação mais ampliativa o acesso à justiça pode ser definido como um instrumento ou os instrumentos postos à disposição da sociedade que lhe garanta a paz social com a efetivação dos direitos\obrigações.

Dentro de um conceito mais estrito e com base na ideia do monopólio do Estado na solução de conflitos de interesse, com base no princípio constitucional da *inafastabilidade* do Poder Judiciário (art. 5º inciso XXXV - CF), temos uma definição de acesso à a justiça com base no art. 8.º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – *Pacto São José da Costa Rica*, que trata das garantias judiciais que devem os Estados signatários oferecerem aos seus cidadãos;

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CIDH, 1969).

Cândido Rangel Dinamarco menciona sobre o conceito e definição de acesso à justiça como sendo a ideia da pacificação social dos conflitos de interesses;

Saindo da extrema abstração consiste em afirmar que ela visa a justiça em cada caso, mediante a prática reiterada, a implantação do clima social, chega o momento com mais precisão indicar os resultados que mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade. (DINAMARCO, p. 220\221)

Na doutrina de Wilson Alves de Souza o acesso a justiça é tratado como elemento essencial para concretização dos direitos materiais e fundamentais;

Sendo assim, toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esse direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça. (SOUZA, p. 84, 2011)

Desta forma podemos concluir que a definição de acesso à justiça, do ponto de vista de uma conceituação teórica e legal, seria os instrumentos postos à disposição do cidadão pela Lei e pela Constituição Federal como formas de acesso efetivo do cidadão ao Poder Judiciário. Mas não somente ao Poder Judiciário, mais a todas ferramentas disponíveis pela Lei para a solução de conflitos de interesse, com base na observância da Lei e das normas, para a busca da pacificação social, garantindo a cada cidadão e jurisdicionado, de modo geral, aquilo que lhe é garantido em direitos e obrigações.

1.2 Características

Dentro do contexto e inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1.^o, inciso III, CF, a prestação jurisdicional ofertada pelo Estado

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988 - Art. 1.^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Inciso III - a dignidade da pessoa humana;

ao cidadão deve ter como característica a universalidade de seu acesso. Há essa característica, universalidade de acesso, está ligada ao próprio conceito e definição do que venha a ser acesso à justiça. Tal fato pode ser constatado no dispositivo constitucional que impõe ao Estado a prestação de serviços jurisdicionais a sua população, (art. 5.º inciso XXXV – CF).

A universalidade de acesso à justiça, e dentro da ideia estrita de justiça pelo acesso ao Poder Judiciário, temos que essa característica está relacionada não somente com a possibilidade teórica de acesso ao judiciário, mas também dentro de um contexto prático e efetivo.

O acesso a todos à justiça pressupõe, dentro do princípio da universalidade, proporcionar com que todos, independentemente de sua localização geográfica, um acesso facilitado e igualitário aos órgãos do Poder Judiciário, art. 92 da CF, onde todo aquele que necessitando da prestação jurisdicional este estará lá, próximo a sua moradia, à disposição. Trata-se de uma ideia de que o Estado vai até o cidadão, e não o inverso.

Outra característica que o acesso à justiça tem, e por imposição legal e constitucional, a obrigação de oferecer ao jurisdicionado a solução universal e rápida dos conflitos de interesse posto a sua apreciação.

A agilidade, rapidez na prestação do serviço jurisdicional pode ser imprescindível não somente para efetiva concretização de um justo direito pleiteado, mas muitas vezes envolve questões de vida ou morte a um ser humano.

O acesso à justiça dentro de uma concepção de efetividade passa necessariamente pela prestação célere do serviço jurisdicional. Não é por outro motivo que por meio da emenda constitucional n.º 45/2004 foi inserido no rol dos direitos fundamentais o inciso LXXVIII⁷ ao art. 5.º da Constituição Federal, no qual impõe ao Estado o dever de prestação do serviço jurisdicional dentro de uma análise em prazo razoável, seja no âmbito administrativo quanto judicial.

⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988 – art. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sobre a importância desse princípio que norteia o acesso à justiça e que por imposição constitucional deve ser sua característica, menciona a doutrina de Marcelo Novelino;

A simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não é suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada. Com esse intuito, a EC 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5.º, objetivando assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Concomitantemente, a referida Emenda estabeleceu que “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população” (CF, art. 93, XIII). (NOVELINO, p.582/583, 2012).

Nota-se que o oferecimento de uma rápida solução aos conflitos de interesse que são apresentados ao Estado se torna um direito fundamental. Não basta o oferecimento de uma prestação jurisdicional, ou outro instrumento de solução de conflitos, e concessão de direitos e imposição de obrigações como efetivo oferecimento de acesso à justiça, de forma universal, e não o fazer a tempo de que possam esses interesses serem atendidos a contento.

Muitas vezes o efetivo exercício e efetividade do direito está atrelado a célere e eficiente prestação jurisdicional ou administrativa prestado pelo Estado.

A efetividade é outra característica que deve nortear a prestação jurisdicional ou qualquer outra forma e instrumento legal de solução de conflitos de interesse e pacificação social. De nada adiantaria ter um acesso universal, de prestação célere, mas sem a efetividade na satisfação do direito buscado pelo indivíduo junto ao Estado.

Dentro de todo contexto traçado na concepção daquilo que venha a ser conceituado como acesso à justiça, temos que a efetividade como característica, é aquilo que proporciona a quem de direito aquilo que lhe é de direito, na mais ampla concepção da palavra.

Os meios utilizados para isso, desde que seja os regulamentados pela Lei e atos normativos em geral, não necessariamente deverá vir do Poder Judiciário em si, mas pode vir do Poder Executivo ou mesmo do Poder

Legislativo, seja por meio de um processo administrativo, em um centro de conciliação ou mesmo pela própria iniciativa privada, desde que, como já mencionado nos limites e ditames da Lei.

O tema analisado no presente artigo, é o da efetividade do acesso à justiça no caso de violência doméstica, passaremos então, após a análise do que é acesso à justiça, a definição do que é a violência doméstica.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS

Para entendermos o que é a violência doméstica, primeiramente precisaremos falar sobre a violência de gênero. A violência de gênero é composta sempre por pelo menos dois personagens. E no caso da violência doméstica contra a mulher, o primeiro deles será o da mulher que sofre e é humilhada. Enquanto o segundo, será representado pelo homem na representação de marido. Esse casal típico, normalmente é culturalmente identificado pela fidelidade da mulher e pela honra do homem. (ROCHA, 2007, p. 91).

O termo violência psicológica doméstica nasceu no seio da literatura feminista como parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada. Este movimento político-social iniciou-se em 1971, na Inglaterra (AZEVEDO & GUERRA, 2001, p.25),

Nas palavras de Damásio de Jesus, podemos definir a violência doméstica contra a mulher como:

Entende-se por violência familiar, intrafamiliar ou doméstica toda ação ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade. Causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade. No fenômeno da violência familiar existem três variáveis (o gênero, a idade e a situação de vulnerabilidade) que são decisivas na hora de estabelecer a distribuição de poder e, conseqüentemente, determinar a direção que adota a conduta violenta, bem como quem são as vítimas mais frequentes. (JESUS, 2010, P. 09)

Assim sendo, percebemos que a violência doméstica é algo muito mais complexa do que se supõe inicialmente. Por ela ser atrelada a um grau de dependência psicológica e emocional da vítima para com seu agressor.

Colocando a mulher em uma situação de vulnerabilidade, onde aquele ser racional e sensível, se torna irracional, insensível, muda, inerte e até mesmo passiva (CHAUI, 2003, p. 42).

No Brasil, um dos maiores marcos do reconhecimento legislativo da mulher como vulnerável no ambiente familiar, foi a criação da Lei Maria da Penha, que trata de casos de violência doméstica.

A Lei Maria da Penha, tem como objetivo central assegurar às mulheres, oportunidades e facilidades para que estas, vivam sem violência, preservando assim sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.⁸

Em seu Artigo 5º encontramos uma definição sobre violência doméstica, que demonstra que os tipos de violência sofridos não são apenas os físicos, também se enquadra em violência contra a mulher, toda omissão de gênero que lhe cause também, sofrimento psicológico, sexual, moral e matrimonial.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial⁹: (Vide Lei com-

⁸ LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

⁹ LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;(Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)
III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

plementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A violência de gênero constitui uma questão social, que deve ser protegida pelo Estado, através de suas leis e sanções, a fim de melhorar o convívio social e privado. Essa proteção representa a ética da igualdade entre humanos, sejam eles quais forem, e o estímulo à ética da solidariedade, tanto social quanto interindividual” (SCHRAIBER, 2005, p.54)

Esta forma de violência, representa uma das formas mais insidiosas de violências contra a mulher. Pois é algo que impera em todas as sociedades. Independentemente de sua nacionalidade, as mulheres sempre são vítimas de violência intrafamiliar.



Pela pesquisa apresentada, percebemos que a violência de gênero, com especial ênfase na violência doméstica contra a mulher, está constantemente crescendo. Casa dia, um maior número de brasileiras entra para essa terrível estatística.

Segundo a autora, Alice Bianchini a existência da violência doméstica demonstra a vulnerabilidade emocional da mulher, que está muitas vezes presa em casa, com vínculos afetivos e psicológicos ao seu maior agressor. (BIANCHINI, 2014, p.78).

Esse crescente no número de mortes no caso de violência doméstica contra a mulher, mostra a deficiência que encontramos na igualdade de gênero atualmente.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade e, assim sendo, o reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão à uma plataforma emancipatória e igualitária. **Estudos e pesquisas revelam a existência de uma desigualdade estrutural de poder entre homens e mulheres e grande vulnerabilidade social das últimas, muito especialmente na esfera privada de suas vidas.** Daí a aceitação do novo paradigma que, indo além dos princípios éticos universais, abarque também princípios compensatórios das várias vulnerabilidades sociais." (Piovesan & Pimentel, 2011, p.3/4).

Por todo o exposto, reforçamos que a mulher, quando sofre violência doméstica deve ser classificada como uma vulnerável, devendo ser protegida por medidas protetivas a fim de resguardar os seus direitos fundamentais, evitando assim a continuidade da violência e das situações que a favorecem. (LIMA, 2011, p. 329)

3 COMO A PANDEMIA DO COVID 19 ALTEROU O ACESSO À JUSTIÇA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

Em decorrência da pandemia da COVID 19 houve a necessidade da tomada de medidas sanitárias que pudessem frear a contaminação pelo vírus bem como suavizar a superlotação dos hospitais, sendo que a principal medida a ser tomada nesse sentido se deu na orientação e, em alguns casos, a imposição de recolhimento domiciliar obrigatório.

Aliados ao confinamento humano obrigatório temos o desemprego e a perda total ou parcial da renda familiar. Somado a esses fatores podemos incluir o comportamento antissocial, e histórico pessoal de comportamento de violência e uso de drogas e bebidas alcoólicas.

A união todos os fatores é a mistura perfeita para uma explosão de uma outra epidemia que se alastrou pelo País, a violência doméstica. Números mostram que durante a pandemia do COVID 19, o que perfaz quase que todo o ano de 2020, houve um aumento substancial de ilícitos praticados contra as mulheres e crianças no âmbito domiciliar, a denominada violência doméstica.

Dados do Ministério da Mulher e Direitos Humanos dão conta que no período de janeiro a julho de 2020 houve um aumento de 40% no número de ocorrências envolvendo violência doméstica se comparado com o mesmo período de 2019. Mantendo essa média de alta poderemos chegar ao patamar de 80% no aumento de violência doméstica no ano de 2020.

Sabe-se que diante das circunstâncias que envolvem esse tipo de ilícito e violência que tais números devem ser muito superiores aos oficialmente registrado. As características do momento vivido, o confinamento dessas mulheres com seus agressores, dificulta sobremaneira a ação de denúncia das agressões às autoridades públicas, dificultando assim o acesso à justiça.

Sabemos que a legislação brasileira tem mecanismos legais de repressão a prática da violência doméstica, tais como a Lei Federal n.º 11.340/2006¹⁰

¹⁰ BRASIL. Lei Federal 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.

denominada Lei Maria da Penha, e mais recentemente a edição da Lei Federal n.º 13.104/2015¹¹ denominada de Lei do Femicídio.

Ocorre que, em decorrência das circunstâncias acima mencionadas, de encarceramento da vítima com seu agressor em face ao isolamento social domiciliar imposto pelas autoridades públicas, e com isso a convivência de tempo integral entre as pessoas, podem gerar desgastes e atritos que até então eram contornados pelo distanciamento social diário pela vida cotidiana.

O resultado desses fatores somados como mencionado acima elevou as ocorrências do ilícito penal de violência doméstica, e ao mesmo tempo dificultou o acesso da mulher (vítima) aos órgãos da justiça e demais entidades de proteção, em razão de estar vigiada de perto pelo agressor.

Visando auxiliar mulheres em situação de violência doméstica a ter acesso a ajuda necessária contra a violência, e assim a própria justiça, inúmeras organizações dos setores público e privados vem criando mecanismos que possibilitam a mulher ter acesso a um canal de denúncia e ajuda contra a violência mediante canais não convencionais ajudam a driblar o controle de acesso que os agressores têm sobre a vítima nesse período de convivência social constante.

O Ministério da Mulher e dos Direitos Humanos do Governo Federal além de fornecer programas sociais voltados para acompanhamento e apoio as mulheres em situação de violência social conta com um disque denúncia 180 (Central de atendimento à mulher em situação de violência) canal esse voltado a *casos de não emergência*, no qual as mulheres recebem orientação jurídica, psicológica e social, bem como são encaminhadas, quando necessário, de forma imediata às autoridades policiais e judiciária denúncias realizadas por mulheres que sofrem essa modalidade de violência. Tais denúncias podem ser feitas no mais absoluto anonimato com a preservação dos dados da vítima.

Empresas privadas adotaram iniciativas muito interessante para ajudar as mulheres nesse período de aumento de violência doméstica com o auxílio da tecnologia. A empresa varejista Magazine Luiza por exemplo utiliza

¹¹ BRASIL. Lei Federal n.º 13.104 de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

do “*botão de socorro*” inserido dentro do aplicativo de compras da empresa. A mulher em situação de risco e de violência doméstica pode acessar o aplicativo de compras da empresa e em um campo específico acionar um botão de pedido de socorro que pode ser clicado sempre que a mulher necessitar de ajuda.

Com o sistema de localização e GPS do aparelho celular da vítima ativado os dados de localização são enviados de forma imediata às autoridades policiais para que proceda o encaminhamento de ajuda a mulher. Tal aplicativo e método de pedido de socorro, através de um aplicativo de compras de uma rede varejista de lojas, consegue driblar o controle realizado pelo agressor sobre os atos e a ação da vítima para se desvencilhar dos atos de violência.

Esse aplicativo do Magazine Luiza, que está ativo desde o início do ano de 2019, constatou um aumento de 450% nas notificações do “*botão do socorro*” no mês de maio de 2020 em comparação com o mesmo mês de 2019.

O instituto AVON na América Latina, em parceria com a empresa de transporte por aplicativo UBER, criou um número de telefone celular, em cada País do continente, onde, por meio do aplicativo WhatsApp a mulher que esteja sofrendo com a violência doméstica pode realizar uma denúncia contra o agressor e as informações são encaminhadas de imediato às autoridades policiais.

O mesmo serviço oferece a mulher, de forma gratuita, o seu transporte e de seus filhos, da sua moradia até locais onde possam ser realizados formalmente denúncias dos ilícitos, bem como até a moradia de familiares, amigos ou outros abrigos onde a mulher possa estar a salvo do agressor.

Diante do cenário de isolamento social que atinge todos os setores da sociedade, inclusive a pública, com o fechamento de delegacias, fóruns, centro de apoio e acolhidas em matéria de violência doméstica, a tecnologia tenta amenizar e facilitar o acesso da mulher à proteção do Estado. No estado de São Paulo foi implementado a possibilidade da realização de boletins de ocorrência de forma digital, mediante acesso à página eletrônica das delegacias de violência doméstica.

A pandemia do COVID 19, embora previsível pela ciência médica, pegou o mundo despreparado para enfrentar os grandes desafios imposto

pela mudança de comportamento que o ser humano teve que empreender em sua rotina de vida diária.

A vida econômica das Nações foi duramente atingida o que levou o desemprego, e com isso a perda de renda por parte das famílias que se viram em uma situação na qual não tinham mais condições de honrar com seus compromissos financeiros, e com sérios problemas para manter o próprio sustento.

Tais situações, aliado ao isolamento social permanente das famílias em suas moradias, pode ter contribuído para o afloramento das diferenças de comportamento e ideias, o que pode explicar o aumento dos desentendimentos familiares, em especial da violência doméstica que faz da mulher a sua vítima.

Mesmo com as restrições imposta pela circunstância do isolamento social que impediram o acesso da mulher aos órgãos públicos como as delegacias de polícia e aos órgãos do Poder Judiciário, bem como a espaços privados de abrigos a mulheres em situação de risco de violência.

Visando solucionar tais empecilhos de acesso à justiça e meios de proteção da mulher contra a violência doméstica causados pelo a pandemia do COVID 19, entidades públicas e privadas criaram mecanismos de acesso da mulher as autoridades públicas e redes de proteção contra a violência doméstica, como mencionado acima.

A tecnologia utilizada em favor da integridade física e moral das mulheres e a responsabilização dos agressores, trouxe, diante das limitações impostas, novos instrumentos, eficientes, simples e de acesso universal às mulheres contra a violência doméstica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta ocasião, estudou-se os impactos trazidos pela COVID19 no grupo de vulneráveis que são as mulheres que sofrem de violência doméstica, com destaque para o seu acesso à justiça. Para tanto, trouxemos definições a respeito do que é acesso à justiça, e sua ligação com o estado social democrático de direito.

A partir daí, passou-se à análise delimitativa sobre a definição de

mulheres que sofrem de violência doméstica. Apresentando as principais características deste grupo e sua vulnerabilidade. Traçando ao final do capítulo uma explicação sobre como conseguimos identificar a violência de gênero através de números.

Feita a exposição das normas gerais, finalizamos falando sobre os impactos que a pandemia de COVID19 acarretou no acesso à justiça das mulheres que sofrem de violência doméstica. Enfatizando as tecnologias disruptivas e os canais de atendimento que vem sendo criados a fim de facilitar esta denúncia.

Assim, resta demonstrado que as mulheres que sofrem de violência doméstica, antes já faziam parte de um grupo de vulneráveis. Porém com o advento da pandemia de COVID19, a sua situação de vulnerabilidade foi acentuada, encontrando novos obstáculos, que devem ser combatidos pelo Estado e pela sociedade como um todo, a fim de efetivar os direitos humanos e sociais desse grupo de vulneráveis e possibilitar o seu efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. São Paulo – Editora Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm: acesso em 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei Federal 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm: acesso em 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.104 de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm . acesso: 09. out 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Cezar Pinho. **Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

CHAUÍ, M. Ética, política e violência: Ensaio sobre violência. Vitória, In T. Editora Camacho, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, São Paulo, Editora Malheiros, 6.º Edição, 1998

CERQUEIRA, D. et al., **atlas da violência 2019**, Disponível em: https://forum-seguranca.org.br/publicacoes_posts/atlas-da-violencia-2019/ Acesso em 28 de out. 2020,

GDF, **Manual para atendimento às vítimas de violência nas redes de saúde pública do DF**, Distrito Federal, Secretaria De Estado de Saúde do Distrito federal, 2ª ed, 2009.

JESUS, Damásio, **Violência contra a mulher - Aspectos criminais da Lei 11.340/2006**, São Paulo, editora saraiva, 2010.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Comentários aos artigos 25 e 26 da Lei Maria da Penha (Da atuação do Ministério Público). In CAMPOS, Carmen Hein de Campos

(Organizadora). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Coronavírus**: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 09 out. 2020.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 582-583.

PIOVESAN, Flávia & PIMENTEL, Silvia. (2011). **Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela**. Acessado em 11 de outubro de 2020, link de acesso <http://www.contee.org.br/noticias/artigos/art6.asp>

ROCHA, Martha Mesquita da Rocha. **Violência contra a mulher**. In: TAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra a mulher adolescente/jovem*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso a Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. Breves considerações sobre o acesso à justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24200>. Acesso em: 8 out. 2020.

SCHRAIBER, Lilia Blima e al. **Violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos**. São Paulo: Editora UNEP, 2005.

O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL SOB A ÓTICA DO SISTEMA MULTIORTAS E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Maria Fernanda Stocco Ottoboni*¹

RESUMO

Este artigo tem por finalidade a análise do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil sob a ótica do chamado sistema multiportas, com origem nos Estados Unidos, em 1976, através do Professor Frank Sander, a partir da análise equiparada desse sistema multiportas em âmbito nacional a partir de referenciais teóricos nacionais e internacionais e por método analítico-comparativo. Passa-se, assim, à abordagem em relação à institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos no Brasil, com breve visitação das legislações nacionais pertinentes. Em seguida, prossegue-se com uma análise sobre os conceitos, passando à análise acerca dos reflexos da aplicação desses métodos adequados ou equivalentes jurisdicionais nas soluções de conflitos em relação ao direito fundamental de acesso à justiça aos cidadãos. Busca-se analisar, por derradeiro, a contribuição dos métodos adequados da solução de conflitos como garantia do direito fundamental de acesso à justiça e como forma de promoção de uma cultura de pacificação social no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça – Solução de conflitos - Sistema multiportas – Métodos adequados de solução de conflitos – Equivalentes jurisdicionais - Cultura de pacificação social - Direito brasileiro

¹ Advogada desde 2011 (OAB/SP 310.624). Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, com área de concentração em Direito e Estado na Era Digital e linha de pesquisa em Acesso à Justiça e Inovação Tecnológica. Mediadora e conciliadora no Centro de Soluções de Conflitos e Cidadania - CEJUSC do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da Comarca de Marília-SP (2014-2017). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010-2012). Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2005-2010). mariafernanda.ottoboni@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade a análise do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil sob a ótica do sistema multiportas e da adoção de métodos adequados de solução de conflitos e os seus reflexos na promoção de uma cultura de pacificação social.

Inicialmente, o objetivo foi tratar do direito fundamental de acesso à justiça, contemplado no Brasil, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um direito fundamental do cidadão, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na sequência, a abordagem é voltada à existência de um sistema multiportas no Brasil, passando primeiro por uma análise sobre a origem do denominado sistema multiportas e no que ele consiste, após, à análise do sistema multiportas no Brasil, com a contextualização histórica da institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos, destacando como reflexo na construção de uma cultura de pacificação social e a ampliação do direito de acesso à justiça.

Ao final, em uma abordagem voltada aos métodos adequados de solução de conflitos, o tratamento se volta ao seu conceito, bem como aos reflexos de sua adoção como via para a solução de litígios, como garantia do direito fundamental de acesso à justiça e como forma de pacificação social.

1 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Em muitos sistemas jurídicos a solução judicial estatal como meio primário de solução de conflitos foi priorizada, de forma que a atividade substitutiva do Estado tendeu a prevalecer como meio reputado preferível pelos litigantes.

No Brasil, não foi diferente. Ao longo do tempo, consolidou-se no país a cultura por meio da qual a prestação jurisdicional era o melhor caminho para a resolução de conflitos e para a distribuição da justiça na sociedade, sendo tal método o principal na resolução das controvérsias posta entre os cidadãos.

O acesso à justiça no Brasil está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um direito fundamental do cidadão, no artigo 5º, inciso XXXV, com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Referida previsão constitucional já traz consigo a concepção do direito de acesso à justiça relacionada ao acesso ao Poder Judiciário, como um caminho, isto é, como uma “porta” para solucionar os conflitos postos entre os cidadãos.

Demonstrando essa concepção ainda hoje persistente na sociedade brasileira, o relatório “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2020, que teve como parâmetro as atividades do ano-base 2019, informa que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, os quais aguardavam alguma solução definitiva², considerando uma população de aproximadamente 200 milhões de habitantes.

Tais números são expressivos e, em que pese assinalarem um resultado positivo comparado com anos anteriores³, ainda levam a uma reflexão sobre ser ou não o Poder Judiciário a porta mais apropriada para a resolução dos conflitos e o caminho mais adequado para se garantir o direito fundamental ao acesso à justiça.

Isso porque, partindo de uma premissa de que o acesso à justiça cui-

² Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>], p. 93. Acesso em: 28.08.2020.

³ O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. A variação acumulada nesses dois últimos anos foi na ordem de -3%. Esse resultado deriva do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, valor bem superior ao quantitativo de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 45 e 46. Assim, o IAD, que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2019, foi de 117,1%. Os resultados positivos mostram reflexo das políticas que vem sendo adotadas pelo CNJ, como Metas Nacionais e Prêmio CNJ de Qualidade, como ferramentas de gestão, de controle e incentivo ao aprimoramento da prestação jurisdicional. Em 2019 o acervo retornou ao patamar do ano de 2015, quando, na época, a tendência era unicamente pelo crescimento. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>], p. 93. Acesso em: 28.08.2020.

da-se de um direito fundamental, ele deve estar efetivamente disponível a todos os que integram a sociedade, o que significa que não pode ser tal direito obstaculizado, desde o seu acesso e até a obtenção da resolução de seu conflito, com a efetivação da justiça e a consequente pacificação social.

De acordo com Kazuo Watanabe, o direito ao acesso à justiça pressupõe o acesso a uma ordem jurídica justa, o que engloba, em síntese, o direito à informação e adequado conhecimento do direito substancial; o direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social, além de comprometidos com a ordem jurídica justa; o direito à preordenação de instrumentos processuais capazes de promover uma efetiva proteção dos direitos e, por fim, a remoção de obstáculos que impeçam a efetividade do acesso à justiça.⁴

Nesse tocante, aliás, não há como não mencionar Bryant Garth e Mauro Cappelletti, os autores clássicos sobre o tema, que em sua tradicional obra, denominada justamente “Acesso à Justiça”, propuseram medidas para remover os eventuais obstáculos ao efetivo direito de acesso à justiça, denominados de barreiras ao acesso à justiça, e classificadas por meio de “ondas renovatórias”. Em linhas gerais, a primeira onda renovatória visando a solução para o efetivo acesso à justiça foi a assistência judiciária; a segunda onda, por sua vez, referia-se às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor e, a terceira onda, além de absorver as anteriores, vai além, visando atacar as barreiras ao acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo.⁵

A partir da conjugação dessas ideias, voltadas ao sistema processual brasileiro, ainda que, predominantemente com foco ao processo e ao acesso à justiça por meio do acesso ao Poder Judiciário, outros métodos de solução de conflitos foram sendo contemplados, ainda que timidamente, ao longo das últimas décadas, nos diplomas legais nacionais, como é o caso da conciliação, da arbitragem, da mediação e outras formas de negociação, dando ensejo à imple-

⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988, p. 135

⁵ CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 12.

mentação de um sistema multiportas para a resolução de conflitos no Brasil e, por conseguinte, abrindo a possibilidade de maior amplitude no acesso à justiça aos brasileiros, a partir da fomentação de uma cultura de pacificação social.

2 O SISTEMA MULTIPORTAS NO BRASIL

2.1. O Sistema Multiportas: origem

Atualmente, a tendência de os sistemas disporem também de métodos menos formais e não oficiais de justiça, ditos alternativos ao Poder Judiciário, que reunidos compõem o chamado sistema multiportas para resolução de conflitos, remonta às políticas judiciárias das décadas de 1970 e seguintes, promovidas nos Estados Unidos.

No ano de 1976, foi realizada nos Estados Unidos uma conferência chamada de “Pound Conference”, que reuniu estudiosos e profissionais do Direito para debater sobre a insatisfação com o sistema tradicional de distribuição estatal da justiça. Nesta ocasião, o Professor Frank Sander defendeu em sua palestra denominada “Varieties of Dispute Processing”, a ideia de que as cortes americanas tivessem várias portas, algumas conduzindo ao processo judicial e outras a vias alternativas para a resolução de conflitos ⁶, estando presentes as discussões sobre as bases do sistema multiportas entre outros aspectos envolvendo a relação entre tribunais e os meios alternativos (adequados) de solução de conflitos (ADR – “alternative dispute resolution”)⁷.

Em sua palestra, que mais tarde fora publicada, o Professor Frank Sander expôs a sua preocupação com o crescente número de demandas submetidas ao Judiciário dos Estados Unidos, e propôs a exploração de métodos alternativos de solução de litígios fora do Judiciário, de forma a considerar o Judiciário como a única alternativa existente somente quando as partes não chegam a um consenso, ou seja, a contenda teria que necessariamente ser resolvida pelo Estado-Juiz.

Tal proposta foi construída a partir da constatação, ainda em 1976,

⁶ TARTUCE, Fernanda TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5 ed. – São Paulo: Método, 2019. p. 168

⁷ RAFAEL ALVES DE ALMEIDA; TANIA ALMEIDA; MARIANA HERNANDEZ CRESPO (Orgs.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

pelo Professor Frank Sander, da existência de uma crescente complexidade dos conflitos na sociedade moderna, de modo que as Cortes não poderiam naturalmente acompanhar o crescimento quantitativo e qualitativo dos conflitos, pelo que já se anunciava como essencial encontrar caminhos alternativos.⁸

Alguns dos caminhos sugeridos à época como possíveis de serem implementados já são hoje bastante conhecidos, e inclusive utilizados, tais como a arbitragem e a mediação. Segundo o Professor Frank Sander, poderia haver, dentro das Cortes ou mesmo fora delas, um mecanismo de “triagem” do conflito, e que tal conflito seria analisado e encaminhado para a porta em que a solução poderia ser encontrada de forma mais satisfatória. Ele não aponta hierarquia entre os métodos (as portas), posto que cada uma das possibilidades apresenta vantagens e desvantagens, mas é exatamente aí que transparece o brilhantismo da sua proposta: essa triagem seria capaz de analisar o litígio e descobrir não a solução definitiva para o mesmo, mas sim o método (simbolizado pela porta) que seria o mais adequado para obter uma solução.⁹

As ideias do Professor Frank Sander acima condensadas e que foram difundidas na conferência de 1976 ficaram consagradas como o sistema de múltiplas portas (“multi-door courthouse”), cujo propósito era a resolução dos problemas enfrentados pelo Judiciário estadunidense no que tangia à administração da justiça na solução dos conflitos.

Assim, pode-se dizer que a origem do chamado sistema multiportas para resolução de conflitos teve sua origem nos Estados Unidos e tem como seu precursor, o Professor Frank Sander, estudioso e incentivador da institucionalização dos métodos adequados e consensuais de solução de disputas nos Estados Unidos e, por consequência, no mundo todo.

2.2. Sistema Multiportas no Brasil e a institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos

No Brasil a contemplação dos métodos adequados de resolução de

⁸ SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). The Pound Conference: perspectives on justice in the future. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 68

⁹ SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). The Pound Conference: perspectives on justice in the future. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 70-72

conflitos, inicialmente tidos como alternativos ao Poder Judiciário, como a arbitragem, a mediação, a conciliação entre outras formas de negociação, tanto no campo teórico, legislativo e prático, vem ganhando maior relevância nas últimas décadas.

Em linhas gerais, a inserção dos métodos adequados de solução de conflitos no Brasil tem como ponto de partida uma crítica de fundo à morosidade e os elevados custos da jurisdição estatal, uma vez que os índices de confiança nos órgãos do sistema de justiça são baixos quando comparados com outras instituições sócio estatais, afetada por fatores ligados à confiança, rapidez, custos, restrito acesso, independência, honestidade e capacidade para desempenhar sua atividade.¹⁰ E tal conjuntura ainda somada ao grande número de processos em curso perante o Poder Judiciário nacional só transparece ainda mais a referida crise desse setor, com impacto direto no direito de acesso à justiça dos cidadãos.

Embora a referência aos métodos de resolução de conflitos chamados alternativos ao Poder Judiciário, como a arbitragem e a conciliação, por exemplo, sempre existiu, ainda que de forma bastante tímida nas legislações processuais nacionais, é certo que os debates em torno desses métodos de resolução de conflitos não contemplavam a concepção de um sistema multiportas, de forma que as iniciativas voltadas à formação de um sistema multiportas no país, aliás, são mais recentes, reportando mais especificamente às últimas duas a três décadas.

Assim, dando início ao breve panorama histórico nacional do tema em apreço, inicialmente, cumpre pontuar que em 1996, por meio de uma então inovação legislativa, foi instituída a arbitragem privada no Brasil, sendo editada a Lei nº 9.307, conhecida por Lei da Arbitragem, permitindo que no campo teórico surgissem debates sobre a natureza da jurisdição até então prestada pelo Estado, e a amplitude do direito processual, da tutela jurisdicional e do próprio acesso à justiça.

¹⁰ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14.

Nesse sentido, em que pese a previsão no artigo 31 de que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, é evidente que a decisão arbitral, ainda que não prestada pelo Estado, adere-se a um conceito ampliado de tutela jurisdicional e permite uma ampliação ao acesso à justiça.

No tocante à recepção da Lei de Arbitragem no Brasil, comenta Paulo Eduardo da Silva que:

“A recepção da Lei de Arbitragem brasileira não foi imediata. Por cinco anos, pendeu contra ela uma impugnação de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, fundada no argumento de violação da garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV). Em 2001, a Corte confirmou a constitucionalidade da Lei, por sete votos, a quatro. Fundamentou-se no fato de a arbitragem se limitar a demandas envolvendo direitos disponíveis e, afinal de contas, “o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever” (STF, SE 5.206).”¹¹

No ano de 2015, a Lei de Arbitragem sofreu alterações positivas através de inserções da Lei nº 13.129. Dentre várias novidades, destaca-se como uma das principais, a admissão da utilização da arbitragem por órgãos da Administração Pública direta e indireta, o que representou avanço na institucionalização da arbitragem no sistema jurídico nacional, dando lugar a um novo viés de litigância de Direito Público no Brasil.

Dessa maneira, a institucionalização da arbitragem privada no Brasil representa uma primeira quebra de paradigma da cultura do litígio, tão presente e arraigada na sociedade, para a iniciação à construção de uma cultura do consenso, baseada na aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos e a abertura de um sistema multiportas no Brasil.

Ainda diante de eminentes debates quanto à morosidade, o grande

¹¹ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 20.

volume de processos judiciais em curso e os elevados custos da jurisdição estatal, uma vez que a arbitragem mantinha-se restrita a uma pequena parcela da população nacional, devido aos seus elevados custos, foi verificada a necessidade de fomentação de outros métodos consensuais de solução de conflitos por meio dos quais a justiça é buscada através do acordo de vontades entre as partes envolvidas, e que pudessem ser mais acessíveis, a fim de permitir efetivo acesso à justiça aos cidadãos.

Sob a perspectiva da garantia de acesso à justiça e de fomentação à uma cultura de pacificação social, diversas iniciativas de promoção da conciliação em juízo passaram a ser implantadas em todo o país, isoladamente ou com amplo apoio institucional. E uma análise teórica identificou, na formação jurídica brasileira, uma exagerada dependência da resolução de conflitos através da decisão judicial estatal – o que foi batizado de “cultura da sentença, em contrapartida à “cultura da pacificação” que fomenta os meios de resolução consensual, tendo termo sido adotado para indicar as iniciativas de promoção dos métodos consensuais de solução de conflitos.¹²

Por política judiciária administrativa, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluiu os métodos consensuais de conflitos como pauta prioritária, firmando bases para uma Política Nacional de Resolução de Conflitos visando a integração entre os métodos até então mais tradicionais de solução de conflitos, pautados nas formalidades de um procedimento e de uma decisão impositiva, com os métodos pautados pelo consenso.

Foi então que surgiu a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um divisor de águas no tema dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, uma vez que inseriu uma política pública nacional de instituição da resolução consensual de conflitos a partir do Poder Judiciário, sendo o marco legal mais recente em termos da composição de um sistema multiportas no país.

A partir desse marco legal em termos de resolução consensual de conflito, os Tribunais de todo o país passaram a contar, em suas organizações administrativas, com setores especializados em mediação e conciliação judiciais

¹² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. Luiz; MORAES, M.Z. (Coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005.

e, também extrajudiciais, além do atendimento e orientação aos cidadãos, os chamados Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Ainda nessa onda de institucionalização do sistema multiportas para a resolução de conflitos, em 2015, outros dois grandes marcos legais foram publicados no Brasil, os quais contemplaram, de forma bastante relevante, o assunto em questão, em evidente fomentação e incentivo à construção de uma cultura de pacificação social baseada no consenso.

O primeiro deles foi o chamado Novo Código de Processo Civil, isto é, a Lei nº 13.105, de 2015. O segundo, a chamada Lei de Mediação, a Lei nº 13.140, de 2015. E, conjuntamente tais diplomas normativos consagram dois sistemas de solução de conflitos, os judiciais e os métodos consensuais, ambos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, com o que se verifica uma clara composição de um sistema multiportas no país.

O Novo Código de Processo Civil, já no seu princípio, inclui a mediação, a conciliação e a arbitragem como exceções admitidas à garantia da inafastabilidade da jurisdição (artigo 3º). E, em várias passagens de seu texto, aborda os métodos de solução consensual de litígios, sobretudo a mediação e a conciliação (artigos 165 a 175, 693 e seguintes, 565, entre outros).

A Lei da Mediação, por sua vez, trouxe o conceito de mediação (artigo 1º), os princípios de regência (artigo 2º) e as regras procedimentais da mediação, regulando duas espécies de mediação, uma que se dá entre particulares e outra com a Administração Pública.

Apresentando notas conclusivas à institucionalização dos meios adequados de solução de conflitos e a implementação de um sistema multiportas no Brasil, Paulo Eduardo Alves da Silva discorre que:

No Brasil, a experiência inicial parece similar à norte-americana: à permissão legal para os mecanismos arbitrais, seguiu-se uma política pública de disseminação dos mecanismos consensuais. Entretanto, parece ser mais estatal e menos comunitária do que aquela. A complementaridade entre MACS e jurisdição estatal acontece pela progressiva integração da conciliação e mediação ao sistema de justiça oficial, sob sub-

sídio e organização pelo próprio Poder Judiciário. Os órgãos de cúpula da Justiça brasileira, como o Conselho Nacional de Justiça (v.g., Resolução 125, supra) e o Supremo Tribunal Federal, assumiram a promoção da chamada “justiça consensual” entre suas políticas prioritárias. E a legislação mais recente, o CPC e a Lei de Mediação, oferece um desenho que também aponta no sentido da complementariedade entre os métodos.¹³

Por fim, a fim de elucidar, de forma exemplificativa e prática, os modelos possíveis de resolução de conflitos e a composição de um sistema multipartas no Brasil, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini faz uma brilhante explicação:

Pode-se pensar que uma pessoa, diante de um conflito, tem à sua disposição várias alternativas para poder solucioná-lo. Pode procurar diretamente a outra parte envolvida e tentar negociar o impasse sem a interferência de ninguém. Mas pode também procurar um terceiro e este propor diferentes métodos de solução existentes (mediação, arbitragem, entre outros). Pode ainda procurar um ente estatal que, dependendo do conflito, ainda que não seja o Poder Judiciário, tente intermediar o impasse. Pode, ainda, procurar o Estado-Juiz para ajuizar uma demanda. Cada uma das alternativas corresponde a uma *porta* que a pessoa se dispõe a abrir, descontinando-se a partir daí um caminho proposto pelo método escolhido. Neste cenário, o envolvimento do Estado é uma eventualidade, pois provocar o Estado-Juiz ou a Administração, é abrir uma das *portas*. A pessoa disposta a resolver o conflito pode fazer a escolha sem a ajuda de um terceiro, mas pode também procurar um técnico, como é o caso de um advogado, que poderá a orientar. O Estado, além de por à disposição uma *porta*, ou várias *portas*, pode também influir neste cenário disciplinando por lei aspectos básicos desses métodos privados e regras de conduta dos envolvidos (Código de Éti-

¹³ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 26-27.

ca para mediadores, árbitros e terceiros neutros em geral). Uma norma disciplinando a mediação e a arbitragem privada, isto é, aquela que ocorre longe dos olhos do Estado, teria sentido neste cenário, mas com o cuidado de não penetrar ou interferir indevidamente na liberdade das partes. Além de disciplinar pode o Estado também pôr à disposição pessoas e órgãos da Administração encarregados de orientar sobre as *portas* existentes, como escolhê-las, além de, como já dito, pôr à disposição uma *porta* como caminho que tentará resolver o impasse da vida. Tentando harmonizar aspectos envolvendo a mediação, foi promulgada a Lei nº 13.140/2015.¹⁴

Importante observar que no referido sistema multiportas em apreço, o direito fundamental ao acesso à justiça pode se dar por distintas portas e caminhos, ou seja, por distintos métodos de resolução de conflitos, sem excluir, contudo, a possibilidade de acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, em sintonia com o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XXXV.

Prosseguindo de acordo com este raciocínio, o autor acima citado menciona ainda que, é possível pensar que uma pessoa, uma vez tendo procurado a *porta* do poder Judiciário, se depare com um leque de opções (isto é, de portas) em que a solução sentença judicial passa a ser apenas uma das opções (leia-se, uma das *portas*). Exemplifica referido autor que, a partir do momento em que aberta a porta do Poder Judiciário, haveria como que uma antessala em que novas portas estariam à disposição do cidadão, cada uma representando um método diferente de solução de conflitos, incluindo aí a própria *porta* do Poder Judiciário, por meio da qual o conflito seria resolvido por meio de uma sentença do Estado-Juiz.¹⁵

Dessa maneira, fica evidente que a contemplação de um sistema multiportas no Brasil está intrinsecamente ligada à institucionalização dos métodos alternativos de solução de conflitos no ordenamento jurídico pátrio,

¹⁴ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: Opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 56-57.

¹⁵ Idem. p. 57.

sobretudo na legislação processual do país, de forma a permitir mais amplo e adequado acesso à justiça aos cidadãos, com vistas à promoção de uma cultura de pacificação social.

3 OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA

3.1. Métodos adequados de solução de conflitos: conceito

Inicialmente, ao tratar dos métodos adequados de solução de conflitos, é necessário pontuar que existe uma variedade de expressões utilizadas nas teorias, nas doutrinas e também de forma prática, para denominar as técnicas e os métodos de resolução de conflitos, que se apresentam como alternativas à solução de conflitos pela via de um processo judicial, por meio da qual a solução ao litígio é dada pelo Estado-Juiz, e que compõem o chamado sistema multiportas para acesso à justiça.

Uma vez que a via judicial de resolução de conflitos, por meio da qual as partes envolvidas em um litígio buscam a sua solução via processo judicial, sempre esteve tradicionalmente arraigada na concepção de acesso à justiça, de resolução de conflitos e distribuição de justiça, com a concepção do Poder Judiciário como a porta e o caminho principal para dirimir os conflitos postos na sociedade, os outros métodos de resolução disputas que foram sendo institucionalizados nas últimas décadas no Brasil, seguindo tendência verificada no mundo afora, foram sendo tratados como métodos alternativos.

Conforme as palavras de Mauro Cappelletti, “à expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não judiciais*, destinados a resolver conflitos. Esse porém não é o único sentido”, devendo o operador do Direito “ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais* ou *não* – que têm emergido como alternativas aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* de procedimentos”, mediante a “adoção desta perspectiva mais ampla” na análise no quadro do movimento universal de acesso à justiça.¹⁶

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, ano 19, n. 74, São Paulo, abr-jun. 1994. p. 82.

Nesse sentido, discorre Fernanda Tartuce:

Há diversas expressões usadas na teoria e na prática para designar as técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como alternativas à solução judicial. Fala-se em *alternative dispute resolution* (usando a sigla, no plural, ADRs), resolução alternativa de disputas (na sigla em português “RAD”) e em meios [ou métodos] alternativos de solução de conflitos (na silha em português “MASCs”).¹⁷

E, acrescenta, ainda, a referida autora que, nos últimos tempos, tem-se notado uma evolução com relação à pertinência dos diferentes mecanismos: “a letra A na sigla “ADR” (inicialmente indicativa de *alternative dispute resolution*/solução alternativa de conflitos) passou a ser considerada como indicadora de “appropriate” (adequada)”¹⁸.

Nesse tocante, cumpre observar que ultimamente, os referidos métodos classificados como “alternativos” passam a integrar categoria de formas adequadas de solução de conflitos, funcionando como efetivos equivalentes jurisdicionais, ao promoverem a substituição da decisão do magistrado, investido do poder-dever do Estado, pela decisão conjunta das partes.

A expressão “equivalentes jurisdicionais” é comumente empregada a fim de designar os meios pelos quais se pode atingir a composição da lide por atuação dos próprios litigantes ou, ainda, pela atuação de um particular (que embora desprovido de poder jurisdicional estatal, é eleito pelas partes para definir o impasse)¹⁹.

Não se pode deixar de mencionar, neste ponto, que a concepção de equivalentes jurisdicionais foi desenvolvida por Francesco Carnelutti para quem, certos atos, embora não determinados pelo interesse estatal de solução de conflitos, contam com o reconhecimento de, sobre certas condições, serem dotados de idoneidade para alcançar o mesmo escopo ao qual tende a jurisdição. Os equivalentes jurisdicionais apontados por Carnelutti são, então: a)

¹⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5 ed. São Paulo: Método, 2019. p. 167.

¹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5 ed. – São Paulo: Método, 2019.p. 170.

¹⁹ LEITE, Gisele. *Desenvolvimento do Direito Processual*. Jus Vigilantibus, Vitória, 19 ago.2004. Disponível em: [HTTP://jusvi.com/doiutrinas_e_pecas/ver/2165](http://jusvi.com/doiutrinas_e_pecas/ver/2165). Acesso em 12 de outubro de 2020.

processo estrangeiro; b) processo eclesiástico; c) autocomposição (composto por três formas de extinção do processo com julgamento de mérito: renúncia, reconhecimento e transação); d) composição processual; e) conciliação; f) compromisso (intervenção de juízes privados).²⁰

Na prática, todavia, não há uma separação total entre as formas jurisdicionais estatais e os meios ditos alternativos de solução de conflitos ou equivalentes jurisdicionais, uma vez que todos esses métodos integram o chamado sistema multiportas, por meio do qual é possível às partes de um conflito realizarem a opção por qual método pretendem dirimir a sua controvérsia. E, por isso, a nomenclatura métodos adequados soa mais pertinente, na medida em que a depender das partes envolvidas no conflito, do tipo e da complexidade, um ou mais de um método se mostrará como mais pertinente à resolução daquele litígio e, por conseguinte, como mais propenso a garantir amplo e efetivo acesso à justiça.

Assim, pondera Carlos Alberto de Salles, que a maioria destes métodos alternativos não opera em instituições autônomas e independentes de sanções legais – ao contrário, eles geralmente estão próximos de instituições jurídicas, dependendo de normas e sanções e operando à sombra de uma possível atuação judicial.²¹

Dessa maneira, a concepção de um sistema multiportas por meio da institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos tem o propósito de paralelamente à prestação da tutela jurisdicional pela via de um processo judicial, possibilitar aos cidadãos novas vias para a solução de seus conflitos, preferencialmente por métodos consensuais que se mostrem pertinentes às características do litígio posto, visando a efetividade do direito de acesso à justiça e, como consequência a promoção de uma cultura de pacificação social.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto processuale civile, v.1, Pádua: Cedam, 1936. p. 154.

²¹ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 785.

3.2. Os reflexos dos métodos adequados de solução de conflitos no acesso à justiça

Inicialmente, cumpre pontuar que a difusão dos métodos adequados de solução de conflitos está atrelada a vários fatores, sendo necessária a construção paulatina de uma cultura de pacificação social por meio da qual a adoção desses métodos passará a ser natural entre os cidadãos como forma de acesso à justiça.

Isso porque, tendo em vista que a sociedade brasileira é pautada, historicamente, em uma cultura do litígio, com tradição da resolução de conflitos por meio da via judicial, os métodos adequados de solução de conflitos não eram até o advento da sua institucionalização e da formação de um sistema multiportas privilegiados e difundidos, sendo portanto recente a sua inclusão no sistema processual brasileiro conforme acima se apresentou.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe discorre que os meios ditos alternativos acabavam sendo pouco utilizados por ao menos quatro razões: arraigada tendência de solução adjudicada pelo juiz (decorrente da formação acadêmica e agravada pela sobrecarga de serviços do magistrado); preconceito quanto aos meios alternativos (especialmente pelo receio de que possam comprometer o poder jurisdicional); falsa percepção de que conciliar seria menos nobre do que sentenciar; percepção de que, para avaliação de merecimento pelos membros do Tribunal, serão consideradas as boas sentenças proferidas (e não atividades conciliatórias).²²

Contudo, esse cenário vem se modificando. Ainda que vagarosamente, já é possível analisarmos efeitos positivos.

A contemplação dos métodos adequados de solução de conflitos no Brasil, por meio da institucionalização trazida em legislações processuais nas últimas décadas, seguindo tendência internacional nesse sentido, vem corroborando para a consolidação de um sistema multiportas no país, por meio do qual as partes envolvidas em um conflito podem escolher o método por meio do qual resolverão o impasse em que estão inseridas.

²² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. Luiz; MORAES, M.Z. (Coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005, p. 686-687

Com essa possibilidade, é inegável a ampliação do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que os cidadãos passaram a ter a possibilidade de escolha entre várias portas, ou seja, entre várias formas de dirimir os seus conflitos e, dessa forma, gozarem efetivamente de seu direito fundamental.

Dentre as vantagens da adoção de métodos adequados de solução de conflitos, alternativos ao processo judicial, é possível reunir a obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; a ampliação de opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito; o aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso.

José Roberto Nalini acrescenta ainda ponto positivo da utilização dos métodos adequados de solução de conflitos em um aspecto psicológico, na medida em que o acordo é capaz de inspirar nas partes a convicção de que se ajustaram espontaneamente, tendo prevalecido o bom-senso, o desapego e a luta contra a intransigência e o egoísmo²³.

A fim de exemplificar um pequeno, mas ainda assim avanço na difusão dos métodos adequados de solução de conflitos, conforme relatório denominado “Justiça em Números” de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2019:

Há de se destacar o impacto do novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Em três anos, o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%).²⁴

Mais um ponto positivo que se vislumbra é que a escolha de métodos adequados à resolução de conflitos pelas partes envolvidas no litígio normal-

²³ NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: RT, 1994. p. 90.

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em 25 de agosto de 2020. p. 179.

mente garante maior pacificação social e, também, aumenta as chances de as partes manterem seus relacionamentos após a solução de sua controvérsia de maneira consensual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o direito fundamental ao acesso à justiça ainda enfrenta alguns obstáculos, dentre os quais se destaca o abarrotamento do Poder Judiciário na prestação jurisdicional que, apesar dos avanços, ainda se apresenta morosa, de forma que o tempo médio de duração de um processo normalmente demora mais do que o razoável, isto é, do que o tempo que deveria durar, o que ainda reflete um grande número de processos judiciais em trâmite e uma sociedade ainda atualmente voltada à uma cultura do litígio, por meio da adoção de um sistema pautado na solução processual e estatal dos conflitos.

Contudo, conforme se observou, nas últimas décadas, com a institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos, contemplando, assim, um sistema multiportas para a resolução de conflitos no Brasil, o cenário tende a mudar, ainda que timidamente e paulatinamente, dando espaço à promoção de uma cultura de pacificação social pautada no consenso, fomentar a garantia constitucional ao acesso à justiça.

Com a promoção dos métodos adequados de solução de conflitos, há uma tendência de diminuição nos números de processos judiciais em trâmite e, com isso, uma ampliação ao acesso à justiça de foram efetiva e devida, com a sedimentação de um nova cultura de pacificação social.

Assim, para que haja a superação de um paradigma cultural de pacificação social, tradicionalmente pautado no conflito, para o consenso, é imprescindível o entendimento teórico e prático prévio dos métodos consensuais de resolução de conflitos, a fim de que a conciliação, a mediação, a arbitragem e outras formas de negociações, deixem de ser mecanismos concebidos como alternativos e passem a ser vistos, de fato, como instrumentos necessários e adequados à resolução dos conflitos que se apresentam, cada vez mais complexos e diversificados no contemporâneo contexto social.

Em outros termos, o empenho e a torcida é a de que os métodos ade-

quadros de solução de conflitos e o sistema multiportas no Brasil possa ser cada vez mais conhecido, fomentado e privilegiado, adentrando à realidade cultural brasileira e que os operadores do direito possam reconhecer e desfrutar dos novos contornos e tendências de resolução de conflitos, com maior destaque aos métodos consensuais de resolução de conflitos, através da conjugação da teoria e da prática, permitindo assim a sua difusão aos cidadãos.

Somente com um trabalho gradativo de entendimento do sistema multiportas e por meio da adoção dos métodos adequados de solução de conflitos na prática é que será possível a mudança de mentalidade na sociedade, que sob essa ótica possa então impulsionar a formação de uma cultura de pacificação social baseada no consenso, a qual impactará, diretamente e positivamente, na ampliação e na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil.

E, para tanto, é imprescindível que o conhecimento desse sistema multiportas e de todas as vertentes existentes para a resolução de conflitos se faça presente desde a educação jurídica dos operadores do direito, bem como também permaneça acessível a todos os responsáveis pela orientação e informação aos cidadãos, possibilitando o mais amplo, efetivo e adequado acesso à justiça, com a distribuição de justiça e a consequente pacificação social almejada.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%20%C2%BA%20do%20art. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, ano 19, n. 74, São Paulo, abr-jun. 1994.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto processuale civile, v.1, Pádua: Cedam, 1936. p. 154.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2020: ano-base 2019/ Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> . Acesso em 28 de agosto de 2020.*

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LEITE, Gisele. *Desenvolvimento do Direito Processual. Jus Vigilantibus*, Vitória, 19 ago.2004. Disponível em: http://jusvi.com/doiutrinas_e_pecas/ver/2165. Acesso em 12 de outubro de 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: Opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (Coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 785

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul: West Publishing, 1979.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5 ed. – São Paulo: Método, 2019.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YAR-SHELL, F. Luiz; MORAES, M.Z. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005.

OS MORADORES DE RUA E A AMPLIAÇÃO DE SUA VULNERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Gabriela Natacha Bechara¹

Nelson Rodrigues²

Priscilla Hiroko Shimada Pito³

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar o aumento da vulnerabilidade dos moradores de rua, durante a pandemia de COVID19 no Brasil, para tanto definiremos o termo moradores de rua e abordaremos como a pandemia tem afetado esse grupo de vulneráveis e as medidas preventivas que têm sido tomadas a fim de efetivar os direitos humanos deste grupo. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas, permitindo concluir que a pandemia fortificou e criou novas barreiras a preservação de direitos deste grupo.

PALAVRAS-CHAVE

Moradores em situação de rua, moradores de rua, Covid-19, vulnerabilidade, medidas preventivas.

¹ Professora e Advogada. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Coordenadora Adjunta do PPGD/Univem. Professora do curso de graduação em Direito do Univem.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Pós Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio (2019). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú – FIJ (2017).

³ Mestranda em direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Especialização em Pós Graduação em Direito Tributário pela Faculdade Damásio (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2015).

INTRODUÇÃO

Vive-se hoje uma época de grande apreensão mundial, por conta da pandemia de COVID19, que rapidamente se espalhou pelo mundo e obrigou diversos países e tomarem medidas emergenciais a fim de preservar a sua população.

Pesquisas apontaram a grande dificuldade que o mundo teve em lidar com o vírus, pois muitos países que foram resistentes em reconhecer a gravidade de sua situação, tiveram que se fechar em *lockdown* e tiveram uma grande perda de vidas humanas.

Ante à realidade exposta, o presente estudo tem como objetivo abordar como a pandemia impactou em um grupo de pessoas “invisíveis” aos governos, o grupo de moradores em situação de rua.

O artigo busca responder como a pandemia impactou na vulnerabilidade dos moradores em estado de rua e quais medidas têm sido tomadas a fim de preservar a dignidade da pessoa humana desse grupo.

O interesse pelo tema surgiu, pois, esse grupo de vulneráveis, já sofria muito para ter a efetivação dos seus direitos em um cenário cotidiano. E seus problemas só foram potencializados e somados a outros, que até então não existiam, antes da época da pandemia.

O estudo se mostra relevante, pois, cada grupo social foi afetado de uma forma pela pandemia. Porém os grupos considerados vulneráveis, que é o caso dos moradores de rua, sofreram um impacto ainda maior na efetivação dos seus direitos. Impacto este que deve ser demonstrado e estudado.

As áreas do conhecimento abrangidas pela presente pesquisa apresentam caráter transdisciplinar, perpassando searas distintas de Direitos Humanos e Direito Civil.

A metodologia empregada no desenvolvimento desta pesquisa foi a pesquisa bibliográfica realizada a partir de consultas a doutrinas e legislações que se dedicam ao estudo da vulnerabilidade dos moradores de rua e quais consequências a pandemia de COVID19 trouxe na efetivação dos direitos humanos desse grupo.

1 OS MORADORES DE RUA NA QUALIDADE DE VULNERÁVEIS.

Para este trabalho usaremos como definição de moradores de rua⁴, aqueles que fazem da rua o seu lar, seja de forma temporária ou permanente. De encontro com as palavras de. Simões Junior:

Um segmento de baixíssima renda que, por contingência temporária ou de forma permanente, está habitando nos logradouros públicos da cidade (praças, calçadas, marquises, jardins, baixos de viaduto), áreas degradadas (galpões e residências abandonadas, edifícios em ruínas, carcaças de veículos etc.) ou ainda, eventualmente, pernoitam em albergues públicos ou privados em “camas quentes”. Portanto, o lugar de pernoite é tomado como indicador da condição de rua, em que reflete o conjunto de privações e dificuldades presentes nessa condição (SIMÕES JR., 1992).

Moradores em condição de rua, tem como característica mais marcante em nossa doutrina, a situação de baixíssima renda e o uso de drogas e entorpecentes. Suas outras características são muito pouco estudadas e exploradas. Até mesmo pela dificuldade no mapeamento dessas pessoas, que são itinerantes.

Na maior parte das descrições que encontramos, percebemos que a estereotipização é a de que são pessoas marginalizadas, que vivem à beira da sociedade. E que encontram muito pouca empatia por parte dos cidadãos.

Essa pouca empatia, provavelmente se dá por um preconceito enrustado na história da humanidade. Pois desde os tempos antigos, como por exemplo na Grécia, os mendigos e marginalizados eram vistos como vagabundos ou ladrões. E eram culpados pela sociedade por serem diferentes.

A mudança de paradigma, começou a acontecer com o nascimento dos Direitos Humanos, que começou a enxergar cada indivíduo como digno

⁴ No Dicionário Larousse da Língua Portuguesa, Rua significa: [...] 3 Os moradores de rua. 4 A plebe. Interjeição exprime despedida violenta e grosseira. R. da Amargura: tortura, sofrimento. Arrastar pela rua da amargura: atacar

de proteções do seu mínimo existencial. O que fez, com que todos os cidadãos, inclusive os marginalizados, começassem a ser vistos como pessoas que merecem ter a sua dignidade respeitada, independentemente da situação na qual se encontrem.

Porém esse entendimento de pessoa com dignidade e direitos, ainda não foi efetivado no ordenamento jurídico brasileiro (e nem em nenhum outro ordenamento jurídico do mundo, pelo menos não em sua plenitude). Apesar de termos movimentos e leis que defendem o mínimo existencial para esses cidadãos. Muitos deles não têm acesso a isso ainda. Exemplificaremos abaixo, uma situação não pouco comum, no que diz respeito aos moradores de rua nos dias de hoje;

Os corpos variavam entre os ativos, cujo ritmo na execução das ações era semelhante a grande parte das pessoas; esses normalmente se ocupavam vendendo pequenos **objetos encontrados nos lixos**, ou lavando roupa e limpando o local onde dormem. Os superativos, que realizavam ações em ritmo muito acelerado, muitas delas sem nenhum sentido prático, talvez sob o efeito de alguma droga; os muito lentos, que variavam entre o **entorpecimento provocado pelo álcool e a droga**, que os fazia ficar horas dormindo no asfalto fervendo, em posições totalmente desconfortáveis e os que, devido a fome, frio e privações, chegavam quase ao nada, à ausência de ações, quase um ser amorfo, cuja respiração era o único indício de vida. (Colla, Silman e Hirson, 2002, p. 117)

Apesar da tentativa da desconstrução desse paradigma de que os moradores de rua são a “escória da sociedade”, esse trabalho de mudança de pensamento, é algo muito lento, gradual. Para boa parte da população os moradores em condição de rua são

“Considerados e considerando-se como no estágio final da degradação humana, os que vivem na rua são tomados pelo medo de terminar como um dejetos na sarjeta, símbolo da queda e do fracasso, com os sinais da degeneração mais visíveis e facilmente reconhecidos por todos: a doença física, a sujeira, a loucura, o alcoolismo, o isolamento, a falta de laços sociais duradouros”. (ZALUAR, 1995, p. 55-56)

Uma grande marca dos moradores em situação de rua, e que simboliza essa degradação, é o mau cheiro. Que ironicamente, acaba muitas vezes por lhes ser útil, uma vez que funciona como proteção contra as pessoas. Já que seu corpo é o seu último santuário; pois ela já perdeu todo o resto. Perdendo o seu direito de ter uma raiz, seu lugar no mundo, sua memória e seu direito de pertencer a uma comunidade. (VICENTE,1995, p. 25)

Os moradores de rua, são aqueles que vivem em uma situação de extrema instabilidade, muitas vezes não tendo um lugar fixo de moradia ou uma forma de contato permanente com a família. Ele vive de “bicos” (trabalhos transitórios) e possui um precário apoio efetivo e social, que por consequência faz com que esses indivíduos se encontrem impedidos de estabelecer projetos de vida, e até de resgatar uma imagem de si mesmo (VIEIRA, 1994, p. 26)

O que falta em toda essa narrativa, muitas vezes é entender que o “processo de ida para a rua a busca, as vezes desesperada, de alternativas de sustento pessoal ou familiar. As pessoas nessa condição geralmente informam que tem uma profissão” ” (COSTA, 2005, p. 09). Porém a sociedade na qual vivemos, temos a ideia de que o trabalho e a boa aparência conferem dignidade a pessoa, e quando a pessoa perde essa característica, mesmo que temporariamente, ela é engolida pela sociedade e seus julgamentos.

Toda essa situação de marginalização da pessoa, junto com outros fatores acima apresentados. Dão ao morador de rua o status de vulnerável perante a sociedade. Os vulneráveis, nada mais são do que um grupo de pessoas consideradas “invisíveis”, pois as pessoas deste grupo, tem como característica em comum ter seus direitos mais suscetíveis de violação e serem vítimas de intolerância.

Segundo Rogers e Ballantyne, podemos dividir as fontes de vulnerabilidade em dois tipos: A vulnerabilidade extrínseca, que é causada por circunstâncias externas, como a falta de recursos financeiros. E a vulnerabilidade intrínseca, que é aquela originada por características que têm a ligação com o próprio indivíduo, como uma doença grave ou uma idade avançada.⁵

Em outras palavras, podemos dizer que a vulnerabilidade atinge

⁵ ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde, Rio de Janeiro, v. 2, p. 31-41, dez. 2008

todo aquele que destoa do padrão de normalidade imposto pela sociedade, desde que a pessoa não tenha condições (financeiras por exemplo) de lutar contra essas agressões ao seu direito

Faremos agora um pequeno parêntese, para explicar a diferença e semelhanças entre minorias e grupos vulneráveis, já que esses institutos trazem uma certa confusão.

- a) Os grupos de vulneráveis podem ser numericamente expressivos, não podendo ser considerados minorias. Como é o caso de mulheres e idosos. Sendo assim uma vulnerabilidade de poder e não quantitativa. (SÉGUIN, 2002, p. 12)
- b) As minorias podem não sofrer discriminação. Porém na maioria das vezes elas sofrem não apenas discriminação, como também intolerância, igual ao grupo de vulneráveis. (SÉGUIN, 2002, p. 12)
- c) Os vulneráveis muitas vezes não têm noção sobre quais são os seus direitos. Portanto não saberão também, como assegurá-los. O que não é uma regra, no caso das minorias. (SÉGUIN, 2002, p. 12)
- d) Os grupos de minorias não possuem uma única característica étnica, religiosa e linguística. Não tendo um elemento de permanência ou lealdade do estado em que vivem. (MAZARÍO, 1997, p. 198).⁶

Analisando as características acima, podemos concluir que “uma minoria é sempre um grupo vulnerável, entendendo por tal um grupo não dominante subordinado à sociedade, mas não sucede o mesmo ao contrário, isto é, nem todo grupo vulnerável é uma minoria” (MAZARÍO, 1997, p. 198).

Assim sendo, podemos classificar os moradores de rua, como um grupo de vulneráveis. Não se encaixando necessariamente também em um grupo de minorias (isso depende muito da localização geográfica).

⁶ Essa definição é importante para entendermos que grupos de refugiados, asilados e estrangeiros, não são considerados minorias e sim vulneráveis.

Tanto os vulneráveis, como as minorias, são grupos sociais, total ou parcialmente excluídos. E por isso, devemos sempre buscar medidas legais e administrativas a fim de proteger esses grupos contra atos da maioria que tendam a discriminá-los” (SAMPAIO, 2003, p. 94).

2 A PANDEMIA DE COVID-19 E COMO ISSO AFETOU OS MORADORES DE RUA

Iniciando-se em 2019 e tendo seu grande desdobramento em 2020, infelizmente presenciamos e vivemos uma grande pandemia. Tal acontecimento teve suas proporções exponencializadas justamente pela interação entre as nações e as pessoas, o que foi propício para uma alta circulação do vírus da COVID-19.

Um vírus de fácil contágio e sintomas que não podem ser previstos em sua totalidade, de modo que grande parte das pessoas que contraem o vírus, sofrem com alguns sintomas corriqueiros que podem se agravar devido a saúde e idade, especificamente de acordo com cada caso.

Devido ao pouco tempo de estudos, justamente pela disseminação e descoberta recente do vírus. Não existe uma posição adotada que pode ser dita ou tida como totalmente certa, ou que também esteja errada.

O que temos hoje em dia, são apenas alguns procedimentos mais eficazes, bem como sintomas que se apresentam em mais casos, não tendo assim uma unanimidade em relação ao diagnóstico e tratamento.

Toda essa incerteza, gera uma preocupação ainda maior, principalmente para a população mais vulnerável, como é o caso dos moradores de rua. Já que essas pessoas no geral, não podem se dar ao luxo por exemplo de se isolarem.

O insuficiente conhecimento científico sobre o novo coronavírus, sua alta velocidade de disseminação e capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis geram incertezas quanto à escolha das melhores estratégias a serem utilizadas para o enfrentamento da epidemia em diferentes partes do mundo. No Brasil, os desafios que se apresentam são ainda maiores, pois pouco se sabe sobre as características de trans-

missão da Covid-19 num contexto de grande desigualdade social e demográfica, com populações vivendo em condições precárias de habitação e saneamento, sem acesso constante à água, em situação de aglomeração e com alta prevalência de doenças crônicas (BARRETO).

É possível perceber que existe uma gama gigantesca de fatores e possibilidades para que ocorra um agravamento ainda maior no caso de uma pandemia como estamos vivendo hoje, onde as rotinas e a vida como um todo estão sendo afetadas.

Sem ações concretas direcionadas às pessoas em situação de rua, elas não vão “sofrer apenas com o vírus”, mas também com a fome, a ausência de higiene e a escassez de água, como acredita Vanilson Torres. De acordo com documento publicado pelo Movimento Nacional da População em Situação de Rua, do qual ele faz parte, e por outras organizações, com propostas da sociedade civil para garantia de direitos humanos, proteção e atendimento a essas pessoas, “a população em situação de rua aparece com um dos grupos sociais mais vulneráveis” diante da pandemia de Covid-19, o que evidencia um cenário de desigualdade e injustiça social. “A atenção especial a essa população é necessária por diversos aspectos. Pelas condições sociais, por ela estar nas ruas, pela ausência de higiene e água potável, pela ausência de segurança alimentar” (...) (Informe Ensp).

Esta proteção, é essencial para manutenção de vidas, uma vez que pessoas em situação de rua estão sempre mais suscetíveis a todo tipo de malféficos, propiciados pelo desalento gerado pela situação de rua.

No Brasil, é notório o impacto gerado pela pandemia a curto, médio e longo prazo, é algo preocupante, de modo que as pessoas mais afetadas, não conseguirão pagar suas prestações, nem aluguéis e provavelmente acabaram nas ruas, além de um total desrespeito e preconceito com as pessoas que já se encontram em situação de rua. Onde as mesmas não encontram abrigos, quando os encontram, estão superlotados e em condições sub-humanas.

Observamos que o desrespeito pelos preceitos constitucionais é iminente, o que acarreta grandes prejuízos para população. Não existindo dignidade, muito menos respeito aos direitos sociais, uma vez que apenas o texto

constitucional por si só não é capaz de suprir as necessidades vitais básicas.

É necessário um grande empenho por parte do Estado, a fim de assegurar o mínimo existencial e a dignidade humana dessas pessoas em condições de rua. O que só lhes será garantido, muitas vezes com o seu acesso à justiça.

Muitas instituições já têm se movimentado neste sentido, como é o caso da Defensoria Pública e o Ministério Público, que elaboraram a RECOMENDAÇÃO LEGAL Nº 3/2020, com recomendações a respeito de como resguardar os direitos dos moradores em situação de rua durante essa época de pandemia.

Essa recomendação é de suma importância, visto a extrema necessidade de cuidados que os hipossuficientes, principalmente as pessoas em situação de rua estão enfrentando neste exato momento. Uma situação difícil pelo simples fato de existir, onde uma pandemia desta magnitude multiplica as dificuldades e necessidades.

Justamente por isso, passamos agora a tratar sobre algumas dentre as recomendações contidas na RECOMENDAÇÃO LEGAL Nº 3/2020, uma vez que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

- a) Diante do cenário de gravíssimo adoecimento pandêmico que coloca em situação de grave risco e de iminente perigo público a sociedade brasileira, incumbe aos poderes públicos a implementação de formas solidárias de cuidado para com os setores populacionais mais vulneráveis, entre os quais a população em situação de rua;
- b) São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, conforme estabelece o artigo 197 da Constituição da República.
- c) As pessoas em situação de rua, em razão da sua condição, ten-

dem a ter o organismo mais debilitado e que muitas já possuem quadros crônicos de doenças que comprometem a sua resistência, como a tuberculose, estando mais suscetíveis à contaminação como também ao desenvolvimento de sintomas graves, como síndrome respiratória aguda grave e complicações;

- d) Viver em situação de rua expõe as pessoas a diversas condições que aumentam a vulnerabilidade e expõem riscos à sua saúde, como recusa de acesso a políticas públicas, violências, privação de sono, estado constante de alerta, alimentação precária e pouca disponibilidade de água potável e das condições de higiene, depressão, que geram agravamentos à saúde por vezes irreversíveis;
- e) As medidas de prevenção ao COVID-19 devem observar os princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, estabelecida pelo Decreto 7.053/2009, especialmente o do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 5º, inciso I, do mencionado decreto), da valorização e respeito à vida e à cidadania (inciso III), bem como do atendimento humanizado e universalizado (inciso IV), sendo vedadas ações de caráter higienista, tais como a internação compulsória ou a retirada de pertences e de pessoas de seus locais de trabalho e repouso.

Disponibilizando desta forma também, equipamentos e serviços que atendam à população em situação de rua. Lhes fornecendo, álcool em gel, máscaras faciais descartáveis, materiais informativos sobre a COVID-19, também a destinação de espaços específicos equipamentos e serviços que atendam esta população.

Todas essas medidas, dentre muitas outras que são recomendadas, vem justamente com o intuito de minimizar o máximo possível o sofrimento deste grupo de pessoas que já estão sofrendo há algum tempo ou que sofreram pelos impactos da pandemia.

As diretrizes contidas na RECOMENDAÇÃO LEGAL Nº 3/2020, são apenas Recomendações, sem caráter coercitivo ou vinculativo. Mas servem como norte, para o respeito do mínimo necessário para o respeito dos direitos humanos desse grupo de vulneráveis durante a pandemia.

Caso esses direitos não sejam respeitados, caberá aos mesmos órgãos signatários, o Ministério Público e a Defensoria Pública, se manifestar juridicamente em defesa desse grupo de vulneráveis. Buscando efetivar judicialmente os direitos dos moradores em situação de rua. Já que, como explorado anteriormente, enfatizamos que uma das características presentes nos grupos de pessoas vulneráveis, muitas vezes é a falta de conhecimento a respeito dos próprios direitos, motivo pelo qual devem ser protegidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta oportunidade, estudou-se os impactos trazidos pela COVID19 no grupo de vulneráveis denominados moradores em situação de rua, com destaque para o respeito aos seus direitos durante a pandemia.

Para tanto, passou-se à análise delimitativa sobre a definição de pessoas em situação de rua e sua vulnerabilidade. Foi apresentada as características de moradores em situação de rua e definições sobre o que são grupos de vulneráveis. Traçando ao final do capítulo uma explicação sobre as diferenças e semelhanças entre grupos de minorias e de vulneráveis.

A partir daí, finalizamos falando sobre os impactos que a pandemia de COVID19 acarretou na vida dos moradores em situação de rua. Enfatizando medidas trazidas na RECOMENDAÇÃO LEGAL Nº 3/2020, pelo Ministério Público e a Defensoria Pública.

Assim, resta demonstrado que os moradores de rua, antes já faziam parte de um grupo de vulneráveis. Porém com o advento da pandemia de COVID19, a sua situação de vulnerabilidade foi acentuada, encontrando novos obstáculos, que devem ser combatidos pelo Estado, a fim de efetivar os direitos humanos dos moradores em estado de rua.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Mauricio Lima; et al. **O que é urgente e necessário para subsidiar as políticas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil?** REV BRAS EPIDEMIOL 2020; 23: E200032. Disponível em: <https://www.scielo.org/articulo/rbepid/2020.v23/e200032/>. Acesso em: 07 Out 2020.

BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. **“Minorias e Grupos vulneráveis, multiculturalismo e Justiça Social: Compromisso da Constituição Federal de 1988. in “Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva”**, Dirceu Pereira Siqueira e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (Orgs). 1. Ed. Birigui-SP: Boreal, 2013.

COLLA, A. C.; SILMAN, N. e HIRSON, R. S. (2002). Um dia.... – **Um passo adiante**. Revista do Lume, n. 4, pp. 85-129. Campinas, SP, Unicamp.

COSTA, ana Paula motta. **População em situação de rua**, contextualização e caracterização. Revista Virtual Textos e contextos, nº 4, Porto Alegre, PUC-RS, 2005, Disponível em <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/993/773>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

INFORME ENSP. **Desigualdade social e econômica em tempos de Covid-19**. Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 13/05/2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/desigualdade-social-e-economica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 07 Out 2020.

ISER, Betine Pinto Moehlecke; et al. **Definição de caso suspeito da COVID-19: uma revisão narrativa dos sinais e sintomas mais frequentes entre os casos confirmados**. Epidemiol. Serv. Saude, Brasília, 29(3):e2020233, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/ress/2020.v29n3/e2020233/>. Acesso em: 07 Out 2020.

KAWASH, S. **“The Homeless Body”**. In: Public Culture., 1988

LAROUSSE CULTURAL. **Dicionário Larousse Cultura da Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Cultural, 1999

MACEDO, Yuri Miguel; ORNELLAS, Joaquim Lemos; BOMFIM, Helder Freitas. **COVID-19 NAS FAVELAS E PERIFERIAS BRASILEIRAS**. Boletim de Conjuntura – BOCA. Ano II | Volume 2 | Nº 4 | Boa Vista | 2020.

MAZARÍO, José Maria Contreras. **Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorías Religiosas: de la tolerância a la interculturalidad**. Tirant monografías. España, Universidad de Sevilla Pablo D’Olavide, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o Pluralismo na Encrusilhada (I) – **A Justiça Constitucional como Guardiã das Minorias Políticas**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, jun./dez. 2003.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SIMÕES Jr., J. G. (1992). **Moradores de rua**. Revista Polis. São Paulo.

VICENTE, Cenise. “Campinas”. In: ROSA, Cleisa M.M. (org.). **População de Rua: Brasil e Canadá**. São Paulo: Hucitec, 1995.

VIEIRA MdaC, Bezerra EMR, Rosa CMM. (Org.). **População de rua: quem é? Como vive? Como é vista?** São Paulo: Hucitec. 1994

ZALUAR, Alba. “Comentários dos assessores sobre o perfil da população de rua” In: ROSA, Cleisa M.M. (org.). **População de Rua: Brasil e Canadá**. São Paulo: Hucitec, 1995.

OS PODERES DE INSTRUÇÃO DO JUIZ: ENTRE IDEOLOGIAS, ÔNUS DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Luiz Roberto Hijo Sampietro¹

RESUMO

Para o direito, os fatos são de curial importância: sem esses últimos, aqueles perdem a origem. Em contrapartida, a escorreita aplicação do direito aos fatos controvertidos no processo judicial depende, inicialmente, das provas que serão coligidas aos autos. São esses alguns dos motivos que justificam a revisitação de dois assuntos fundamentais a todos os que desenvolvem atividades forenses: a amplitude dos poderes de instrução do juiz e as regras disciplinadoras do ônus da prova. Assim, esse artigo visa ao estudo dos referidos temas à luz de algumas concepções sobre a verdade no processo civil e, também, a respeito de como as ideologias instrumentalista e garantista veem os poderes instrutórios do juiz. Ao final, o texto faz breve aceno à disciplina do ônus probatório dinâmico previsto no Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE

Fatos - provas - verdade - poderes de instrução do juiz - ônus da prova.

¹ Doutorando e mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em direito empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em direito pela Universidade São Judas Tadeu (USJT). Advogado. E-mail: betohijo@yahoo.com.br

1 OS FATOS DEPENDEM DAS PROVAS: A INSTRUMENTALIDADE DA PROVA, OS PODERES DE INSTRUÇÃO E O ESCOPO DO DIREITO PROBATÓRIO NA DINÂMICA DO PROCESSO CIVIL

Parece ser até mesmo intuitivo afirmar que o correto julgamento das pretensões deduzidas em juízo pressupõe a convicção do magistrado a respeito dos fatos debatidos nos autos do processo. A fixação dos fatos em consonância com a realidade pretérita é determinante para a descoberta da verdade e de um julgamento justo.

Dessa forma, avulta em importância o uso dos poderes de instrução do juiz para a otimização da fase instrutória da causa: ela é decisiva para saber qual dos litigantes está com a razão². Tal não é por acaso, uma vez que o direito nasce dos fatos (*ex facto oritur jus*)³; no âmbito do direito processual, o fato judicializado^{4,5} é tido como constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito substancial reivindicado.

Voltada à distribuição do ônus de provar, a regra contida no art. 373, do Código de Processo Civil, carrega aos litigantes o encargo de demonstrar as respectivas afirmações de constituição ou desconstituição das pretensões postuladas em juízo. Dessas duas constatações – o direito nasce do fato e cada interessado possui o ônus de provar a própria versão dos fatos controvertidos –, irrompe a inexorável conclusão de que as provas e, em última análise, o direito

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.

³ Porém, é necessário advertir: a absoluta separação entre fato e direito é *artificial*, pois os fatos estão implícitos na formulação do suporte fático abstrato, responsável por indicar a importância jurídica do fato. (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 268)

⁴ Para Carnelutti, o fato jurídico é um fato material (do mundo fenomênico) modificado por uma situação jurídica. (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, item 82, p. 255)

⁵ Com apoio na prestigiosa doutrina *carneluttiana* sobre o direito probatório, Simone Trento esclarece que falar na prova dos fatos nada mais é do que uma simplificação (eclipse), pois aquilo que os litigantes trazem aos autos do processo são *afirmações ou proposições a respeito de acontecimentos pretéritos*. Dessa forma, a atividade probatória recairá sobre hipóteses descritivas de como os fatos teriam ocorrido. (*As cortes supremas diante da prova*. São Paulo: RT, 2018, p.21)

probatório, dão concretude às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁶, possuem relação instrumental/teleológica com a versão dos fatos⁷ exposta pelo autor e contraposta pelo réu, e visam à busca da verdade.

Ultimado esse breve esclarecimento introdutório, passa-se ao desenvolvimento do tema nas linhas seguintes a partir do emprego do método dialético, responsável pelo confronto de teses e antíteses para a obtenção de sínteses.

2 PROVA, CERTEZA E ALGUMAS DAS CONCEPÇÕES SOBRE A VERDADE

Em um de seus últimos estudos, Francesco Carnelutti revisitou a concepção dele sobre a obtenção da verdade no processo judicial, revelou as vicissitudes e limitações intrínsecas ao pensamento humano e concluiu favoravelmente à impossibilidade de se atingir a *verdade absoluta* nos quadrantes de um litígio. Por esse motivo, o jurista italiano passou a sustentar que o processo visa à obtenção de *certeza*, porque o ato de julgar é, em essência, uma escolha⁸.

A descoberta da verdade é um assunto que sempre está presente

⁶ Sobre a vertente constitucional do direito à prova, conferir GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de direito processual: coleção José do Patrocínio*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 363-365, e YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 317-323. Para esse último autor, a prova consubstancia direito autônomo, desvinculado do *periculum in mora* insito às medidas cautelares e do próprio caráter teleológico historicamente atribuído ao direito probatório. Ao que parece, o legislador do CPC/15 acolheu a tese de Yarshell ao positivar o procedimento autônomo de produção antecipada de prova, nos arts. 381 a 383 do Código. O nome de batismo do instituto – produção antecipada da prova – parece-nos inadequado porque reforça a ideia de que a prova é sempre dependente de uma demanda principal, o que contraria a regra do inciso III do art. 381, que admite a utilização do procedimento como forma de esclarecimento dos fatos controvertidos e como meio de evitar a propositura de ação judicial.

⁷ TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 237: "In realtà il giudizio di fatto verte su *enunciati* relativi a fatti, e mira a stabilire quali enunciati, relativi a quali fatti, possono considerarsi veri ai fini della decisione". O destaque é do texto original.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 200, 1965, p. 4-9.

na pauta de preocupações de filósofos, historiadores e juristas. É tema árido, permeado de controvérsias, e já eleito como conceito-chave para a filosofia e para a cultura geral⁹. Há mesmo quem chegue ao ponto de rotular como *verifóbicos* aqueles que são refratários ou céticos sobre a possibilidade de se atingir a verdade¹⁰. Mas, em se tratando de processo judicial e, especificamente, de processo civil, de qual verdade se fala ou se cogita alcançar?

Mesmo diante da impossibilidade de o processo reconstruir os fatos litigiosos com extrema fidelidade¹¹⁻¹², a doutrina processual passou a desenvolver inúmeras concepções de verdade¹³ com o objetivo de saber qual delas é a que mais se conforma com os objetivos do processo judicial.

2.1 A dicotomia verdade formal/processual e verdade material/real

Essa é a classificação de verdade mais difundida no direito. A verdade formal/processual seria a que se desenvolve no interior da relação processual, limitada pelo trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, a verdade real/material é a *verdade verdadeira*, apurada fora dos autos do processo e sem limitação espaço-temporal de análise. Outra classificação que tenciona a revelar a

⁹ MARCONDES, Danilo. *A verdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.11.

¹⁰ Com expressa menção à doutrina de Alvin Goldman, filósofo americano responsável por profundos estudos de epistemologia e difusor da *veriphobia*, PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coords. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral. Org. Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, p. 189.

¹¹ Castanheira Neves adverte que a verdade absoluta é incompatível com os objetivos do pensamento jurídico, uma vez que esse último tem de se adequar às exigências normativas para a realização concreta do Direito. Ao sintetizar as contundentes perorações de sustentação do seu raciocínio, o jurista português assim se pronunciou: “Do que se disse resulta tão-só que as determinações dos pressupostos do decidir e do agir prático-normativos não podem ser conduzidos por uma intenção de pura verdade teórica”. (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 469-474. A transcrição é de excerto da p. 474)

¹² Entre nós, Dinamarco já chamava a atenção para a falsidade da premissa responsável por considerar que o processo tem como objetivo encontrar a verdade objetiva e promover ao julgador o estado subjetivo de ter identificado a certeza absoluta. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 350)

¹³ Embora limitada pelo próprio regramento e funcionamento do processo civil, a verdade é tida como pressuposto ético do justo processo e pode ser tão verdadeira como aquela verdade panprocessual. A respeito, conferir LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, item 3.4, p. 162-164.

utilidade da distinção em exame diz respeito à importância do bem que o Direito resguarda: assim, a verdade real/material estaria para o direito penal e a verdade formal/processual estaria para o direito civil, ante a maior relevância daquele em relação a esse último.

No entanto, esse modo de pensar não se sustenta porque a *verdade verdadeira/verdade absoluta/verdade com "V" maiúsculo* pertence ao âmbito da metafísica e das religiões¹⁴ e é inservível ao processo¹⁵, que deve se contentar com uma *verdade relativa*¹⁶, essencialmente atrelada ao método estatal de resolução dos conflitos e, em última análise, ao material probatório disposto nos autos do processo (*quod non est in actis non est in mundo*).

Outro fator que desabona a distinção: é falsa a premissa segundo a qual os bens tutelados pelo direito penal são mais relevantes do que os protegidos pelo direito civil. Basta pensar em demandas envolvendo alimentos ou parentesco (natureza civil) e processos envolvendo contravenções (*v.g.* perturbação do sossego), que são delitos passíveis de transação penal em decorrência do menor potencial ofensivo. Tal constatação reforça a precariedade do referido critério distintivo, que se recomenda seja evitada¹⁷.

2.2 Verdade por crença

A crença é um estado psicológico do indivíduo em relação a um

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza, p. 4-6.

¹⁵ Contra, BEREZOWSKI, Aluísio. A busca pela verdade real no novo CPC: teria havido uma mudança de paradigma? *Revista de Processo* n. 280, jan/2018, p. 59. Lastreado na exposição de motivos do CPC vigente, o autor sustenta que o norte da atual codificação processual é a busca da verdade real. Para tanto, fundamental a utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹⁶ Considerando-se que o juiz deve julgar a pretensão segundo as alegações demonstradas, o juízo final de verdade é reduzido a um juízo de verossimilhança. (CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche*, v. 5. [Riedizione online]. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 622)

¹⁷ Mesmo assim, há quem entenda ser possível aludir à verdade real no processo. Nas palavras de Gustavo Gonçalves Gomes, "(...) o nosso ordenamento processual adotou como premissa básica de atuação do Poder Judiciário a tomada de decisões pautadas no livre convencimento motivado dos magistrados. Dessa forma, sempre que instaurada uma demanda litigiosa, as partes e o juiz deverão empenhar todos os esforços necessários para a busca da verdade real, mediante a produção das provas e dos elementos capazes de embasar as decisões judiciais". (GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *direito probatório*. Coord. Fredie Didier Jr., William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodium, 2015, p. 319)

acontecimento, sendo a responsável pela formação da convicção do sujeito. A verdade por crença nada mais é do que a convicção da verdade ou, simplesmente, certeza¹⁸. A inconveniência de se aplicar essa ideia de verdade ao processo de *forma apriorística* é a de que a crença, entendida como estado de ânimo influenciado pelas preferências e impressões pessoais do sujeito, pode diferir das impressões transmitidas pelo acervo probatório contido nos autos.

Todavia, nada impede a afirmação de que o processo tem como fim último a certeza, refletida no advento da coisa julgada soberana, desde que se tenha em mente ser a mencionada certeza aquela resultante da valoração do acervo probatório encartado aos autos. Dar prestígio à certeza do juiz enquanto um *a priori* e dissociada do material probatório equivaleria à admissão do impertinente julgamento fundamentado na ciência privada do magistrado.

2.3 Verdade por correspondência

É a versão mais clássica de verdade, de cunho platônico-aristotélico, e está baseada em relação de reciprocidade entre o pensamento e a realidade. São Tomás de Aquino definia esse resultado da adequação entre o enunciado e o fato concreto da seguinte forma: “a verdade é a adequação do intelecto e do real”. No direito processual, Michele Taruffo é um de seus mais ardorosos defensores. O jurista de Pavia sustenta que o ambiente processual requer a utilização do conceito de verdade enquanto a correspondência das assertivas sobre os fatos litigiosos com a realidade empírica desses mesmos fatos¹⁹. Taruffo motiva a posição dele com dois argumentos, a nosso juízo irrespondíveis: (i) é a realidade quem define a verdade do conhecimento e (ii) as outras concepções de verdade, tais como a verdade como coerência e a verdade enquanto consenso, ostentariam a inconveniência de terem a possibilidade de ser falsas, porquanto dissociadas do acervo probatório dos autos, mesmo havendo o nexu ou a concordância entre os enunciados descritivos²⁰.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza, p. 5.

¹⁹ TARUFFO, Michele. La verità nel processo. *Revista de Processo* n. 235, set/2014, p. 58. Do original: “(...) nel contesto del processo occorre adottare un concetto di verità come corrispondenza delle proposizioni relative ai fatti della causa con la realtà empirica di tali fatti”.

²⁰ TARUFFO, Michele. La verità nel processo, p. 58-61.

2.4 A noção de verdade encampada pelo Código de Processo Civil

Ao menos como resultado da atividade probatória, o Código de Processo Civil vigente se serve da ideia de verdade enquanto correspondência²¹. Ao concretizar a garantia constitucional da ampla defesa no plano infraconstitucional relativamente aos litígios cíveis, o legislador do CPC/15 revelou sua opção pela verdade enquanto correspondência em mais de um dispositivo do Capítulo do Código devotado ao regramento das provas no processo. O art. 369 do Código, por exemplo, ao regulamentar o direito à prova, alude à “verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa”. Por seu turno, o art. 378 se refere ao “descobrimento da verdade”. E, também, ao preconizar que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, o art. 378 do CPC também parece realçar a concepção de verdade enquanto adequação entre os enunciados fáticos e o acervo probatório produzido nos autos.

3. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: GENERALIDADES

Para entender as vertentes sobre os poderes de instrução atribuídos ao juiz, é necessário estudar os modelos de organização do processo segundo os cânones estabelecidos pelo *common law* e pelo *civil law*. Antes de avançar, porém, é importante alertar: a distinção que se segue é meramente didática e desconsidera eventuais imbricações entre as características de ambas as famílias jurídicas²².

²¹ Em sentido diverso, SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático: relação entre verdade e prova. *Revista Síntese de direito civil e processual civil* n. 96, jul.-ago. 2015, p. 46-48. Para o mencionado autor, a verdade que se obtém no processo é a *verdade enquanto consenso*, porque a argumentação aplicada ao discurso jurídico seria o fator da legitimidade decisória. Tal linha de pensamento, inspirada na filosofia de Jürgen Habermas, tem a ventura de realçar o elemento linguístico dos enunciados postulatórios emitidos pelos litigantes e pelo juiz. No entanto, e sem desprezar a função da linguagem enquanto veículo transmissor de ideias, vontades e sentimentos, de nada adiantará o consenso, mesmo que legitimado pelo exercício do contraditório e ampla defesa, se o resultado da atividade judicante contraria a prova produzida nos autos.

²² A propósito, oportuno o comentário de Merryman e Pérez-Perdomo: “People talk about an ‘inquisitorial’ system of proof-taking, as contrasted with the ‘adversary’ system of the common law. The characterization is quite misleading. In fact, the prevailing system in both the civil law and the common law world is the ‘dispositive’ system, according to which the determination of what issues to raise, what evidence to introduce, and what

Os países que seguem as orientações afiliadas ao *civil law* organizaram seus sistemas de acordo com o modelo inquisitorial de processo: o juízo detém amplos poderes de instrução, é o protagonista do drama judiciário²³ e tem como objetivo preponderante a busca da verdade no processo²⁴. No que tange ao direito probatório, o papel das partes fica em segundo plano. O processo inspirado nessa ordem de ideias detém caráter público.

Os modelos fundamentados no *common law*, por outro lado, utilizam um modelo de processo adversarial. A disputa judiciária assemelha-se a um jogo²⁵, em que as iniciativas probatórias ficam exclusivamente a cargo dos litigantes (*Sache der Parteien*), ao passo que o juiz guarda postura passiva, tendo como objetivos a mera fiscalização do embate e a prolação da decisão. Contrariamente ao modelo inquisitivo, autor e réu são os protagonistas do processo, com o juiz em segundo plano. É notável a orientação privatista do processo fundamentado nessas premissas²⁶.

Esses arranjos legislativos não são inspirados em ideais de ordem técnica. São, na verdade, escolhas políticas do legislador, norteadas por concepções liberais ou ditatoriais de governo. Historicamente, os poderes instrutórios do juiz no modelo de processo civil brasileiro seguem o princípio

arguments to make is left almost entirely to the parties". (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. California: Stanford University Press. 3rd ed., 2007, p. 115-116)

²³ Sobre a afirmativa, ver FAVERO, Gustavo Henrichs. *Contraditório participativo*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 90-91.

²⁴ A respeito, confira-se NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 101-102.

²⁵ Na doutrina italiana, conferir CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Opere Giuridiche*, v. 1 (*Riedizione online*). Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 537-562. Entre nós, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo processo. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221.

²⁶ TARUFFO, Michele. *Commentario del codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni. Libro primo – disposizioni generali. Dei poteri del giudice*. Art. 112-120. Bologna: Zanichelli, 2011, p. 468-469.

dispositivo, mas apresentam certos nuances inquisitoriais²⁷⁻²⁸. Tal orientação remanesce no atual Código de Processo Civil, segundo mostra a imperatividade da redação do art. 370: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”²⁹.

3.1 Instrumentalismo e garantismo: rápida conceituação e distinção

A ambiguidade do que se entende por *direção do processo* fomentou o aparecimento de correntes doutrinárias voltadas a descobrir a extensão dos poderes (ou deveres?) que recaem sobre o juiz. Abstraídas possíveis variações, há duas grandes linhas de pensamento que estudam o fenômeno: (i) o instrumentalismo e (ii) o garantismo. Tal debate é marcado por intenso caráter ideológico por parte de ambas as vertentes³⁰.

²⁷ O Regulamento 737/1850 já contava com disposição indicativa de amplos poderes de instrução conferidos ao juiz. Veja-se o teor do art. 230: “Se, examinados os autos, o juiz entender necessária para julgar afinal, alguma diligência, ainda que não lhe tenha sido requerida nas allegações finais, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente”. Àquela época, Paula Baptista já destacava a existência de poderes de instrução do juiz ao asseverar que, independentemente de requerimento da parte, o magistrado poderia “mandar proceder a quaisquer atos e diligências tendentes a esclarecer a sua consciência antes de julgar a final”. BAPTISTA, Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, § 73, p. 58. Se o progresso científico do processo civil naquele momento histórico ainda estava no limiar e não se cogitava de amplitude instrutória por parte do juiz, em contrapartida já existia a preocupação em se evitar o privatismo exacerbado em matéria probatória.

²⁸ Como exemplo do período em que os Estados detinham competência para legislar sobre processo civil, a Lei Paulista n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930, responsável por instituir o Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, previa a possibilidade de o juiz exercer atividade instrutória por iniciativa própria no art. 330, a saber: “Conclusos os autos, poderá o juiz, *ex-officio*, ou sob pedido feito nas allegações finais, ordenar as diligências que lhe pareçam indispensáveis para o julgamento”. O Código de Processo Civil de 1939 continha disposição semelhante: “art. 117. A requerimento ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”.

²⁹ Por outro lado, o juiz também está obrigado a decidir o mérito da causa se os elementos de convicção dispostos nos autos assim autorizarem. É dever do juiz indeferir a produção de provas manifestamente irrelevantes para a solução da controvérsia. Porém, é de se ter redobrada cautela, uma vez que a dispensa da prova deve ser fundamentada de modo exauriente, sob pena de o julgamento antecipado do mérito cometer o pecado de impedir a produção de prova que seja hábil para nortear o convencimento do juiz. (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Prova: limitações ao poder de indeferir-la. Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*, vol. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 155 e 162)

³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 10.

Em verdade, essa discussão não tem sabor de novidade no processo civil. Ao longo de sua evolução histórica, os mais representativos estudiosos do processo vêm estudando e desenvolvendo elucubrações sobre o assunto, ora mais voltadas ao fortalecimento dos poderes do juiz³¹ (instrumentalismo, de cunho publicista), ora mais centradas no princípio dispositivo³² (garantismo³³, de linhagem privatista). O assunto ressurgiu na pauta de exame dos processualistas a partir das iniciativas do italiano Franco Cipriani, notório crítico do *codice di procedura civile* italiano de 1940, forjado durante o regime fascista, e do espanhol Juan Montero Aroca, que fez publicar uma série de estudos sobre os vieses políticos da LEC espanhola³⁴, datado do início dos anos 2000.

O instrumentalismo³⁵ enxerga o processo como instituição a serviço da paz social. O polo metodológico dessa linha de pensamento é a jurisdição. Ao exercer a jurisdição, o Estado persegue três escopos: o social, o jurídico e o político. Sob o prisma positivo, a instrumentalidade sustenta que o processo deve ser efetivo, como caminho para que se tenha uma ordem jurídica justa. O instrumentalismo é avesso à esterilidade do processualismo. Do ponto de vista negativo, a instrumentalidade lembra que o processo é meio para que se chegue a um fim, não devendo ser fonte de criação ou de aniquilação de direitos: o processo deve ser efetivo, a fim de solucionar problemas concretos. Em nossa opinião, esses são os motivos justificadores da visão publicista do

³¹ Em ensaio datado de 1927, Piero Calamandrei já tratava do processo civil inquisitório, delimitando as características e limites desse, a fim de diferenciá-lo do processo penal, a respeito do qual, porém, havia algumas semelhanças. Para maiores detalhes, ler CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. Opere Giuridiche, v. 1 (Riedizione online)*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 145-176.

³² SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 11ª ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 188.

³³ Malgrado o autor desse texto siga a linha publicista-instrumentalista de processo, ele reconhece a crescente adesão de processualistas de escol à orientação garantista, linha de pensamento seguida pela ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Para maiores informações sobre a instituição e a orientação ideológica por ela sufragada, conferir www.abdpro.com.br.

³⁴ Conforme a informação de GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo n. 164*, out/2008, p. 30.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 64-65.

processo e da preponderância do princípio inquisitivo.

Por outro lado, o garantismo no processo civil³⁶ louvou-se nas profícuas ideias de Luigi Ferrajoli, voltadas ao direito penal, segundo as quais a lei deve obediência à Lei (Constituição) como forma de prevenir a ocorrência de abusos e assegurar a efetividade da tutela dos direitos³⁷⁻³⁸. O garantismo é declaradamente refratário aos ideais preconizados por Franz Klein quando da promulgação do ZPO Austríaco, que tinha como matriz político-ideológica o fortalecimento da atuação do juiz³⁹⁻⁴⁰ no processo. Tem como polo metodológico o processo, que é instrumento técnico, lastreado no devido processo legal. O objetivo do garantismo é proteger os jurisdicionados contra o arbítrio judicial, representado pelo aumento dos poderes instrutórios do juiz (“ativismo judicial”), visando, dessa forma, a concretizar o escopo jurídico do ordenamento, que é a tutela do indivíduo. Como as normas processuais são conhecidas de antemão e qualquer modificação no curso do processo torna o julgamento ilegítimo, o garantismo é favorável a uma visão bastante restrita dos poderes instrutórios do juiz, típica do modelo privatista de processo, emi-

³⁶ Sobre as linhas gerais do garantismo, ver RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 98-106.

³⁷ Para maiores detalhes, ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alii. 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 76-78.

³⁸ Com acerto, Juan F. Monroy Gálvez (Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil? *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9ª ed. Salvador: Juspodium, 2011, p. 531-533) assevera que o garantismo de Ferrajoli está muito distante da linha garantística aplicada ao processo civil, que somente trata de aspectos concretos e procedimentais, sem efetivamente dizer como eles realmente se afeiçoam às premissas garantistas.

³⁹ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a empresa de Franz Klein teria revolucionado a administração da justiça civil e era refratária ao processo autoritário, de matriz romana, e, também, ao processo comum, de orientação liberal. A respeito, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55-57.

⁴⁰ Para Leonardo Greco (Publicismo e privatismo no processo civil, p. 31), a responsável pela publicização do processo civil foi a influencia socialista de Anton Menger, pesadamente sentida na elaboração da ZPO austríaca de 1895. Ainda sobre reminiscências históricas do autoritarismo na Itália, Alemanha e Espanha, com severas críticas à colaboração no processo civil, conferir AROCA, Juan Montero. *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Trad. Glauco Gumerato Ramos. *Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 133-142.

nentemente lastreada no princípio dispositivo⁴¹.

3.2 Como o instrumentalismo vê os poderes instrutórios do juiz

Na visão instrumentalista, tal antinomia é aparente. Deve o juiz atuar de ofício para suprir a debilidade do material probatório, uma vez que o escopo do processo é pacificar com justiça, providência atingível se a sentença estiver o mais rente possível da realidade afirmada e demonstrada nos autos do processo.

Enquanto regra de julgamento, o ônus da prova será utilizado como a *ultima ratio*⁴²: caso todas as provas possíveis tenham sido produzidas e o juiz ainda estiver em dúvida, evita-se o *non liquet* mediante a aplicação do encargo probatório. Por tais razões, o instrumentalismo pressupõe o comportamento ativo do magistrado, sendo esse último a própria razão de existir daquele.

3.3 Como o garantismo vê os poderes instrutórios do juiz

Consoante a visão garantista de processo, o juiz deve se abster de determinar a produção de prova de ofício, haja vista a notória incompatibilidade entre os poderes de direção do juiz e as regras sobre o ônus de provar⁴³. Há, inclusive, setor da doutrina que reputa inconstitucionais os poderes instrutórios do juiz⁴⁴.

⁴¹ Proveitosa resenha sobre os caracteres do garantismo está em FAVERO, Gustavo Henrichs. Contraditório participativo, p. 63-65.

⁴² Com acerto, Artur Thompsen Carpes assinala que “[o] exercício dos poderes instrutórios do juiz pode inibir a aplicação da regra de julgamento do ônus da prova. Bastará que determinado enunciado fático cuja prova não foi produzida pela parte onerada, o tenha sido através de determinação *ex officio* do juiz”. (Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico. São Paulo: RT, 2017, p. 90)

⁴³ A posição restritiva dos poderes de instrução do juiz seria, em tese, mais propensa à aplicação das regras sobre ônus probatório como forma de preservá-las. (BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en Mexico*. Mexico: Porrúa, 1974, p. 76)

⁴⁴ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Orgs. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Juspodium, 2013, p. 643. 639-647.

3.4 Nossa compreensão

Sem desprezar a tomada de consciência que o debate entre o garantismo e o instrumentalismo fomentou a respeito dos poderes de instrução do juiz, entendemos que essa discussão não pode ser levada ao extremo⁴⁵ para sustentar a preponderância de uma linha de pensamento sobre a outra, e da existência de um modelo processual garantista ou instrumentalista. Em primeiro lugar, a abordagem histórica do fenômeno jurídico já revelou que nenhum sistema legislativo é totalmente inquisitivo ou dispositivo: a almejada *pureza e unidade ideológica* desconsidera a impossibilidade de os acontecimentos da vida serem lineares⁴⁶, ignora o advento de leis tidas como democráticas em períodos ditatoriais (v.g. o próprio Código de Processo Civil de 1973) e a promulgação de legislação repressiva em pleno regime democrático (v.g. Lei 8.437/92, que regula as medidas cautelares contra atos do Poder Público e praticamente coíbe o deferimento dessa espécie de *tutela inaudita altera parte*. Infelizmente, referida Lei ainda está em vigência, dado o teor do art. 1.059 do vigente Código de Processo Civil)⁴⁷.

O ponto de interseção entre o garantismo e o instrumentalismo é o respeito à Constituição Federal. Quiçá por essa razão, Bedaque⁴⁸ sugere que o garantismo está contido no instrumentalismo ao afirmar o seguinte:

“[P]arece ter passado despercebido aos críticos da ideia instrumentalista, talvez por falta de suficiente compreensão, que ‘garantismo’ e ‘cooperativismo’ são aspectos suficientemen-

⁴⁵ Correto o pensamento de Joan Picó I Junoy (La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, v. 3, 2007, p. 590): “El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez – con su deber de imparcialidad – y de las partes – con sus derechos a la defensa –. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes”.

⁴⁶ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 87-88.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91-93.

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Orgs. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 38.

te desenvolvidos pelo instrumentalismo, que não se limita a estudar o processo pelo ângulo do escopo, preocupando-se também com a segurança e legitimidade do método adotado. Não se abandonou a técnica processual. Procurou-se simplesmente adequá-la aos objetivos do processo”.

Para o intérprete, seria mais apropriado evitar essa dicotomia maniqueísta, uma vez que um mesmo diploma processual pode ostentar traços de um processo inquisitivo ou dispositivo e, ainda, conter disposições fomentadoras de comportamento cooperativo⁴⁹, como sói acontecer com o Código de Processo Civil vigente⁵⁰.

As linhas ideológicas que permeiam o estudo dos poderes de instrução do juiz viabilizam catalogar o comportamento do juiz em três perfis: (i) juiz espectador; (ii) juiz ditador; e (iii) juiz diretor.

O juiz espectador, também conhecido por *juiz convidado de pedra* ou *juiz Pilatos* (Cândido Dinamarco), é aquele que se limita a fiscalizar o cumprimento das normas procedimentais e não intervém na marcha do processo, deixando tal iniciativa exclusivamente aos litigantes, já que o processo seria *coisa das partes* (*Sache der Parteien*) e as próprias disposições legais – conhecidas de antemão, porque ninguém pode invocar o desconhecimento da lei como escusa para não cumpri-la⁵¹ – tratariam de garantir a paridade de armas entre autor e réu. Há realce do princípio dispositivo e inegável colorido privatista/liberal nessa concepção.

O juiz ditador seria o atuante de ofício em termos probatórios. Para tanto, essa espécie de magistrado invocaria as premissas da justiça Aristotélica – igualdade perante a lei, porque os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da desigualdade deles – como móvel para a eli-

⁴⁹ A respeito, DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 94-97.

⁵⁰ Como exemplo de dispositivo do CPC que tem caráter inquisitório, podemos citar a multa pelo não comparecimento injustificado à audiência de conciliação (art. 334, § 8º). Por outro lado, os arts. 5º a 10 do Código visam a estabelecer modelo cooperativo de processo. A possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos (art. 190) é exemplo representativo do exercício da autonomia privada voltada ao direito processual civil.

⁵¹ LINDB, art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

minação da desigualdade, resguardo dos interesses das partes litigantes e supressão das mazelas que dificultam o exercício das posições processuais da parte hipossuficiente. Tal modo de entender os poderes instrutórios do juiz enfraquece o princípio dispositivo e enaltece a ideia publicista/autoritária⁵² de processo.

Por último, o juiz diretor⁵³. O magistrado dotado dessa característica agiria de forma equilibrada, nem de forma tão ativa e passiva, além de se manter em constante diálogo com as partes, dando efetiva concretude às garantias do contraditório e ampla defesa.

Entendemos que a regra extraída dos arts. 6º, 7º, 8º e 139 do Código de Processo Civil sufragou a ideia de que o juiz deve comportar-se como diretor do processo⁵⁴. Seria realmente deletério ao litígio processual a figura de um juiz que enxergasse o processo como uma legítima *cruzada pela busca da verdade*, arvorando-se em atividades típicas de historiadores e pondo-se a pesquisar os acontecimentos pretéritos até mesmo contra a vontade dos litigantes.

O juiz hiperativo⁵⁵ certamente correria o risco de fazer o processo

⁵² Esse fator já tinha chamado a atenção de Moacyr Amaral Santos (Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 54, n. 2, jan/1959, p. 212-229) ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Ao proferir a aula inaugural do ano letivo de 1959 na Faculdade de Direito da USP, o festejado professor destacou que a unificação legislativa do direito processual civil, introduzida pela Constituição Federal de 1934, animou o legislador do CPC/39 a se alinhar à concepção publicística de processo, responsável por deixar o juiz em posição de proeminência no embate judicial. O juiz é o Estado administrando a justiça, porque a concepção autoritária do processo, em voga na Áustria, Alemanha, Hungria, Portugal e Itália, era a única forma de se contrapor ao então predominante viés duelista de processo. O juiz alemão era dotado de plenos poderes (*Führer* do processo), uma vez que ele era o representante soberano e ativo da lei com o escopo de assegurar a paz social. (p. 215-217)

⁵³ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 147-148.

⁵⁴ O comedimento é a tônica da atuação do juiz instrutor. Tal espécie de magistrado está ciente de que o exercício dos poderes de instrução da causa está limitado pela própria conformação do sistema processual, das quais são exemplos, lembrados por Daniel Penteado de Castro, a pertinência da prova em relação à pretensão, os efeitos materiais da revelia (presunção dos fatos não controvertidos) e as provas ilícitas. (*Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-198)

⁵⁵ A ele se refere CARMONA, Carlos Alberto. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, item 42, p. 73-74.

atuar de modo autoritário⁵⁶ e incivil⁵⁷, suprimindo as garantias processuais e aniquilando a própria autonomia privada dos contendores, o que impede o desenvolvimento da ideologia colaborativa em que o Código de Processo Civil de 2015 está radicado.

Diversamente, o processo civil encabeçado por um juiz passivo e desinteressado é, no mínimo, tão prejudicial aos interesses em disputa como o processo presidido pelo juiz inquisidor: a inércia do magistrado contribui para que a disputa judicial se torne uma competição, em que o oponente mais abastado ou representado por profissional mais bem preparado detenha maiores chances de obter vitória do que o indivíduo desprovido de recursos ou representado por procurador mais modesto. O processo não deve ser visto como um *jogo de azar* ou um *campeonato de destrezas*: a jurisdição, mediante a aplicabilidade da lei à hipótese concreta, serve para revelar quem tem razão, e não para criar e atribuir supostos direitos ao litigante que, por contingências favoráveis, constituiu procurador mais hábil.

Realmente, seria despropositado exigir que o juiz ostentasse capacidade sobrenatural de entendimento e de decisão⁵⁸: esse *standard* iria de encontro às próprias limitações inerentes à natureza humana. Porém, não é demasiado exigir que o juiz esteja compromissado em entender a violação do direito material em plenitude, providenciar e manter ambiente de franco diálogo/participação das partes no processo e atuar supletivamente para preencher lacunas probatórias⁵⁹ que tenham importância para o justo *accertamento*

⁵⁶ Uma das manifestações do processo civil autoritário é a jurisprudência defensiva dos tribunais. Por trás de uma suposta interpretação coerente com as regras legais, os tribunais erigem “barreiras pretorianas” que nada têm a ver com a efetividade da tutela jurisdicional. Alguns exemplos desse pernicioso comportamento dos tribunais está em CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 274-276.

⁵⁷ José Ignácio Botelho de Mesquita (Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo n. 131*, jan/2006, p. 252) assim definiu o processo incivil: “processo do qual nunca se sabe qual será o resultado, nunca se sabe se se conduziu com justiça, porque predisposto a ocultar, a camuflar, a impedir que apareça a desordem ou a tirania”.

⁵⁸ Talvez esse modelo ideal se aproxime do *Juiz Hércules*, personagem concebida por Ronald Dworkin para ilustrar a complexidade da interpretação jurídica, e que seria dotado de capacidade e paciência sobre-humanas, além de aceitar o direito como integridade. (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287)

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60-61. O renomado jurista propõe a atuação supletiva do magistrado a respeito da produção de prova, reco-

do litígio, representativo de prestação jurisdicional de qualidade. Assim, pensamos que o modelo de juiz diretor é o ideal, porque não se deixa seduzir pela incessante e improdutiva busca da verdade e não se acomoda na inatividade típica de um desinteressado espectador.

4. ÔNUS DA PROVA

O direito processual civil dá bastante relevo ao comportamento dos envolvidos no drama processual. É por essa razão que os litigantes estão imbuídos de poderes, faculdades, deveres e ônus. O (não) exercício de cada uma dessas posições jurídicas enseja variadas consequências ao agente, a depender da espécie de posição processual e da prescrição legal consequente ao ato ou à inércia. Nesse trabalho, voltaremos nossas atenções para o exame da categoria ônus, uma vez que ele é o principal elemento indutor da atividade probatória das partes ao longo de todo o arco procedimental.

4.1 Noção de ônus e sua função

Diferentemente de obrigação, ônus é um encargo ou uma carga. O descumprimento da obrigação sujeita o infrator a uma sanção, porque ela diz

nhece que o tema é intrincado e sugere alguns critérios práticos para bem concretizar o assunto. A transcrição do magistério é longa, mas absolutamente oportuna: "A fórmula do desejável compromisso de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática judicial como norma geral mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em certos casos. É impossível traçar uma linha razoavelmente nítida entre o largo campo da proibição e os pequenos oásis de ativismo, mas alguns critérios razoavelmente objetivos existem e são capazes de iluminar a questão. Diante da omissão das partes, o juiz deve determinar de ofício a realização de provas em causas associadas ao estado ou à capacidade das pessoas, como ações de anulação de casamento, de investigação de paternidade, interdição, guarda de filhos, suspensão ou destituição do poder familiar etc.; também nas ações coletivas, especialmente quando promovidas por associações, as quais nem sempre são patrocinadas adequadamente; idem, em ações populares; e, em causas de qualquer espécie, quando se aperceber de que a omissão é fruto da pobreza, de deficiências culturais da parte, da insuficiência do patrocínio que lhe está ao alcance (especialmente em casos de assistência judiciária) ou, de um modo geral, de alguma fragilidade da parte. De um modo geral, ele tem também esse dever sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem de modo idôneo a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (testemunha referida, requisição de documentos, perícias que venham a mostrar-se indispensáveis, inspeções judiciais etc.): novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 370 do Código de Processo Civil e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional". Em senso análogo, FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Atividade instrutória e limites à atuação do juiz. *Entre o processo civil e incivil*. Coords. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro e Thiago D'Aurea Cioffi Santoro Biazotti. São Paulo: Lualri Editora, 2019, p. 115-119. Contra, BOLL, Caroline Olga Silva. Limites aos poderes do juiz na instrução do processo civil. *Entre o processo civil e incivil*. Coords. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro e Thiago D'Aurea Cioffi Santoro Biazotti. São Paulo: Lualri Editora, 2019, p. 20-22.

respeito a interesse de terceiro. O descumprimento do ônus, não: enquanto imperativo do próprio interesse, o único atingido é aquele a cujo ônus compete se livrar⁶⁰.

Outro assunto fundamental para a boa compreensão do arranjo legislativo sobre o ônus da prova é o assim chamado princípio da comunhão da prova: ao estabelecer que o juiz apreciará a prova dos autos independentemente da parte que a tiver requerido, a regra prevista no art. 371 do Código de Processo Civil revela que o ônus de provar é uma modalidade de ônus imperfeito; ainda que o autor da demanda não tenha produzido as provas capazes de amparar a versão dos fatos exposta em juízo, é possível que ele obtenha a procedência das pretensões deduzidas em decorrência de alguma fonte probatória trazida aos autos pelo réu. Da mesma forma, nada impede que as provas trazidas pelo autor sirvam para comprovar a versão dos fatos exposta pelo réu, o que culminará em improcedência da pretensão autoral. O mesmo raciocínio vale para a produção de prova determinada de ofício pelo juiz. Em resumo, não importa se o elemento probatório foi requerido ou produzido pelo autor, pelo réu ou ordenado pelo juiz: será a valoração desse conjunto de impressões a responsável por decidir se o pedido inicial é ou não procedente. Ainda que a parte tenha perdido a oportunidade de provar, pode ser que ela se sagra vencedora, ante a possibilidade de a prova necessária à pretensão dela ser produzida pelo adverso⁶¹.

O ônus permeia todo o sistema de direito probatório disposto na legislação processual civil e penal. No processo civil, o assunto é regulamentado pelo art. 373, que, ao longo do *caput*, incisos e parágrafo, normatiza a regra geral sobre o encargo probatório (ônus estático, pelo qual a prova da assertiva incumbe ao autor dela), disciplina a distribuição convencionada do ônus da prova (ônus dinâmico e modalidade típica de negócio jurídico processual, já presente no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil de 1973) e, como novidade e objeto de nossas atenções, a distribuição dinâmica do encargo probatório, com requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 373 do Código

⁶⁰ Nesse sentido, ver PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 40-42.

⁶¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2. 9ª ed., São Paulo: RT, 2005, item 189, p. 408.

de Processo Civil: (i) a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo; (ii) a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; e (iii) a inversão não pode culminar em situação impossível ou excessivamente difícil para que o desfavorecido se desincumba do encargo.

Logo que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado, grassou intenso debate doutrinário-jurisprudencial a respeito de qual seria o instante do arco procedimental em que o ônus da prova (inciso VIII do art. 6º da Lei 8.078/90) deveria ser invertido. Abstraindo-se alguma variação de posicionamentos, duas correntes se formaram: a que defendia a possibilidade de inversão do encargo de provar na sentença, porque o instituto consubstancia regra de julgamento, com o único objetivo de evitar o *non liquet*, e a linha de pensamento oposta, que sufragava a inversão do ônus na decisão de saneamento, uma vez que a prévia definição sobre quem deve provar o que influencia o comportamento mais ativo ou passivo dos litigantes⁶² e previne a ocorrência de violação à garantia do contraditório.

Em nossa opinião, as regras sobre o ônus da prova detêm natureza mista: são regras de julgamento, na hipótese em que a atividade instrutória, por mais completa que tenha sido, falhou em espelhar qual das *alegações dos fatos* é a verdadeira⁶³, e também são regras de procedimento, porque elas estabelecem a divisão de trabalho entre os próprios interessados, estabelecendo antecipadamente o resultado da não desincumbência da respectiva carga.

4.2 Ônus da prova no CPC/15: ônus estático e dinâmico

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria das cargas dinâmicas da prova. A referida teoria foi elaborada na Argentina, pelo processualista Jorge W. Peyrano. O objetivo dessa concepção teórica era o de solucionar

⁶² Discorremos sobre o assunto em SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A inversão do ônus da prova consubstanciada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 83, fev/2010, p. 63-65.

⁶³ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1956, p. 13: “Indudablemente, el juez no puede negar su decisión porque la situación de hecho no esté suficientemente aclarada. Debe fallar siempre. Pero para esto no hace falta una comprobación positiva de la verdad o falsedad de la afirmación discutida. Un *non liquet* em la cuestión de *hecho* non significa un *non liquet* en cuanto a la cuestión de *derecho*. La función de las normas sobre la carga de la prueba consiste, precisamente, en evitar esto. La incertidumbre acerca de una afirmación no hace imposible el fallo sino que el juez, en este caso, debe fallar en contra de la parte que soporta la carga de la prueba”.

casos em que a prova era praticamente impossível⁶⁴ de ser produzida pelo litigante onerado⁶⁵, e desenvolveu-se a partir do estudo de casos de pacientes lesados por intervenções cirúrgicas.

A ideia nuclear da teoria da carga dinâmica da prova é a de que o fato deve ser provado por quem tem melhores condições de fazê-lo⁶⁶. Episodicamente, desde que atendidos os requisitos legais, o juiz deve atribuir de forma diversa o encargo probatório. No entanto, a regra geral continua sendo a do ônus estático: quem alega deve provar, isto é, ao autor recai o ônus de provar os fatos constitutivos do direito reivindicado, ao passo que o réu está incumbido de demonstrar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito pleiteado pelo autor.

Em nosso sentir, a dinamização probatória depende de requerimento da parte interessada⁶⁷. Malgrado o instituto vise à distribuição igualitária do encargo probatório, ninguém melhor do que o próprio litigante para indicar ao juízo essa necessidade e postular a aplicação da disposição legal. Nesse particular, a atuação *ex officio* do magistrado poderia dinamizar o ônus que não precisaria ser dinamizado e desequilibrar a litigância de forma indesejada⁶⁸.

Não é ocioso lembrar que a incidência do ônus dinâmico na hipótese

⁶⁴ Peyrano relata que a *praxis* foi a responsável por ter alertado a doutrina sobre a insuficiência ou a inadequação do encargo probatório estático nalgumas hipóteses. (Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo* n. 217, mar/2013, p. 208)

⁶⁵ Na realidade, o gênese dessa teoria remonta ao século XIX e às concepções minoritárias sobre o ônus probatório de Jeremy Bentham. (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971, p. 149)

⁶⁶ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, p. 208: "(...) la regla de distribución de las cargas probatorias según la cual se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla".

⁶⁷ No mesmo sentido, PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo CPC. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 238-239. Com razão, o referido processualista estatui que o pedido da parte interessada na inversão do ônus da prova é requisito "não" expressamente previsto em lei.

⁶⁸ Contra, CARPES, Arthur Thompsen. Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico, p. 159-161. O referido autor invoca a garantia da igualdade e o direito à prova como fatores que obrigam o juiz a inverter o encargo probatório na presença dos requisitos do art. 373 do Código de Processo Civil. Entendendo tratar-se de faculdade do juiz, sem qualquer menção ao requerimento do interessado, BLOCH, Francisco dos Santos Dias. **Direito à prova e cerceamento de defesa**. São Paulo: Lualri Editora, 2016, p. 140.

concreta requer a prévia instauração do contraditório e fundamentação exauriente como formas de inibir surpresas, de legitimar a própria decisão e de possibilitar ao desfavorecido o controle jurisdicional recursal sobre as razões que ensejaram a mudança do encargo demonstrativo. Também é desejável que o juiz dinamize o encargo de provar de forma pontual, com a delimitação exata da questão atingida pelo ônus dinamizado. A irrestrita aplicabilidade do § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil a todas as causas de pedir esbarra na determinação do § 2º do mesmo dispositivo, na medida em que essa atribuição diversa deixará a parte no indesejável contexto de ter de se desincumbir da *probatio diabolica*.

O momento procedimental ideal para a distribuição dinâmica do ônus da prova é a decisão de saneamento, conforme estabelecido no art. 357, III, do Código de Processo Civil. O intento do dispositivo é a preservação do regular andamento do processo, coibindo-se a indesejada contramarcha. Por esse motivo, em regra, a eficácia preclusiva da decisão de saneamento impede a dinamização do ônus da prova em fase processual posterior. Entretanto, em alguns casos, o juiz somente consegue aquilatar a necessidade de dinamização do ônus probatório depois de inaugurada a fase de instrução da causa. Caso identifique essa particularidade, deve o magistrado fazê-lo em decisão rigorosamente fundamentada, identificando o porquê de ter realizado a inversão após a decisão saneadora.

4.3 Do ônus dinâmico: requisitos alternativos ou cumulativos?

Os pressupostos para a inversão do ônus da prova estão previstos nos §§ 1º e 2º do art. 373 do Código de Processo Civil. Além de a inversão do encargo probatório ser indevida nas hipóteses em que o onerado estiver submetido à prova diabólica (§ 2º), a redação do § 1º, ao se valer da partícula “ou”, sugere que há duas situações em que a inversão é permitida: (i) impossibilidade/excessiva dificuldade de cumprir o encargo e (ii) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário⁶⁹.

⁶⁹ Como foi possível notar, o arranjo legislativo é permeado de conceitos indeterminados. Porém, a atual redação do dispositivo é superior àquela do art. 262 do Anteprojeto do vigente CPC, que assim dispunha: “Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão funda-

Dado o objetivo da regra em exame, que é o de fomentar a igualdade substancial entre as partes litigantes, entendemos ser *cumulativos*⁷⁰ os requisitos previstos no art. 373, § 1º, do CPC: dessa forma, o ônus somente pode ser dinamizado se tal inversão não importar na produção de prova diabólica ao onerado (§ 2º) e houver impossibilidade/excessiva dificuldade de cumprir o encargo, cumulada com a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Interpretar as situações descritas no § 1º do art. 373 como hipóteses diversas resultaria em apressada transferência da carga probatória à parte que também não terá condições de se desincumbir do encargo, em evidente duplicação da prova diabólica⁷¹⁻⁷². Tal contexto, extremo e representativo da impossibilidade de produção da prova por ambos os contendores, já possui solução legislativa: o julgamento com base no *caput* do art. 373 do CPC, existente, como já visto, apenas para evitar o *non liquet*.

mentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”. Embora desenvolvida à semelhança da doutrina de Jorge Peyrano, o preceptivo legal era muito genérico e clamava por melhoramentos. Assim, visando a evitar a indiscriminada aplicação da regra, os professores João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes enviaram proposta de modificação do dispositivo regulamentador da inversão do ônus da prova ao Senador Walter Pereira. Mesmo assim, o legislador veio a dar ouvidos aos renomados professores da PUC-SP somente quando o Projeto estava na Câmara, nos termos do art. 380 do PL 8.046/2010. Com ligeiras alterações, foi a redação do art. 380 que prevaleceu e é a utilizada pelo CPC/15. Sobre o assunto, conferir LOPES, João Batista. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura n. 41*, jul.-set./2015, p. 37-38.

⁷⁰ No mesmo senso, PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo CPC, p. 242-243, e FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015, p. 1.008. Textualmente: “(...) não seria admitida a dinamização se essa não fosse útil, não trouxesse um proveito para a instrução, além do que entre a aferição das condições das partes para a produção opera-se de forma pendular e por atração e repulsão, em que o reposicionamento do ônus decorre de uma repulsa do pêndulo de um lado (por impossibilidade ou excessiva dificuldade) e atratividade do outro lado (por maior facilidade de obtenção da prova pela parte onerada)”.

⁷¹ Nesse contexto, Eduardo Cambi (Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *direito probatório*. Coord. Fredie Didier Jr., William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodium, 2015, p. 207) revela que o magistrado não consegue formar convicção lastreado em verossimilhança, probabilidade preponderante ou certeza jurídica. Em um cenário dessa espécie, sustentamos que a única forma de solucionar o litígio é a aplicação da regra geral sobre o ônus da prova.

⁷² Ricardo de Barros Leonel já suscitava a dificuldade prática de aplicação do instituto mesmo com a atual redação, superior do que aquela primeira. Para contornar o problema, o citado autor propunha solução pragmática: a utilização dos critérios do Código de Defesa do Consumidor para a dinamização do ônus de provar. (Anotações a respeito do ônus da prova. *Processo Civil: homenagem a José Ignácio Botelho de Mesquita*. Coords. José Rogério Cruz e Tucci; Walter Piva Rodrigues e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 57)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que o direito se origina dos fatos, o direito probatório avulta em importância porque, simultaneamente, revela o caráter instrumental entre as provas e as alegações de fato deduzidas pelas partes litigantes na busca da verdade e corporifica o devido processo legal no âmbito infraconstitucional.

A verdade a que o processo visa a buscar não é a absoluta, própria de elucubrações religiosas ou metafísicas. Dadas as limitações cognitivas e investigativas do ser humano e a própria conformação instrumental do sistema probatório, entendemos que a verdade resultante do processo judicial é a *verdade por correspondência*, entendida como a adequação das afirmações de fato com as conclusões judiciais hauridas do conjunto probatório acostado aos autos.

Há ferrenho embate doutrinário a respeito da amplitude ou da mitigação/eliminação dos poderes de instrução do juiz. Os garantistas, a pretexto de evitar abusos por parte do magistrado e o comprometimento das garantias constitucionais, sustentam que a intervenção do juiz na atividade probatória das partes deve ser mínima ou nem mesmo deve acontecer, em nítida visão privatista do processo civil. Diferentemente, os instrumentalistas, em respeito aos escopos social, jurídico e político do processo, apoiam a efetividade da prestação jurisdicional, o que justificaria a possibilidade de atuação oficiosa do juízo na produção das provas. Essa postura metodológica realça o caráter publicista do processo.

Em nossa visão, inexistente modelo processual que possa ser integralmente rotulado como garantista ou instrumentalista. A assertiva é de aferição relativamente simples: o próprio Código de Processo Civil de 2015 traz institutos que podem ser considerados garantistas (*v.g.* a norma do art. 190, que consagrou os negócios jurídicos processuais atípicos) ou instrumentalistas (*v.g.* as medidas atípicas para reforçar o cumprimento específico da obrigação, nos termos do inciso IV do art. 139).

Assim, julgamos ser mais proveitoso evitar essa dicotomia e louvar o comportamento ponderado do juiz, seja porque o CPC/15 detém forte

viés cooperativo (art. 6º), seja porque, em termos de iniciativa probatória, há certo exagero nos extremos que preconizam o garantismo e a instrumentalidade. Como não há neutralidade axiológica na interpretação, os valores do intérprete não podem ser escamoteados. Todavia, eles não devem ser levados ao extremo de se sobrepor aos fatos litigiosos e à norma de regência da *fattispecie*.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou sobre o regramento do ônus da prova. Além de disciplinar a regra geral sobre o encargo – ônus estático: cada litigante prova o que afirmou – e a distribuição convencionalizada dessa incumbência, o diploma processual em vigor passou a admitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, entendida como a possibilidade de o juiz atribuir a carga probatória de forma diversa da previsão geral (ônus estático), desde que a parte litigante apresente impossibilidade/excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou maior facilidade de obtenção de prova do fato contrário.

De nossa parte, entendemos que a interpretação mais adequada aos desígnios da distribuição dinâmica do ônus da prova é a que conjuga os pressupostos contidos no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil. Interpretar a regra literalmente, em função da disjuntiva “ou”, segundo a qual a *impossibilidade/excessiva dificuldade* e a *maior facilidade* seriam pressupostos alternativos, é fator de iniquidade, porque simplesmente haveria a antecedente definição judicial daquele que sairia derrotado no processo.

Ao dinamizar o encargo probatório, deve o juiz ter o cuidado de proferir decisão íntegra, revelando todas as razões que o impeliram a se afastar da regra geral. Além de a motivação da decisão ser imposição constitucional (CF, art. 93, IX), os jurisdicionados somente terão condições de avaliar o (des)acerto da decisão e, se o caso, dela recorrer, se tiverem acesso aos motivos invocados pelo magistrado para se distanciar da regra geral sobre o ônus probatório. Dessa forma, afasta-se a possibilidade de o processo se revelar como autoritário ou incivil.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. *Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 133-142.

BAPTISTA, Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73-82.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 65-77.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. *Temas de direito processual: oitava série*. **São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221.**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “Da prova” do novo Código Civil. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141-158.

BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en Mexico*. Mexico: Porrúa, 1974.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Orgs. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971.

BEREZOWSKI, Aluísio. A busca pela verdade real no novo CPC: teria havido uma mudança de paradigma? *Revista de Processo n. 280*, jan/2018, p. 41-62.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *Direito à prova e cerceamento de defesa*. São Paulo: Lualri Editora, 2016.

BOLL, Caroline Olga Silva. Limites aos poderes do juiz na instrução do processo civil. *Entre o processo civil e incivil*. Coords. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro e Thiago D'Aurea Cioffi Santoro Biazotti. São Paulo: Lualri Editora, 2019, p. 13-29.

CALAMANDREI, Piero. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. *Opere Giuridiche, v. 1 (Riedizione online)*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 145-176.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Opere Giuridiche, v. 1 (Riedizione online)*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 537-562.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche, v. 5. (Riedizione online)*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 615-640.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: direito probatório*. Coord. Fredie Didier Jr., William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodium, 2015, p. 187-210.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-75.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 200, 1965, p. 4-9.

CARPES, Arthur Thompsen. Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico. São Paulo: RT, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 92-97.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAVERO, Gustavo Henrichs. *Contraditório participativo*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Atividade instrutória e limites à atuação do juiz. *Entre o processo civil e incivil*. Coords. **Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro e** Thiago D’Aurea Cioffi Santoro Biazotti. São Paulo: Lualri Editora, 2019, p. 107-123.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et alii*. 3ª ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015, p. 1.004-1.013.

GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil? *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9ª ed. Salvador: Juspodium, 2011, p. 515-533.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: direito probatório*. Coord. Fredie Didier Jr., William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodium, 2015, p. 319-341.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de direito processual: coleção José do Patrocínio*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-391.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo* n. 164, out/2008, p. 29-56.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a respeito do ônus da prova. *Processo Civil: homenagem a José Ignácio Botelho de Mesquita*. Coords. José Rogério Cruz e Tucci; Walter Piva Rodrigues; Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 46-58.

LOPES, João Batista. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura* n. 41, jul.-set./2015, p. 37-38.

MARCONDES, Danilo. *A verdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. California: Stanford University Press. 3rd ed., 2007.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Prova: limitações ao poder de indeferir-la. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 151-163.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Julgamento antecipado. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 3. **São Paulo: RT, 2007, p. 230-249.**

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo* n. 131, jan/2006, p. 250-257.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2^a ed., São Paulo: RT, 2011.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo* n. 217, mar/2013, p. 205-224.

PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, v. 3, 2007, p. 573-590.

PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coords. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral. Org. Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, p. 188-198.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo CPC. *O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Processo e ideologia*. Coord. Adriano Cesar Braz Caldeira. São Paulo: LTr, 2015, p. 98-106.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 2ª ed. São Paulo: RT e Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. e 8ª tir. São Paulo: Saraiva, 1994 e 2010, respectivamente.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Orgs. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Juspodium, 2013, p. 639-647.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1956.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A inversão do ônus da prova consubstanciada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 83, fev/2010, p. 58-65.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 54, n. 2, jan/1959, p. 212-229.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 11ª ed. Padova: CEDAM, 1992.

SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático: relação entre verdade e prova. *Revista Síntese de direito civil e processual civil* n. 96, jul.-ago. 2015, p. 34-51.

TARUFFO, Michele. *Commentario del código di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni. Libro primo – disposizioni generali. Dei poteri del giudice. Art. 112-120.* Bologna: Zanichelli, 2011.

TARUFFO, Michele. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. Sui confini: scritti sulla giustizia civile.* Bologna: Il Mulino, 2002, p. 235-275.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.* Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. *La verità nel processo. Revista de Processo n. 235, set/2014, p. 51-67.*

TRENTO, Simone. *As cortes supremas diante da prova.* São Paulo: RT, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009.

RECORTE DE GÊNERO E ACESSO À JUSTIÇA: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SOB A ÓTICA FEMININA

*Jerusa Roberta Cardoso¹
Isadora Tremeschin Barreira²
Danilo Pierote Silva³*

RESUMO

O objetivo do presente artigo é a digressão histórica do acesso à justiça a partir da análise das principais doutrinas que abordam o tema, além da identificação de fatores que limitam o acesso à justiça pelo gênero feminino a partir da análise de dados atuais. Por fim pretende-se identificar meios atuantes no cenário da desigualdade de gênero com o objetivo de apresentar uma saída a este ciclo de opressão. A pesquisa é fruto de uma abordagem quantitativa através de pesquisa descritiva e explicativa.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça. Gênero. Feminismo. Violência doméstica e familiar.

¹Graduanda no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.
E-mail: jerusarobertacardoso@gmail.com

²Advogada graduada no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM
E-mail: isadoratremeschin@gmail.com

³Advogado e mestre no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM; professor titular de Direito Processual Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. E-mail: danilopierote@gmail.com

INTRODUÇÃO

O cenário do acesso à justiça vem evoluindo com o tempo. No entanto, esta evolução não ocorre de forma igualitária entre os gêneros. Desde os primórdios da sociedade moderna a mulher é vista como indivíduo inferior e, por este motivo sofre maior vulnerabilidade social sendo descartada da ótica estadista e social. A luta feminista que teve início no século XIX deu voz aos desejos femininos, especialmente quanto o direito ao voto, à educação e o amplo acesso à justiça até então negado ou dificultado às mulheres.

No Brasil os movimentos pela igualdade de gênero ganharam força no século XX, através do enfrentamento feminino às políticas estatais tomadas pela desigualdade, influenciando sobremaneira a edição da Constituição Federal de 1988, nivelando no mesmo patamar os gêneros feminino e masculino. Todavia, ainda que a legislação constitucional e até mesmo infraconstitucional aborde o tema de forma equânime, na prática a situação ainda não é favorável às mulheres.

Auferindo salários inferiores, sendo responsáveis pela maior parte do serviço doméstico e familiar, além da ausência de informações e escolaridade precária faz com que a maioria das brasileiras desconheçam seus direitos, dentre eles o acesso à justiça, primordial nos casos de violência doméstica por exemplo.

Diante deste cenário opressor, instituições como a Defensoria Pública Estadual, Organizações Não Governamentais e a promulgação de leis em benefício das mulheres – como a Lei Maria da Penha – atuam no enfrentamento da desigualdade de gênero, fomentando as brasileiras o acesso integral e gratuito à prestação jurisdicional.

1 PANORAMA GERAL DO ACESSO À JUSTIÇA

De complexa definição, o acesso à justiça pode ser entendido – em um primeiro momento – como a forma que o indivíduo tem de se valer do Poder Judiciário a fim de reivindicar seus direitos legalmente garantidos, gozando de um processo legal justo, célere e equânime entre as partes, satisfazendo

suas pretensões ora demandadas.

Conforme preceitua Capelletti e Garth em uma das principais obras acerca do tema:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p.08)

Segundo os autores, o acesso à justiça divide-se em dois pontos cardeais sendo, o efetivo acesso ao Poder Judiciário e – proposta a lide – um resultado justo. Seguindo esta ótica, não basta que seja oportunizada à sociedade o ingresso nas Varas e Tribunais, faz-se imprescindível o cumprimento do devido processo legal pois, só assim, ter-se-á um resultado justo. João Paulo Lordelo aborda o tema ao citar Francesco Francione:

Em síntese, Francesco Francioni elenca os três principais sentidos da expressão “acesso à justiça”. No primeiro sentido, mais comum, significa o direito de acesso ao Poder Judiciário (ou seja, a mera “porta de entrada”). Num segundo sentido, consiste não apenas no direito de pedir a tutela jurisdicional, mas também ao uso da técnica processual adequada às necessidades do direito material. Finalmente, numa terceira acepção, representa um movimento dedicado à solução dos obstáculos relacionados com dificuldades enfrentadas pelas pessoas hipossuficientes na concretização de seus direitos (TAVARES, 2013, p.34)

O conceito do acesso à justiça sofreu diversas alterações com o passar dos anos. Os Estados Liberais – tomados pelo sistema do *laissez-faire* – garantiam unicamente uma proteção formal de direitos individuais, conferindo caráter de direito natural ao acesso à justiça. Nas palavras de Capelletti e Garth “A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito

natural” (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p.09), os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção”.

Diante da visão liberal, só eram capazes de obter a tutela jurisdicional os sujeitos abastados, aptos a suportar os ônus econômicos advindos do processo. Ainda assim, quando conseguiam apresentar os litígios, estes eram julgados de forma dogmática funcionando o Magistrado como um simples aplicador da lei, desconsiderando qualquer particularidade do caso, como pontua Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (SARLET, 2012, p.45)

O sistema do *laissez-faire* iniciou sua derrocada a partir do século XVIII, em especial com a eclosão de movimentos sociais por toda a Europa cujo maior exemplo a ser citado é a Revolução Francesa perdurando de 1789 a 1799. O levante culminou nas principais discussões políticas da época. O lema “*Liberté, Egalité, Fraternité*” foi entoado em todo o país, resultado da antipatia popular frente a privilégios monárquicos e a propagação da fome por todo território francês, condições que embasaram os beligerantes. No mesmo sentido, elucida Fernando Pagani Mattos:

É de se mencionar que já nos séculos XVII e XVIII, com o objetivo de legitimar a criação do Estado, o fato de se submeter – ao menos formalmente – os poderes do soberano ao direito individual de cada homem já simbolizava os primeiros indícios de supremacia do

indivíduo sobre a figura estatal. É a afirmação da individualidade surgida na Idade Moderna e reforçada pela Revolução Francesa. (MATOS, 2009, p. 44)

Ainda que considerada a principal revolta social do século XVIII, a Revolução Francesa não foi a única. Países como os Estados Unidos, Irlanda, Bélgica e Inglaterra experimentaram movimentos populares, como destaca Hobsbawn:

O final do século XVIII foi uma época de crise para os velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos, e suas últimas décadas foram cheias de agitações políticas, chegando até o ponto de revoltas, de movimentos coloniais em busca de autonomia, às vezes atingindo o nível da secessão; não só nos Estados Unidos (1776-83) mas também na Irlanda (1782-84), na Bélgica e em Liège (1787-90), na Holanda (1783-87), em Genebra e, até mesmo, na Inglaterra (1779) (HOBSBAWN, 1996, p.10)

Como fruto da Revolução Francesa, autoproclamou-se em junho de 1789 uma Assembleia Nacional Constituinte, formada pelos representantes dos Estados Gerais – organização representativa da pequena burguesia e dos camponeses – produzindo em 27 de agosto do mesmo ano a “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Povos”. O documento sedimentou o lema da Revolução, consagrando os direitos humanos que influenciaram constituições futuras, inclusive a Constituição Francesa de 1791. Acerca do tema apregoa André de Carvalho Ramos:

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara *influência jusnaturalista*, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. São apenas *dezessete* artigos, que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e que condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos peran-

te a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. (RAMOS, 2019, p.35)

O ano de 1789 se tornou um marco na história francesa com a queda da Bastilha, o estabelecimento da República e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Declaração de 1789 positivou o ideal de igualdade tão em voga no final do século XVIII, definindo em seu texto que “os homens nascem e são livres em iguais direitos”, afastando – ao menos formalmente – a ideia de classes ou castas, como dispões Sarlet:

Igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento (SARLET, 2012, p.30)

Houve, portanto, uma mudança na percepção social em relação aos direitos, dinâmica que fomentou no século XIX movimentos socialistas, especialmente na Inglaterra e na França pós-revolucionária. Obras como “O que é a propriedade” de Pierre-Joseph Proudhon e “Sobre a questão Judaica” de Karl Marx questionaram de forma crítica as declarações vigentes na época, sobretudo a individualização apresentada no âmbito dos direitos fundamentais, diante da exploração capitalista sofrida pelos mais pobres, conforme o autor:

A sociedade feudal foi dissolvida no seu elemento básico, o homem; mas no homem que constituía o seu real fundamento, no homem egoísta. Este homem, o membro da sociedade civil, é agora a base e o pressuposto do Estado político. Como tal é reconhecido nos direitos do homem. Mas a liberdade do homem egoísta e o reconhecimento desta liberdade surge mais exatamente como o reconhecimento do movimento frenético dos elementos culturais e materiais, que formam o con-

teúdo da sua vida. Assim o homem não se libertou da religião; recebeu a liberdade religiosa. Não ficou liberto da propriedade; recebeu a liberdade da propriedade. Não foi libertado do egoísmo do comércio; recebeu a liberdade para se empenhar no comércio (MARX, 1843, p.29)

Movidos por ideais sociais e comunistas, sobretudo a) a passagem do mercado - antes agrário - para uma versão industrial e urbano; b) a comunhão dos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade; c) o sucesso da produção socialista e d) o fim da Primeira Grande Guerra, inflamou sobremaneira a sociedade no início do século XX com o objetivo de criar novos modelos constitucionais estruturados nos anseios sociais.

A título de movimento constitucional, vale citar as Constituições do México (1917) e a Weimar (1919), dispositivos que juntamente à outras declarações - como a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918 - positivou os direitos sociais. Conforme Capelletti e Garth:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p.10)

Ainda que um grande avanço tenha sido feito a título de garantias constitucionais dos direitos básicos, não se fez suficiente para impedir, no ano de 1939, a Segunda Guerra Mundial e a dispersão dos ideais nazistas. Com o término da guerra, os países envolvidos encontravam-se completamente destruídos e tomados por um sentimento de restauração da paz perdida no período bélico. Foi então que no ano de 1945, mais especificamente no dia 24 de outubro, na cidade de São Francisco - EUA - fundou-se a Organização das Nações Unidas.

Pode ser apontado como principal documento editado pela ONU, através da sua Comissão de Direitos Humanos presidida por Eleanor Roosevelt, a Declaração dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral em Paris. A Declaração apresentou no plano internacional o conceito de Direitos Humanos como garantia de uma vida digna, livre de desigualdades e violência.

Ensina André Carvalho Ramos:

Como marco dessa nova etapa do Direito Internacional, foi criada, na Conferência de São Francisco em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). O tratado institutivo da ONU foi denominado “Carta de São Francisco”. A reação à barbárie nazista gerou a inserção da temática de direitos humanos na Carta da ONU, que possui várias passagens que usam expressamente o termo “direitos humanos”, com destaque ao artigo 55, alínea “c”, que determina que a Organização deve favorecer “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Já o artigo seguinte, o artigo 56, estabelece o compromisso de todos os Estados-membros de agir em cooperação com a Organização para a consecução dos propósitos enumerados no artigo anterior. Porém, a Carta da ONU não listou o rol dos direitos que seriam considerados essenciais. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (também chamada de “Declaração de Paris”), que contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente (MARQUES, 2019, p.37)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu por consequência o acesso à justiça especialmente ao excluir a segregação através do gênero, cor, raça e etnia. Partindo da premissa que todos são iguais perante a lei – artigo 7º – a Declaração afastou questões que impediam o livre acesso ao Poder Judiciário, afirmando ainda em seu artigo 8º que “Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Assim, a positivação do acesso à justiça foi garantida no cenário in-

ternacional (e também em âmbito nacional com a ratificação do Brasil à referida Declaração). Todavia, não bastou a formalização da regra, existiam ainda fatores limitantes ao acesso da população à tutela jurisdicional. Como exemplo de limite ao acesso à justiça está o alto custo dos honorários advocatícios.

Posteriormente ao advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente em 22 de Novembro de 1969, foi assinada em San José - Costa Rica - a Convenção Americana de Direitos Humanos. O documento resultou da Conferência Intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entrando em vigor no ano de 1978. Em âmbito nacional, a Convenção passou a ter validade no dia 06 de novembro de 1992 através do Decreto nº 678/92. Segundo Flavia Piovesan:

Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o **direito a um julgamento justo**, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o **direito à resposta**, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o **direito à igualdade perante a lei** e o **direito à proteção judicial** (grifo nosso) (PIOVESAN, 2013, p.343)

Na década de 60, enquanto a comunidade internacional convergia com a finalidade de garantir os Direitos Humanos - aqui incluso o acesso à justiça - o Brasil sofria um abismo humanitário, enfrentando uma ditadura militar violenta que ceifou direitos básicos dos brasileiros através da promulgação de seus atos institucionais. Preceitua Fernando Pagani Mattos:

A Carta Política de 1969 contém um grande rol de direitos e garantias individuais que jamais foram postos em prática em virtude do ainda vigente Ato Institucional 5, de 1968. Sob o governo do General Médice, a vigência da Constituição foi,

muitas vezes de ordem forma, em submissão a um “*estamento tecnocrático-militar*” (MATTOS, 2009, p.55)

O fim do regime militar moveu o País no sentido de garantir seus direitos ora restringidos face a ditadura enfrentada, situação que culminou na edição – em 1988 – da nova Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadão por seu conteúdo garantista e humanitário. Há de se ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) formalizaram em âmbito externo e interno dispositivos garantidores do acesso à justiça, servindo de alicerce para a edição da Constituição Federal de 1988. A título de exemplo, vale citar o artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O legislador preocupou-se em abranger os três principais pontos do acesso à justiça, quais sejam, a) acesso ao Poder Judiciário, b) a utilização de técnica processual adequada e c) solucionar as limitações enfrentadas pelos mais vulneráveis. Não se faz suficiente a mera positivação da matéria, sendo imprescindível que o direito material seja trazido ao contexto fático do direito formal, adequando as técnicas a depender do caso concreto. Acerca do tema dispõe Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Matidiero:

A tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para a tutela dos direitos. O processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para se estruturar, a partir daí, um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo (MARIONI; ARENHART & MITIDIERO, 2017, p.197)

Questões enfrentadas no texto constitucional e processual como, a amplitude da tutela jurisdicional, o custo da demanda, a celeridade processual e a adequação do procedimento à matéria, surgem na obra de Capelletti e Garth como as três ondas renovatórias do Acesso à Justiça, através das quais os autores apresentam soluções a fim de solucionar o maior número de litígios possíveis de forma satisfatória:

A tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim . A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para se estruturar, a partir daí, um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo. A igualdade material entre as pessoas – e entre as situações substanciais carentes de tutela por elas titularizadas – só pode ser alcançada na medida em que se possibilite tutela jurisdicional diferenciada aos direitos (SARLET, 2018, p.855)

A fim de dirimir a maior quantidade possível de limitadores do acesso ao Poder Judiciário, o atual Código de Processo Civil abordou em alguns de seus dispositivos o tema. Garantias como os meios alternativos de composição de litígios (art. 3º), a duração razoável do processo e a sua celeridade (art.4º), a cooperação entre as partes (art.6º) e a gratuidade da justiça (art.98 e ss) são alguns dos exemplos. Respectivo tema será abordado de maneira detalhada em momento adequado.

Quanto ao aspecto processual do Acesso à Justiça, Horácio Wanderlei Rodrigues elucida ao citar o professor Kazuo Watanabe:

Todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados... também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e nova técnicas de solução dos conflitos. Assim concebida a Justiça, como instituição com plena adequação às realidades sociais do País e em condições de realização da ordem jurídica justa, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos, e os obstáculos surjam, de natureza econômica, social ou cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação, são alguns dos serviços que se prestam, desde que convenientemente organizados, à remoção desses obstáculos (RODRIGUES, 1994, p.30)

O cenário do acesso à justiça vem evoluindo ao decorrer do tempo. Desde os Estados Liberais do *laissez-faire*, passando pela positivação no âmbi-

to internacional através de diplomas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, o tema foi lapidado fazendo com que grande parte da sociedade do século XXI tenha meios suficientes para garantir não só a propositura da demanda, como o suporte financeiro através da assistência jurídica e ainda um sistema judiciário organizado a fim de providenciar um processamento justo e equânime entre as partes.

Ainda que a legislação pátria esteja na vanguarda quanto a proteção e efetivação do acesso à justiça, o Brasil é um país que transborda desigualdade social. Referida desigualdade não se trata apenas de questões econômicas, mas também de aspectos de gênero, em especial a vulnerabilidade das mulheres suportada ao propor uma demanda no Judiciário. Os limites carregados pelas mulheres brasileiras são variados, como exemplo pode-se citar a dependência econômica ao seu companheiro ou companheira, a falta de escolarização e ausência de oportunidades no mercado de trabalho, situação a ser esmiuçada no capítulo seguinte.

2 DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS BRASILEIRAS NO ACESSO À JUSTIÇA

Em nada surpreende a afirmação de ser o Brasil um país com extrema desigualdade de gênero, posicionando a mulher em situação de vulnerabilidade social. O patriarcado atua de forma pungente ainda nos dias atuais, estando o território brasileiro incluso neste ciclo vicioso constituído por opressão e submissão. Uma das principais autoras a discutir o contraste de gênero, Simone de Beauvoir, destaca a presença do patriarcado desde o surgimento da espécie humana:

O mundo sempre pertenceu aos machos. Nenhuma das razões que nos propuseram para explica-lo nos pareceu suficiente. É revendo à luz da filosofia existencial os dados da pré-história e da etnografia que poderemos compreender como a hierarquia dos sexos se estabeleceu. Já verificamos que, quando duas categorias humanas se acham presentes, cada uma delas quer impor à outra sua soberania [...] Se uma das duas é privilegiada, ela domina a outra e tudo faz para mantê-la na

opressão. Compreende-se pois que o homem tenha tido vontade de dominar a mulher. Mas qual privilégio lhe permitiu satisfazer essa vontade? (BEAUVOIR, 2009, p.135)

A dominação masculina influenciou sobremaneira os mais diversos aspectos da sociedade, preservando e garantindo seus privilégios em detrimento dos direitos femininos. Atividades como votar e exercer um ofício formal – que não incluísse os serviços domésticos e a criação da prole – só vieram a permear o universo feminino na história recente, como pontua Veronica Homsí Consolim:

Com a revolução industrial do século XVIII e o êxodo rural, à mulher é aferido outro papel na sociedade, a de trabalhadora assalariada, ainda que seus salários fossem muito inferiores ao dos homens para a realização do mesmo ofício. Essa “concessão” do direito de trabalhar externamente, conquanto com valor de trabalho bastante reduzido, não usurpou da mulher a função de cuidar dos afazeres domésticos. A sua conquista, portanto, não a igualou aos homens, pelo contrário, iniciou-se a na história a sua dupla jornada. Nessa época, nas áreas urbanas do Brasil Imperial, as janelas não se abriam para as esposas e filhas dos senhores (CONSOLIM, 2017)

A luta pelo voto marcou o início de uma suntuosa movimentação social na Europa do século XIX, especialmente na Inglaterra. Um grupo de mulheres insatisfeitas com a opressão que sofriam, organizou-se na cidade de Londres com um objetivo maior, garantir o direito ao voto. As participantes ficaram conhecidas como sufragistas. O sufrágio feminino pontuou a primeira onda feminista, marcada por prisões de manifestantes e até greve de fome. Conforme Céli Regina Jardim Pinto:

Ao longo da história ocidental sempre houve mulheres que se rebelaram contra sua condição, que lutaram por liberdade e muitas vezes pagaram com suas próprias vidas. A Inquisição da Igreja Católica foi implacável com qualquer mulher que desafiasse os princípios por ela pregados como dogmas insofismáveis. Mas a chamada primeira onda do feminismo aconteceu a partir das últimas décadas do século XIX, quando as

mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo que o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto (PINTO, 2010, p.15)

O movimento feminista europeu repercutiu em terras brasileiras, especialmente na Assembleia Constituinte de 1891. À época, foram apresentados três principais projetos visando a garantia do voto às mulheres, todavia, em todos existiam fatores limitantes, como a necessidade de diploma universitário ou a constituição de matrimônio, como apresenta Luiza Chaves Santos:

Porém, na chamada “Comissão dos 21”, formada por um representante de cada estado e do Distrito Federal, Lopes Trovão, Leopoldo de Bulhões e Casimiro Júnior apresentaram proposta de sufrágio “às mulheres diplomadas com títulos científicos e de professora, desde que não estivessem sob o poder marital nem paterno, bem como às que estivessem na posse de seus bens” [...]. Além dos já mencionados Lopes Trovão, Leopoldo de Bulhões e Casimiro Júnior, também foram a favor os constituintes Sá Andrade e César Zama, que propuseram que o sufrágio fosse dado “às cidadãs solteiras ou viúvas, diplomadas em direito, medicina ou farmácia e às que dirigissem estabelecimentos docentes, industriais ou comerciais”. Ainda, foi proposta, por vinte e oito constituintes, uma emenda ao projeto de Constituição para conferir o direito ao voto às mulheres “diplomadas com títulos científicos e de professoras, às que estivessem na posse de seus bens e às casadas” (SANTOS, 2017, p.48)

Nenhum dos projetos foi aceito e a Constituição de 1891 em nada mencionou a possibilidade das mulheres em votar. Insatisfeitas com a arbitrariedade a que eram submetidas, formaram em 1910 o Partido Republicano Feminino (PRF), estando na presidência Leolinda de Figueiredo Daltró. De acordo com June E. Hahner “professoras e outras mulheres da classe média também sentiram necessidade do voto [...]. Esse era o público a quem se dirigia Leolinda de Figueiredo Daltró, professora e presidenta do Partido Feminino Republicano, fundado em 1910.” (HAHNER, 1981, p.94)

Desde então, a luta feminina por direitos iguais vem se intensifi-

cando no contexto mundial. Em âmbito nacional, a revolução feminista - influenciada pelo movimento Europeu - ganhou força no início do século XX, especialmente no ano de 1922 com a fundação da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, criada pela deputada Bertha Lutz, apresentando como objetivo primordial a garantia do voto e o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, como explica Camila Souza:

Parte da história da luta feminina no Brasil pode ser conhecida pesquisando o acervo do Arquivo Nacional, no conjunto de documentos da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), cujo embrião é a Liga pela Emancipação da Mulher. A FBPF foi fundada pela bióloga, deputada e feminista brasileira Bertha Lutz em 1922, com objetivo de lutar em prol dos direitos da mulher, incluindo os políticos e civis; participação no mercado de trabalho; acesso à educação, entre outros assuntos pertinentes à busca por equidade. A FBPF contribuiu para a conquista do voto feminino, garantido na Constituição de 1934 e teve sua atuação paulatinamente diminuída após a decretação do Estado Novo em 1937. A entidade continuou a existir, contudo, tendo sido fechada apenas em 1986 (SOUZA, 2019)

O direito ao voto só foi conquistado pelas brasileiras através da promulgação do Código Eleitoral de 1932. Todavia, subsistiram por décadas as mais variadas limitações ao sufrágio feminino, além do fato de não ser considerado como obrigatório, subjugando tal direito aos arbítrios matrimoniais ou paternos. Neste sentido aduz Limongi, Oliveira e Schmitt:

Assim, ao definir como voluntário o voto feminino, o legislador sabia que a decisão não cabia às mulheres, ao 'seu querer'. Antes o contrário. Na verdade, o Estado estava se dobrando à autoridade masculina, parando à porta do lar. Se não o fizesse, se mulheres fossem obrigadas a votar, isto significaria que o poder público estaria limitando a autoridade do chefe da família, como reconhecida pelo Código Civil de 1916. Essa 'ousadia', portanto, não poderia constar no Código Eleitoral de 1932 (LIMONGI, OLIVEIRA & SCHMITT, 2018, p.07)

A onda feminista foi ganhando cada vez mais força com os anos, evoluindo para um movimento organizado e combatente. Em âmbito internacio-

nal a década de 60 retomou com ferocidade a luta pelos direitos do grupo, em particular na Europa e Estados Unidos. Temas como mercado de trabalho, vida pública e educação ecoaram nos continentes europeu e americano. O cenário no Brasil era completamente oposto. A ditadura militar assombrava o país, impedindo as brasileiras de entoarem gritos feministas, fazendo o movimento embarnar até a década de 70, como pontua Céli Regina Jardim Pinto:

Portanto, enquanto na Europa e nos Estados Unidos o cenário era muito propício para o surgimento dos movimentos libertários, principalmente aqueles que lutavam por causas identitárias, no Brasil o que tínhamos era um momento de repressão total da luta política legal, obrigando os grupos de esquerda a irem para a clandestinidade e partirem para a guerrilha. Foi no ambiente do regime militar e muito limitado pelas condições que o país vivia na época, que aconteceram as principais manifestações feministas no Brasil na década de 1970 (PINTO, 2010, p.16)

Com o fim dos anos 70 e da ditadura militar, o Brasil iniciou um processo de redemocratização provocando o reaparecimento efervescente da luta pelos direitos das mulheres, como o combate à violência e a igualdade no casamento. O ano de 1984 ficou marcado pela criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM - mobilizando o país com a finalidade de inclui-los no texto constitucional.

De acordo com o projeto “Fortalecimento das Políticas Públicas para as Mulheres” elaborado pela ONU Mulheres:

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985, vinculado ao Ministério da Justiça, com o objetivo de “promover em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país (ONU MULHERES, 2014, p.01-02)

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher teve papel importante no advento da Assembleia Constituinte de 88. O grupo elaborou uma cam-

panha por meio da qual as brasileiras poderiam enviar suas manifestações através de cartas com a promessa que estas seriam levadas até a Assembleia, o que de fato ocorreu. O documento chamado de “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes” foi usado como alicerce, embasando as decisões dos constituintes. Segundo Silvia Pimentel:

Esta carta é, no meu entender, a mais ampla e profunda articulação reivindicatória feminina brasileira. Nada igual, nem parecido. É marco histórico da práxis política da mulher, grandemente influenciada pela teoria e práxis feministas dos dez anos anteriores. A mulher urbana e a mulher rural; a mulher dos meios acadêmicos, a semianalfabeta e a analfabeta; a mulher branca, a mulher negra, a mulher indígena; a mulher jovem; a mulher madura e a mulher idosa; a mulher trabalhadora e a mulher doméstica (“patroa” ou “empregada”); a mulher casada, a mulher companheira, a mulher mãe solteira, a mulher bem assalariada e a mulher explorada e despossuída, estão todas representadas nesse conjunto de propostas (PIMENTEL, 2018, p.59-60)

O texto da Constituição Federal de 1988 veio carregado de garantias aos direitos fundamentais, incluindo os pertencentes ao gênero feminino. Logo em seu artigo 5º, inciso I, a Carta Magna dispõe serem homens e mulheres “iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Referido dispositivo é o ponto de partida para uma gama de garantias constitucionais relacionadas às mulheres.

Cumprido destacar que a igualdade abordada no texto constitucional se refere àquela conhecida como material, ou seja, ainda que o artigo 5º, inciso I equipare as condições de homens e mulheres, a Carta Magna respeita as necessidades individuais de cada gênero. A título de exemplo vale citar a) o artigo 201, §7º, inciso I que determina a idade de aposentadoria como 65 anos para os homens e 62 anos para mulheres; b) o artigo 143, §2º dispensando as mulheres do serviço militar.

Nesta toada explicita José Afonso da Silva

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda

é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas a igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional (SILVA, 2014, p.219)

A Constituição Federal de 88 é considerada um modelo quando o assunto é direito das mulheres. Com normas garantistas, que expressam de forma direta a equidade entre gêneros – respeitando as diferenças – a Lei Maior brasileira se apresenta como agente excludente do desequilíbrio de gênero. No entanto os dados atuais demonstram um cenário bem diferente.

Afim de apresentar o cenário de violência contra a mulher no Brasil, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública juntamente com o instituto Datafolha, entrevistou no ano de 2019, o total de 1.092 mulheres, com 16 anos ou mais em 130 municípios em todo território nacional, elaborando o relatório “*Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*”.

Segundo o documento, 16 milhões de brasileiras sofreram algum tipo de violência no ano de 2018, sendo o principal autor das agressões algum conhecido, representando 76,4% dos casos. Outro dado importante trazido pelo estudo fica por conta do local em que as agressões ocorreram, consistindo em 42% deles ocorridos dentro da própria residência da vítima (VISÍVEL E INVISÍVEL, 2019, p.06-07)

Relativo ao número de denúncias feitas, 52% das mulheres alega não ter tomado nenhuma atitude (o equivalente a 8 milhões 320 mil mulheres). Das vítimas que buscaram ajuda, 22,2% a fizeram através de órgãos oficiais e 29,6% por meio de amigos, família ou instituições religiosas (VISÍVEL E INVISÍVEL, 2019, p.18)

Segundo o próprio relatório:

Os dados apresentados neste relatório indicam que a violência é uma variável presente no cotidiano das mulheres brasileiras e que superá-la envolve o acolhimento da vítima, o acesso à justiça, a punição do agressor, mas também estratégias de prevenção que trabalhem a origem de todas essas

diferentes manifestações de violência (VISÍVEL E INVISÍVEL, 2019, p.07)

O número alarmante de mulheres vítimas de alguma forma de violência deve ser analisado juntamente com outros aspectos sociais como a educação, a estrutura econômica e a taxa de natalidade. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em pesquisa realizada no ano de 2016 o número total de mulheres com 25 anos ou mais que completaram o ensino superior foi de 33,9% – 23,5% brancas e 10,4% negras (IBGE, 2018, p.05-06). Quando perguntado aos entrevistados quantas horas por semana dedicava aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos, as mulheres totalizaram 18,1 horas enquanto os homens destinaram 10,5 horas, uma diferença de 73%. Em relação aos rendimentos salariais, as mulheres auferem cerca de 25% a menos que os homens (IBGE, 2018, p.03)

Quanto a participação em atividades produtivas, a pesquisa aponta:

Mesmo em meio a tantas transformações sociais ocorridas ao longo do último século sob a perspectiva de gênero (maior participação das mulheres no mercado de trabalho, crescente escolarização, redução da fecundidade, disseminação de métodos contraceptivos, maior acesso à informação), as mulheres seguem dedicando relativamente mais tempo aos afazeres domésticos e cuidados, qualquer que seja o grupo de idade observado. As diferenças, contudo, se ampliam entre as faixas de idade mais elevadas (IBGE, 2018, p.03)

De acordo com os elementos acima descritos, permanece no Brasil um abismo social, econômico e educacional entre os gêneros estando a mulher em situação de vulnerabilidade. Com índices precários, mulheres em todo território nacional não tem sequer conhecimento de seus próprios direitos e, quando cientes de suas prerrogativas, são inviabilizadas de galgar a tutela jurisdicional adequada por fatores econômicos, pela ausência de profissionais capacitados, pela sobrecarga com os afazeres domésticos e/ou criação dos filhos e até mesmo por desconfiança na prestação.

Horácio Wanderlei Rodrigues aponta as principais dificuldades enfrentadas pelos brasileiros quanto a acesso à justiça:

Sabe-se muito bem das despesas que envolvem uma demanda judicial: no mínimo custas processuais e honorários advocatícios. A isso podem se somar outros gastos, como com perícias, por exemplo. Como poderão esses brasileiros, que não ganham o suficiente nem para se alimentarem, custear um processo judicial? Esse primeiro entrave talvez o mais grave – ao efetivo acesso à justiça. Agrava-o ainda mais o fato de todas as partes envolvidas possuírem formalmente os mesmos direitos; igualdade essa que, em regra geral, não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre as partes. Ou seja, todos são livres e iguais para buscarem a realização da justiça, mas de fato alguns são mais iguais que os outros. A situação será mais grave quanto maiores forem as diferenças entre as partes (RODRIGUES, 1994, p.35)

O impasse feminino na busca da prestação jurisdicional advém ainda de questões subjetivas como, o afeto pelo agressor, a vergonha da exposição, o temor em ser julgada moralmente pela sociedade e o afastamento do Poder Judiciário ainda tomado pelo patriarcado. Letícia Massula se orienta da mesma forma, segundo a autora:

O desconhecimento por parte das mulheres acerca de seus direitos em relação aos homens é maior, aumentado em virtude da exclusão e violência que vivenciam cotidianamente, e que acaba por afastá-las de informações que lhes permitiriam compreender a amplitude da problemática. Esse ciclo enfraquece, portanto, uma reação. Também é maior a descrença e o distanciamento das mulheres em relação ao Judiciário enquanto poder historicamente masculino, que ainda não incorporou adequadamente a especificidade de gênero em seus julgados; e, em muitos casos, continua perpetuando uma visão estereotipada e preconceituosa sobre os papéis femininos e masculinos na sociedade (MASSULA, 2006, p.143)

A luta feminina pela conquista e efetivação de direitos básicos – dentre eles o acesso à justiça – data de séculos atrás, mas permanece até hoje. Através de uma batalha árdua e valente mulheres de todo mundo galgaram o direito ao voto, à educação, equiparação salarial, equidade no casamento, dentre outros direitos que afastaram formalmente a desigualdade de gênero.

Conquanto, a simples positivação dos direitos não assegurou sua aplicação na situação fática. O alto custo das demandas, a ausência de informação, a baixa escolaridade, as diversas horas gastas com afazeres domésticos, são alguns dos fatores que afastam mulheres do acesso à justiça. Ainda que persistam obstáculos, algumas instituições e grupos organizados vem trazendo subsídios a estas mulheres com o intuito de garantir o acesso ao Poder Judiciário, efetivando garantias básicas e preservando a dignidade humana. É o que pretende apresentar o capítulo seguinte.

3 MEIOS DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA PARA AS MULHERES

O acesso à justiça sob recorte de gênero é bastante difundido nos diplomas legais, sejam eles no plano constitucional ou infraconstitucional. Como apresentado anteriormente, a Constituição Federal preserva o direito feminino na busca da tutela jurisdicional especialmente através da igualdade de gênero (art. 5º, I), dirimindo qualquer forma de opressão e assim propiciando o acesso à justiça pelo público feminino.

Considerando seus limites de extensão, o presente artigo irá abordar três principais pontos que procuram efetivar o acesso à justiça pelas mulheres, são eles a) a Lei Maria da Penha; b) a Defensoria Pública; e c) as Organizações Não Governamentais.

O primeiro pilar na defesa do acesso à justiça feminino é a Lei 11.340 de 07/08/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A Lei surgiu a partir da história trágica de violência doméstica vivida por Maria da Penha. Maria foi vítima de tentativa de feminicídio por parte de seu companheiro, situação que a levou a tornar-se paraplégica. O crime ocorreu no ano de 1983 permanecendo o agressor em liberdade frente a inoperância do sistema judiciário. Foi então, que no ano de 1998 Maria da Penha Juntamente com o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA)“.

Em relatório elaborado pela CIDH/OEA o Brasil foi responsabiliza-

do por negligência, omissão e tolerância quanto à violência doméstica experimentada pelas mulheres brasileiras, concluiu o relatório:

Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher (CIDH/OEA, 2001)

Diante da pressão internacional formou-se em 2002 um Consórcio de ONGs feministas com o objetivo de criar uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, editando o Projeto de Lei nº4.559 de 2004, sendo aprovado por unanimidade na Câmara e no Senado. Desta forma, em 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340 – Lei Maria da Penha.

O dispositivo criou mecanismos a fim de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar na toada do artigo 226, §8º da Constituição Federal. Além de conceituar a própria violência doméstica e familiar como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, a norma aborda a assistência à mulher, especialmente medidas de prevenção por meio de ações “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais” como elucida Maria Berenice Dias:

Entre as diretrizes das políticas públicas a serem adotadas no âmbito federal, estadual e municipal e nas ações não governamentais destaque especial é dado aos direitos humanos femininos na esfera educacional. É determinada (art.8º, V): “a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção

da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres” (DIAS, 2007, p.33)

Segundo estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no ano de 2019 a taxa de congestionamento das varas exclusivas de violência doméstica totalizaram 57%, sendo os estados do Rio de Janeiro, Amapá e Distrito Federal os de maior destaque com mais de 45% dos processos. A que pese ser a legislação atual tendo ainda muito o que evoluir, os resultados tem sido promissores, estimulando as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar a denunciar seus agressores. Conforme o relatório “*Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*”, a Delegacia da Mulher foi o principal órgão oficial procurado pelas vítimas, seguido das delegacias comuns, Polícia Militar e o Disque 180 (VISÍVEL E INVISÍVEL, 2019, p.18)

A Lei Maria da Penha pode não ter colocado fim na violência doméstica, o que dependeria de uma mudança social completa, anulando por completo a forma patriarcal que comungamos até os dias atuais, passando a um cenário de equidade entre os gêneros, função esta que não cabe apenas à lei. Não obstante a manutenção de uma sociedade machista, a Lei inibiu a violência de gênero além de garantir a igualdade *de facto* ampliando a proteção às mulheres no cenário da violência doméstica e familiar uma vez que são elas as principais vítimas. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Chegou o momento de resgatar a cidadania feminina. É urgente a adoção de mecanismos de proteção que coloquem a mulher a salvo do agressor, para que ela tenha coragem de denunciar sem temer que sua palavra não seja levada a sério. Só assim será possível dar efetividade à Lei Maria da Penha (DIAS, 2019, p.26)

O acesso à justiça nos casos de violência doméstica e familiar foi amplamente facilitado com o advento da Lei Maria da Penha, no entanto, a norma depende de institutos públicos para atingir seu objetivo de forma integral. As Defensorias Públicas estaduais vêm cumprindo um papel muito

importante na aplicação da Lei em questão, contribuindo para a garantia das mulheres à prestação Jurisdicional.

A Defensoria Pública faz um trabalho marcante na defesa do acesso à justiça. Através do assistencialismo prestado pelo órgão sujeitos dotados de vulnerabilidade social ou econômica conseguem ter acesso ao Poder Judiciário por meio do patrocínio dos defensores públicos. A defesa da mulher em situação de violência doméstica é abordada de forma direta na Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº80 de 1994):

Art. 4º, caput - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras

X - promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela

Como expoente no assunto está a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. A DPE-RJ criou em 1997 o Núcleo Especial de Defesa de Direitos da Mulher e Vítimas de Violência - NUDEM - desenvolvendo um trabalho multidisciplinar no enfrentamento da violência de gênero (TELLES, 2017, p.25). O núcleo foi oficializado em 24 de novembro de 1997 através da Resolução DPGE nº84, editada pelo Defensor Público Geral Roberto Patrício Netuno Vitagliano, estabelecendo “que ao defensor público, em exercício no órgão, compete o primeiro atendimento, aconselhamento, tentativa de composição amigável, encaminhamento aos outros órgãos de atuação, propositura e acompanhamento de ações que versem sobre a defesa dos direitos da mulher vítima de violência” (TELLES, 2017, p.25)

Além de realizar um atendimento especializado, o NUDEM fluminense lança cartilhas informativas, curso de capacitação e sensibilização na defesa dos direitos da mulher vítima de violência - dirigido aos profissionais da rede de apoio à vítima - além de atendimentos em locais públicos, pretendendo atingir o maior número possível de mulheres em situação de vulnerabilidade quanto ao acesso à justiça na hipótese de violência doméstica.

Pioneira na institucionalização da defesa de gênero entre as outras defensorias públicas do país, a DPRJ se mantém alinhada às demandas da sociedade civil, em especial do movimento de mulheres, que consubstanciam sua política de enfrentamento à violência. A continuidade e o aperfeiçoamento do trabalho são fatores que conferem legitimidade à sua atuação, reconhecida pelas instituições parceiras e, sobretudo, pelas mulheres fluminenses como indispensável à garantia de acesso à justiça e ao fortalecimento da política de gênero no estado (TELLES, 2017, p.19)

As inovações não se limitaram ao estado do Rio de Janeiro, em Goiás a Defensoria Pública vem realizando um trabalho fabuloso na defesa da mulher. Em 2018 a instituição goiana iniciou suas atividades através do NUDEM, atendendo em até o presente ano o total de 3 mil mulheres vítimas de violência de gênero, até mesmo via WhatsApp. Conforme destaca a coordenadora do NUDEM Goiás, Gabriela Hamdan:

Durante os dois anos de existência do Núcleo tiveram destaque os programas de educação em direitos, como o Curso de Defensores Populares e o Defensoria Itinerante Mulher, iniciativas que possibilitam a aproximação do trabalho da DPE-GO da população em diferentes localidades, para além do funcionamento na própria sede, que fica no Setor Sul, em Goiânia. Além disso, frisa ela, atividades como o Grupo Reflexivo de Mulheres Vítimas de Violência Doméstica, iniciado em setembro de 2018, possibilitam o acolhimento e a emancipação de mulheres e o acesso a atendimento jurídico (ALMEIDA, 2020)

No Estado de São Paulo o NUDEM iniciou seus trabalhos no ano de 2008 e, desde então, vem atuando na promoção de atendimento jurídico às vítimas, além de atender em centros e casas de atendimento à mulher na Capital e Interior. Conforme o “*Relatório de avaliação das Defensorias Públicas do Brasil sobre o cenário de enfrentamento à violência contra a mulher no país*” elaborado pela Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Mulher do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, a DPE-SP ainda “acolhe a demanda da mulher vítima de violência doméstica em todos os locais onde promove

atendimento inicial, sendo considerada como urgente” (SENADO, 2013, p.29)

O terceiro pilar na defesa do acesso à justiça pelas mulheres, fica por conta das Organizações Não Governamentais. O Brasil é um país de tamanho continental, com 5.570 municípios segundo dados do IBGE. Diante deste cenário, a dificuldade do acesso a prestação jurisdicional se agrava ainda mais, somado ao desequilíbrio econômico entre os gêneros e a falta de educação formal e de informação muitas mulheres ficam a deriva de serviços jurídicos capazes de atendê-las, ganhando importância o papel das ONGs.

Uma das mais importantes Organizações na defesa da mulher é a ONG “THEMIS – Gênero, Justiça e Direitos Humanos”. Com surgimento no ano de 1993 através da união de advogadas e cientistas sociais, a ONG tem como missão “construir com as mulheres caminhos de acesso à justiça e de fortalecimento da cidadania que enfrentem as desigualdades raciais, socioeconômicas e culturais”.

Desde o surgimento a THEMIS oferece um programa de advocacia feminista, atuando “em litígios estratégicos no sistema interamericano de direitos humanos, em colaboração com organizações de direitos humanos, em temas de direitos sexuais e de direitos reprodutivos.”

Uma das demandas cuja ONG se envolveu foi a Ação Civil Pública Tapinha Não Dói de 2003. Juntamente com o Ministério Público as advogadas da THEMIS propuseram contra a empresa Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda e a gravadora Sony, Ação Civil Pública com a finalidade de evitar a divulgação de músicas que incitavam a violência contra a mulher. Conforme publicado no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

As músicas “Tapinha” e “Tapa na Cara” foram alvo de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Themis – Gênero e Justiça, grupo de assessoria jurídica e estudos feministas. Segundo o MPF e a ONG, as letras das músicas banalizam a violência contra a mulher, transmitindo uma visão preconceituosa. O pedido foi parcialmente acolhido em primeira instância, com a fixação do valor da multa, sendo que a condenação ficou restrita à produtora Furacão 2000 e à música “Tapinha” (TRF4, 2015)

A união de Estado e sociedade vem trazendo um avanço na efetivação do acesso à justiça pelas mulheres, especialmente no âmbito da violência doméstica e familiar, principal expoente na ofensa dos direitos fundamentais femininos. A luta ainda permanece em toda extensão do país, sendo facilitada por instituições como a Defensoria Pública Estadual, a participação social de ONGs atuantes na defesa da mulher, além da aplicação correta dos dispositivos legais.

O acesso à justiça ainda é muito precário quando o gênero vulnerável é o feminino, porém, a evolução ocorre todo dia na busca de empoderar e informar as brasileiras acerca de seus direitos, oportunizando meios funcionais e eficazes de salvaguardá-los através do acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de acesso à justiça acompanhou as evoluções mundiais, no entanto excluiu por muitos anos da sua apreciação o gênero feminino, compartilhando de ideais machistas e patriarcais, mantendo a mulher em situação de vulnerabilidade quanto a prestação jurisdicional. Foi através da luta feminina, especialmente pelo direito ao voto e a igualdade de gênero que as organizações internacionais e posteriormente o legislador pátrio incluiu a mulher como sujeito de direitos, incluso, portanto, o acesso à justiça.

Com o advento na Constituição Federal de 1988 a isonomia entre mulheres e homens foi positivada a título constitucional, todavia não efetivou tais normas. A ausência de políticas públicas capazes de garantir direitos básicos como a educação e o acesso à informação distancia cada dia mais as mulheres de conhecer seus direitos e, conseqüentemente de pleiteá-los.

É neste cenário de opressão que instituições como a Defensoria Pública Estadual, Organizações Não Governamentais e a promulgação da Lei Maria da Penha atuam diariamente através da união de profissionais capacitados e dedicados à proteção feminina, atuando especialmente contra a violência doméstica e familiar, principal problema enfrentado pelas mulheres como indicam os dados atuais.

A luta ainda demanda muito esforço, mas vem ganhando espaço e

notoriedade nacional, amparando mulheres em todo país na luta pelo acesso à justiça, garantindo não só um direito constitucional, mas também o empoderamento e a dignidade destas brasileiras que sustentam não apenas sua família, mas o País inteiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carol. No aniversário da lei Maria da Penha, o NUDEM completa dois anos com mais de 3 mil atendimentos a mulheres vítimas de violência. Defensoria Pública do Estado de Goiás, publicado em 07 de ago. de 2020. Disponível em: http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:no-aniversario-da-lei-maria-da-penha-o-nudem-completa-dois-anos-com-mais-de-3-mil-atendimentos-a-mulheres-vitimas-de-violencia&catid=8&Itemid=180. Acesso em: 06 de nov. de 2020.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo 1908-1986. Tradução de Sérgio Milliet. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Grade Northfleet. Porto Alegre. Fabris, 1988.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Organização dos Estados Americanos (CIDH-OEA). Relatório nº54/01: Caso 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes), 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annual-rep/2000port/12051.htm#:~:text=Que%2C%20com%20fundamento%20nos%20fatos,de%20respeitar%20e%20garantir%20os>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

CONSOLIM, Veronica Homs. Um pouco da história de conquistas dos direitos das mulheres e do feminismo. JUSTIFICANDO, 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/09/13/um-pouco-da-historia-de-conquistas-dos-direitos-das-mulheres-e-do-feminismo/>. Acesso em 07 de out. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. A lei maria da penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

Fortalecimento das Políticas Públicas para as Mulheres. ONU MULHERES. 2014. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/08/TdR_OBS_CNDM-final.pdf. Acesso em: 05 de out. de 2020

HAHNER, June E. A mulher brasileira: e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937. Tradução de Maria Thereza P. de Almeida e Heitor Ferreira da Costa. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

HOBSBAWN, Eric J. A revolução francesa. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.

IBGE. Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Estudos e pesquisas - informação demográfica e socioeconômica, nº38, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em 05 de out. de 2020.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza & SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio Universal, mas... só para homens: o voto feminino no brasil. Revista de Sociologia e Política (Universidade Federal do Paraná), vol.27, nº70, Curitiba, 2019

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1. 3.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

MARX, Karl. A questão judaica. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Lososofia Editora, 1975

MASSULA, Letícia. A violência e o acesso das mulheres à justiça: o caminho das pedras ou as pedras do (no) caminho. In: vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher: alcances e limites. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.

MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Editora Juruá, 2009

PIMENTEL, SILVIA. Trinta anos da carta das mulheres aos constituintes: a trajetória dos direitos das mulheres na constituinte. In: Seminários 30 Anos da Carta das Mulheres aos Constituintes. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Rio de Janeiro, 2018.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. Revista de Sociologia e Política (Universidade Federal do Paraná), vol.18, nº36, Curitiba, 2010

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso À justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SANTOS, Luiza Chaves. Sufrágio feminino e democracia no Brasil. Monografia (graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33232/33232.PDF>. Acesso em 05 de out. de 2020

SARLET, INGO WOLFGANG. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 7.ed São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. Relatório de avaliação das Defensorias Públicas do Brasil sobre o cenário de enfrentamento à violência contra a mulher no país. Organização Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Mulher – Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/>

comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20361.pdf. Acesso em 05 de out. de 2020

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37^a ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Camila. Dia internacional da Mulher: conheça o fundo Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. ARQUIVO NACIONAL, 2019. Disponível em: <http://arquivonacional.gov.br/br/ultimas-noticias/1576-dia-internacional-da-mulher-conheca-o-fundo-federacao-brasileira-pelo-progresso-feminino>. Acesso em 05 de out. de 2020

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional: fundamentos e amplitude da legitimação da defensoria pública na tutela dos direitos metaindividuais. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11396>. Acesso em 07/10/20.

TELLES, Jaqueline. A defensoria Pública do Estado de São Paulo do Rio de Janeiro e a defesa dos direitos da mulher: uma história que começa a ser contada. In: Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação da Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro, 2017.

THEMIS – Gênero, Justiça e Direitos Humanos. História. [s.d]. Disponível em: <http://themis.org.br/somos/historia/>. Acesso em 05 de out. de 2020

TRF4. TRF4 conclui que música “Tapinha” incita a violência contra a mulher e condena produtora Furação 2000. Publicado em 16 de out. de 2015. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11392. Acesso em 06 de out. de 2020

Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Coordenação de Smira Bueno e Renato Sérgio de Lima. 2^a edição, 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em 04 de out. de 2020.

SOCIEDADE PÓS-MODERNA: INDIVIDUALISMO, LIQUIDEZ, DIREITO AO RECONHECIMENTO E ACESSO À JUSTIÇA. CAMINHOS PARA UMA LEITURA ADEQUADA DA DIGNIDADE HUMANA

*Carolina Cristine Cavassini¹
Gabriel Scudeller de Souza²
César Augusto Luiz Leonardo³*

RESUMO

A sociedade pós-moderna tem como característica sujeitos cada vez mais individualistas e que, conseqüentemente, perderam o sentimento de coletividade. Tais sujeitos não sabem mais lidar com as diferenças e, com isso, acabam isolando-se. O presente trabalho irá traçar em um primeiro momento a evolução da sociedade, partindo, depois, para o conceito de modernidade líquida e os desafios enfrentados pelo ordenamento jurídico e, ao final, trataremos das relações líquidas e os reflexos na dignidade humana devido à dificuldade dos sujeitos pós-moderno em romper com o individualismo exacerbado e reconhecer o plural, papel este que deverá ser enfrentado pelo Direito, de forma a garantir-se o acesso à justiça e a dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE

Sociedade pós-moderna; liquidez moderna; individualismo; dignidade da pessoa humana; acesso à justiça.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Mestranda em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. E-mail: carolinacavassini@hotmail.com.

² Mestrando em Direito e Estado na Era Digital no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Pós-graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG e em Direito Público pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pelo UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais (DIFUSO). Mediador Judicial. Advogado. E-mail: gabrielscudeller2@gmail.com.

³ Doutor e mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da graduação e mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem). Defensor Público. E-mail: calleonardo@univem.edu.br.

INTRODUÇÃO

Atualmente estamos vivendo um cenário mundial até então nunca imaginado por muitas pessoas. Quem poderia acreditar que em pleno século XXI, com tantos avanços tecnológicos, o mundo iria parar por causa de um vírus, mas aqui estamos nós enfrentando esse momento caótico em que o mundo “parou”.

Diante desse novo coronavírus – Covid 19, as pessoas viram-se obrigadas a mudar todos os planos traçados para 2020 e, em troca daquela rotina agitada de casa e trabalho, passou a existir um “novo normal”, qual seja a rotina sufocante de trabalhar e permanecer trancado dentro de casa.

Com o isolamento social, os indivíduos tiveram que “desacelerar”, passando a conviver mais com os membros de sua família que até então só tinham contato pela manhã ao acordar, antes de dormir e aos finais de semana livre. Tal mudança gerou muitos estranhamentos internos e externos nos sujeitos e em seus relacionamentos.

Fica-se claro que os indivíduos não sabem mais conviver. Tais situações são exemplos de algo muito presente na sociedade atual, na era pós-moderna, onde o individualismo e o egocentrismo são características acentuadas nos membros da sociedade. Tal realidade traz diversas dificuldades no âmbito jurídico, já que o direito precisa resguardar e proteger as atuais relações complexas.

A dificuldade em lidar com o diferente, de albergar o multicultural e o plural são questões que surgem para a sociedade atual, onde sujeitos de direito se transformaram, em verdade, em consumidores para fomentar o sistema capitalista (BAUMAN, 2001).

Dessa forma, diante do cenário que nos encontramos, busca-se indagar as seguintes questões: i. O multicultural e o plural tem espaço na sociedade atual? ii. O direito protege a complexidade do conceito de dignidade da pessoa humana nos dias de hoje? iii. O acesso à justiça no âmbito substancial está assegurado?

Para desenvolver o presente trabalho utilizei do método dedutivo, com a consulta de livros e artigos científicos. Vale ressaltar que o objetivo em

questão não é o de esgotar o assunto, mas sim contribuir para área acadêmica com algumas reflexões sobre o tema.

1 EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Como é de conhecimento, a sociedade influencia diretamente o direito, visto que este apenas existe para resguardar e regulamentar as relações entre os indivíduos e coisas, com o fito, assim, de alcançar a ordem social. O direito surgiu, dessa forma, como meio de controlar as pessoas, as relações sociais e a sociedade. Por assim ser, é de extrema importância enxergar a sociedade e as mutações que esta sofreu e sofre para que assim consigamos compreender melhor o direito e sua forma de ser e de se constituir.

Desde os relatos mais antigos apontam-se a necessidade do homem de viver em sociedade. Inclusive esse foi o diferencial que colaborou para a sobrevivência da nossa espécie, visto que se torna mais fácil enfrentar a presa e ir em busca da sobrevivência com o auxílio de outros homens.

Por assim ser, desde muito cedo o homem deparou-se com a necessidade de viver com os semelhantes e conviver em sociedade, mas para tornar esse convívio harmonioso foi-se necessário a criação e imposição de regras de convivência.

As primeiras regras impostas tinham ligação com um ser superior: o divino. Logo, era a igreja quem continha todo o poder e o dever de dizer, fiscalizar e aplicar o direito. Acreditavam que Deus exercia seu poder por meio de um líder religioso terreno, impondo assim à sociedade os seus mandamentos divinos. Nessa época não era um juiz que julgava, mas sim um chefe religioso incumbido por Deus que resolvia tais problemas impondo castigos.

Em meados do século XVIII, o Iluminismo acendeu a escuridão em que caminhávamos e trouxe-nos a ideia de liberdade - econômica, política, filosófica, cultural e ideológica - introduzindo a crença na razão do homem, trazendo, assim, concepções emancipatórias que estiveram posteriormente marcadas nas revoluções políticas e sociais (século XVIII e XIX).

Deu-se, então, início a um novo período: a modernidade. A partir desse momento as explicações passaram a se basear por meio da ciência e

da razão, não se limitando mais apenas ao sagrado. Houve, dessa maneira, a ruptura com o divino e a transição para vislumbrar o homem e a razão no centro de tudo.

Com a ciência objetiva e a razão moderna, deu-se origem à ordem capitalista e à efetivação dos interesses da burguesia, visto que ocorreram simultaneamente as alterações nas relações de trabalho e a elevação da burguesia, razão pela qual despertou novas formas de dominação e exploração da classe trabalhadora que não tinha acesso ao científico e aos meios de produção.

Com essa nova alteração social, Marx e Engels (1990) desenvolveu raciocínio crítico a essa sociedade controlada pela burguesia que aliena e abusa do homem, da classe trabalhadora, em prol do mercado econômico, do capitalismo. Referida mudança em nome da racionalização acabou por colocar o homem em uma clara “jaula de ferro” (WEBER, 1982) indo em direção oposta à liberdade que pretendia.

Tal situação acarretou descrédito nas ideias modernas e, consequentemente, crise na sociedade, que passou a lutar, com a participação das mulheres, negros, homossexuais e estudantes por direitos e reivindicações que até então não haviam debatido.

Esse contexto, unido com os avanços tecnológicos, instalou a pós-modernidade, a qual traz a ideia de que o homem é criador de hipóteses e não de verdades absolutas. O conhecimento torna-se produto capitalista, moeda de venda e troca, ocasionando, por consequência, a perda do seu real valor. Assim, o “saber é e será produzido para ser vendido, e ele é e será consumido para ser valorizado numa nova produção: nos dois casos, para ser trocado. Ele deixa de ser para si mesmo seu próprio fim, perde seu valor de uso” (LYOTARD, 2004, p. 4).

A pós-modernidade despertou novos valores, explicações e formas de enxergar a vida, rompendo-se com as verdades absolutas até então seguidas. E isso desencadeou novas formas de desenvolvimento, pensamentos e relações dos indivíduos. Surge, nesse momento, verdadeira descrença com o que é estático e, com isso, buscam-se constantemente mudanças, o que gera incessantes incertezas.

O que passa a se objetivar é um mundo em que cada ser viva em bus-

ca de seus interesses individuais, dando abertura, assim, para um narcisismo intensificado e criando a falsa percepção de que o indivíduo por si só basta, e não há necessidade do outro. O ser individualista prevalece.

Diante disso, os antigos valores passaram a ser soterrados pelo capital, visto que o escopo que se almeja é o dinheiro que produza dinheiro e não mais os meios de produção, o que gera, conseqüentemente, o aumento cada vez maior da desigualdade entre os indivíduos (ENRIQUEZ, 2006).

Tudo isso desagua também na sociedade do consumo (BAUMAN, 2008), onde o indivíduo capitalista substitui o ser pelo ter, momento em que o que temos passa a valer mais do que o que somos. Sou porque consumo, sou pelo que tenho e não mais pelo que penso.

Trocamos, assim, a tão famosa frase de Descartes (1996 “*Cogito, ergo sum*”, que se traduz como “penso, logo existo” pela atual forma de se viver no mundo capitalista, qual seja: “consumo, logo existo”.

Nessa perspectiva, mais vale para a sociedade do consumo a roupa de marca que se veste, o aparelho tecnológico de última geração que possui e o perfil social que se monta do que o que o indivíduo realmente é, pensa ou sente. Aliás, sentir nessa geração é sinônimo de fraqueza, o que vale mesmo é esvaziar-se de sentimentos e completar-se de utensílios. Estes são os que geram e ditam o “status” que um sujeito possui.

Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo em que geral latente e quase nunca consciente. (BAUMAN, 2008, p. 76)

Bauman defende ainda que o escopo dessa sociedade “não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis” (BAUMAN, 2008, p. 76). Assim, as pessoas consomem buscando utensílios que os tornem “aptos a serem consumidos” e, com isso, serem notáveis no mercado (BAUMAN, 2008, p. 82).

Para atender a todas essas novas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como oferecer novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana, a economia consumista tem de se basear no excesso e no desperdício. (BAUMAN, 2008, p. 53)

O mercado impõe todo este estilo de vida como se isto fosse o caminho para se alcançar a felicidade, mas isto nada mais é do que uma *pseudo* felicidade, fazendo, assim, com que entremos num círculo vicioso de consumo, onde consumimos buscando preencher o vazio e encontrar a tão prometida felicidade – a qual nunca chega! (LIPOVETSKY, 2007)

Há nitidamente uma ruptura entre os laços sociais. No campo econômico há um crescimento de forma desenfreada na busca de alcançar uma posição de superioridade e poder; já no âmbito individual uma tentativa constante em alcançar e afagar o próprio ego, deixando de lado a averiguação de como melhor compreender os interesses pessoais e coletivos (CASTEL, 1987).

Apesar disso, os sujeitos acreditam estarem em um processo de emancipação. O insucesso das instituições é atribuído aos próprios indivíduos, que devem buscar aprimoramentos contínuos, vivendo estressados, recorrendo ao uso de medicamentos para suportarem as pressões sociais. As organizações exigem excelência e dedicação intensa às metas propostas e, quando não atendem as exigências são excluídos. (FELICIANO, 2019, p. 67)

Esses excessos que encontramos na nossa sociedade atual faz com que os indivíduos levem o corpo, a mente e a saúde ao limite, visto que o discurso atual, nos dizeres de filósofo coreano Byung-Chul Han (2017, p. 56), é o “you can”, gerando, assim, um excesso de positividade e fazendo com que os indivíduos busquem tornar-se *máquinas do desempenho autistas*.

A questão, porém, é que o ser humano está longe de se tornar uma máquina e tais excessos refletem numa sociedade onde os indivíduos encontram-se esgotados, no limite, que é o que Han chama de “sociedade do cansaço” (2017).

O sujeito do desempenho está livre da instância externa de domínio que o obriga a trabalhar ou que poderia explorá-lo. É senhor e soberano de si mesmo. Assim, não está submetido a ninguém ou está submetido apenas a si mesmo. É nisso que ele se distingue do sujeito de obediência. A queda da instância dominadora não leva à liberdade. Ao contrário, faz com que a liberdade e coação coincidam. Assim, o sujeito de desempenho se entrega à *liberdade coercitiva* ou à *livre coerção* de maximizar o desempenho. O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal. (HAN, 2017, p. 29-30)

Mesmo com essa inconstância e ausência de limites, faz-se necessário compreender melhor a sociedade em que nos encontramos e buscar entender quais as consequências que esta nova forma de se viver, pensar e relacionar está refletindo nos indivíduos e na sociedade, efeitos estes que respigam diretamente no ordenamento jurídico, trazendo novos conflitos e questões para serem enfrentadas.

1.1 Modernidade líquida e sociedade de indivíduos

Vimos acima que a sociedade pós-moderna encontra-se em constante mudança, rompendo-se por completo com o modelo antigo de sociedade, onde as características eram mais sólidas e constantes.

A esse fenômeno atual, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman decifrou como “Modernidade Líquida” (2001), a qual é caracterizada pela liquidez dos laços. O autor utiliza o termo líquido para transmitir a percepção de algo que se contrapõe ao estático, que se encontra em constante mudança e flui por vários caminhos.

Bauman, ainda, utiliza vários adjetivos para melhor retratar esses in-

divíduos: “eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados’; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contido” (2001, p. 8). Nota-se que todos estes termos remetem a ideia de algo que não se pode controlar, que se dilui para contornar ou romper os obstáculos.

Os líquidos vieram com o escopo de romper e quebrar com determinadas regras e costumes exagerados e inoportunos que acabaram, por muitos anos, acorrentando a sociedade e seus membros. Estas regras e costumes, para muitos, só serviam para atravancar o movimento de evolução e desenvolvimento.

Inicialmente esse movimento de mudança deu-se de uma forma macro, ou seja, voltado a modificar situações de âmbito social e político de uma forma mais ampla. Com o tempo, tais mudanças foram chegando num espaço micro, voltando-se, assim, mais para a individualidade.

Pontua, entretanto, Bauman (2001, p. 10) que:

Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável.

Logo, a finalidade não era romper-se por completo com o sólido, mas sim encontrar modelos que parecessem mais viáveis e apropriados para serem seguidos. Porém,

o ser humano se adapta rapidamente às mudanças, mas mais rapidamente ainda ele se sente insatisfeito e desejoso de mais e mais modernidade, de mais facilidade, de mais conforto, de mais liberdade. ‘Mais’ é uma palavra marcante diante desse tipo de estudo, assim como a palavra ‘velocidade’. (JÚNIOR; DA SILVA, 2016, p.917)

Essa insatisfação constante fez com que nos desenvolvêssemos tec-

nologicamente, diminuiu distâncias, aumentou a possibilidade de nos relacionarmos e nos locomovermos, entre outros benefícios, mas é inegável que também trouxe muitos prejuízos ambientais e doenças descontroladas.

Assim, a busca incessante do homem por mais conforto, desenvolvimento, riqueza e poder trouxe inúmeros benefícios, mas não podemos nos deixar saltar aos olhos, visto que também acarretou muitas dificuldades e prejuízos, alguns inclusive irreversíveis. “Esses são os tempos líquidos. A insatisfação não tem limites, e conseqüentemente a evolução também não” (JÚNIOR; DA SILVA, 2016, p. 918).

Essa modernidade toda nos apresentou também uma nova forma de nos relacionarmos: os meios de comunicação virtual. Com essa nova descoberta, os relacionamentos não precisavam mais ocorrer apenas na presença física de duas ou mais pessoas, agora há uma forma mais rápida e instantânea para isso acontecer.

Esse meio virtual traz a falsa sensação de que estamos mais próximos uns dos outros, mas, na realidade, o que acontece é um verdadeiro abismo nas relações, onde um “like” tornou-se uma demonstração de afeto e o número de seguidores faz com que tenhamos o sentimento de que estamos cercados de muitos amigos.

Assim, nunca na história houve tanta facilidade para se comunicar e tão pouco se comunicou. O problema é que essas novas tecnologias interferem diretamente na subjetividade dos indivíduos, que acabam sofrendo alterações em uma velocidade muito maior em comparação com as demais épocas (JÚNIOR; DA SILVA, 2011) e estas transformações contínuas também são expressivas para a apresentação de sofrimento psíquico na contemporaneidade (BLEICHMAR, 2010, p. 91-97).

Na contemporaneidade, os laços sociais e interpessoais perdem força e a construção da individualidade emerge como atividade principal, ou única, por parte do indivíduo. A individualidade, entretanto, reserva pouco espaço para o afeto, o amor a convivência com outras pessoas. (VERZONI; LISBOA, 2015, p. 464)

Debord (1997) traz o conceito de *Sociedade do Espetáculo*, onde o que se torna importante para as pessoas é a imagem, o ser prevalece sobre o ter,

e esse conceito veste na medida para definir as relações atuais, as quais são baseadas apenas na imagem, perdendo, assim, todo laço com o afeto.

Segundo o autor, “o espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, medida por imagens”. Continua dizendo que “a realidade surge no espetáculo, e o espetáculo é real. Essa alienação recíproca é a essência e a base da sociedade existente.” (DEBORD, 1997, p. 14-15).

Diante de toda essa complexidade e transformação, Bauman (2001) apresenta também o conceito de *sociedade dos indivíduos*, que representa uma sociedade individualista, frágil, onde o sujeito preocupa-se apenas consigo mesmo. Em outras palavras, uma sociedade onde o que impera é o ego.

A incoerência desta sociedade está no fato de que o indivíduo tem a falsa sensação de ser autossuficiente, mas a realidade é que este se encontra totalmente solitário e oprimido pelo medo que sente da tamanha fragilidade e instabilidade que encontra na vida contemporânea.

Essa opressão faz com que o ser humano passe a fechar-se cada vez mais no seu íntimo e buscar o que é aceito e incentivado na sociedade atual, qual seja: a autossuficiência e a produção, resumindo, assim, a vida do indivíduo em trabalhar, trabalhar e trabalhar, buscando sempre mais.

Nessa perspectiva, o homem vive para trabalhar e, com isso, sua vida passa a basear-se em juntar dinheiro e encontrar facilidades para possuir certo *status* no meio em que se encontra, mas se esquece do lazer e da diversão. Essa opressão para entrar nesse círculo vicioso faz com que os indivíduos não tenham tempo de construir relações, levando-o para uma vida solitária e, conseqüentemente, afastando-o de sua condição de ser social.

Assim, os sujeitos passam a não ter mais espírito de coletividade. Aliás, eles já não ficam mais tão à vontade na presença do outro, não sabem mais conviver. Essa é a realidade dos indivíduos contemporâneos e isso fica visível quando vemos um grupo de amigos sentado ao redor de uma mesa, mas cada qual olhando para o objeto eletrônico que está em suas mãos, sem trocar muitas palavras fisicamente, apenas com interação virtual.

Com isso, perde-se a identidade de cidadão, já que não há sentimento de comunidade, sentimento este além do individual, ou seja, a comunidade transcende o eu e torna-se unida pelo nós. É isso que ocorre na sociedade dos

indivíduos, o sentimento de comunidade se liquefaz e prevalece o egocentrismo e o que estimula esse sentimento individual é propriamente a ideia mercadológica e o consumo desenfreado.

Bauman (2001) demonstra que nesse contexto em que o sujeito e sua subjetividade se tornam coisificados o direito também se liquefaz e passa a ser uma ferramenta mais voltada para a atuação de relações patrimoniais, tornando-se mais raso, direito mais decidível e com trajeto bem traçado.

Esse problema remonta ao outro problema de nossa sociedade, qual seja: o afastamento dos indivíduos dos cidadãos.

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado”; o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis. (BAUMAN, 2001, p. 51).

Nesse sentido, propõe o autor que há um crescente abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e as chances de se tornarem indivíduos *de facto*, ou seja, de ganhar controle sobre os próprios destinos, tomando as decisões que de fato desejam.

Esse abismo não pode ser transposto apenas por esforços individuais: não pelos meios e recursos disponíveis dentro da política-vida autoadministrada. Transpor o abismo é a tarefa da Política com P maiúsculo. Pode-se supor que o abismo em questão emergiu e cresceu precisamente por causa do esvaziamento do espalho público e, particularmente da ágora, aquele lugar intermediário, público/privado, onde a política-vida encontra a Política com P maiúsculo, onde os problemas privados são traduzidos para a linguagem das questões públicas

e soluções públicas para os problemas privados são buscadas, negociadas e acordadas (BAUMAN, 2001, p. 53).

Em complemento, dispõe que o espaço privado está colonizando o público, expulsando o que não pode ser expressado de forma instantânea e, com isso, a partir do discurso de que o indivíduo é senhor de seu próprio destino, este não se preocupa com o coletivo, que não está centrado no eu. Assim,

Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam de suas excursões diárias ao espaço “público” reforçados em sua individualidade *de jure* e tranquilizados de que o modo solitário como levam sua vida é o mesmo de todos os outros “indivíduos como eles”, enquanto – também como eles – dão seus próprios tropeços e sofrem suas (talvez transitórias) derrotas no processo. (BAUMAN, 2001, p. 54).

Como solução para que se alcance uma sociedade autônoma, propõe Bauman (2001, p.55) que o indivíduo *de jure*, para se tornar indivíduo *de facto*, deve antes tornar-se cidadão. Assim, a autonomia da sociedade “requer uma autoconstituição deliberada e perpétua, algo que só pode ser uma realização compartilhada de seus membros.” (BAUMAN, 2001, p. 55).

Portanto, tem-se que as modificações sociais vivenciadas nos últimos anos acabaram por cindir o sujeito de direitos, fazendo com que este perdesse seus interesses pela coletividade, tendo em vista a busca por satisfações pessoais, em verdadeiro exercício narcísico.

Isso, por sua vez, reflete na dificuldade da promoção da diversidade e do multiculturalismo, diante do sufocamento de direitos das minorias e de grupos vulneráveis promovidos pela sociedade de indivíduos atual, que tem como característica a ausência da formação de cidadãos, o que resulta em violação de direitos fundamentais. O cenário, ainda, é colaborado pela disseminação do medo, numa sociedade já fragmentada.

1.2 O medo como justificativa para sufocamento dos direitos multiculturais

Conforme já discorremos, a sociedade pós-moderna é caracterizada por relações superficiais, frágeis e líquidas, visto que o que predomina no sujeito atual é a individualidade. Nota-se, contudo, a produção de incertezas e medos em tais indivíduos, uma vez que neste “mundo líquido-moderno conhecido por admitir apenas uma certeza – a de que amanhã não pode ser, não deve ser, não será como hoje – significa um ensaio diário de desaparecimento, sumiço, extinção e morte” (BAUMAN, p. 2008, p. 12-13).

A busca pela modernidade era defendida com a promessa de segurança, de não mais viver-se às cegas, bem longe do medo e incertezas, pois acreditava-se que a ciência iria iluminar os perigos e surpresas que se encontravam na escuridão. Todavia, nos dizeres de Bauman (2008, p. 8) deparamo-nos com um “cemitério de esperanças frustradas”, visto que nos esbarramos novamente com uma vida repleta de temores e incertezas.

O homem passou então a viver com medo constante, em estado de alerta, com o sentimento de que o mundo é um local perigoso e que a qualquer momento pode ser surpreendido com algum perigo – seja ele contra vida, propriedade ou ordem social, e isso acarreta-lhe grande sentimento de insegurança e vulnerabilidade, como se não pudesse confiar em ninguém, como se todos fossem supostos *inimigos*.

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar nenhum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance. (BAUMAN, 2008, p. 8)

O medo encontra-se em grande evidência na sociedade atual e atinge indivíduos de qualquer localidade e classe social. Este medo é fruto do individualismo exacerbado dos sujeitos que passam a não confiar no outro

e na solidariedade humana e, com isso, este temor passa a caracterizar-se na figura do outsider (BECKER, 2008), do subcidadão (SOUZA, 2018). “A solidariedade, ao ser substituída pela competição, abandona os indivíduos neles mesmos, entregando-os aos seus próprios recursos, fazendo com que atinjam o *status* de indivíduos de direito, mas dificultam o alcance do *status* de indivíduos de fato.” (GIMENEZ; DEL’OMO; ANGELIN, 2017, p. 236)

Surge, com isso, a construção de muros e o aumento da vigilância, fazendo, assim, com que sejamos vigiados diariamente por circuitos de câmeras espalhados por toda cidade com a promessa de que isso nos trará maior segurança. Porém, esse medo faz com que os indivíduos não convivam mais com tanta frequência e intensidade nos espaços públicos, perdendo-se, assim, o sentimento de coletividade, o conviver com o outro.

As comunidades “cercadas” por grades de ferro, cercas elétricas, alarmes e monitoradas, são conquistadas por dinheiro ou crédito suficiente para manter a distância da “confusa intimidade” da vida comum da cidade, que somente tem comunidade em seu nome. (GIMENEZ; DEL’OMO; ANGELIN, 2017, p. 264)

Tal sentimento faz com que os sujeitos vivam de maneira defensiva, se isolando, contratando seguranças, optando por veículos blindados, frequentando aulas de artes marciais e buscando porte de armas, tudo isso para se sentir protegido do medo, do *inimigo*.

Esse isolamento faz com que aumente e se torne mais visível a separação espacial e a marginalização de uma parte da sociedade, bem como faz com que não se olhe para o outro, suas condições sociais e qualidades individuais, já que este são estigmatizados como indesejados, proibidos. Com isso nota-se a seletividade social colocando os sujeitos considerados “indesejados” na prisão, nas favelas, colocando-os em algum lugar onde seus olhos não possam ver, ou seja: excluindo-os!

Bauman (2007, p. 15) afirma que nas cidades “o que seus moradores estão dispostos a comprar ao preço de um braço ou de uma perna é o direito de manter-se à distância e viver livre de intrusos”.

A visão maniqueísta de mundo, com apelo às armas em uma guerra santa contra forças satânicas que ameaçam o universo, a redução da caixa de Pandora dos conflitos econômicos, políticos e sociais a uma visão do apocalipse não se resumem somente a padrões aiatolás islâmicos, mas a uma tendência mundial que perpassa todo processo de rápida globalização, de regionalização da política, de ressentimento social e batalha por identidade e reconhecimento, ou seja, permeia todas as relações entre as pessoas em um mesmo espaço, embora separados por categorias. (BAUMAN, 2007, p. 266)

Todavia, todo esse medo e dificuldade poderiam ser melhor enfrentados se as pessoas se dedicassem a dialogar e aceitar as diversidades culturais, as individualidades do outro. O respeito à diferença é algo que se constrói com o convívio e o diálogo – não com muros e distanciando-se do que considero diferente - e isso é fundamental no mundo multicultural onde nos encontramos.

A sociedade atual classifica o outro por meio da sua própria noção de certo e errado, reproduzindo intolerância e preconceito com a subjetividade do outro, do que é diferente e, assim, passa-se a relacionar cada vez mais de forma líquida e egoísta, perdendo a fundamental essência do homem de ser singular e de conviver em sociedade.

A liquefação dos valores na pós-modernidade suprime a consciência da alteridade e a capacidade de se compreender o outro na sua própria pluralidade de significados de vivência. Prefere-se viver em condições de autoeternizante incerteza à tarefa de construir uma identidade. (GIMENEZ; DEL'OMO; ANGELIN, 2017, p. 267)

Com isso, a própria civilização torna-se a responsável por tamanho sofrimento psíquico entre seus indivíduos, pois estes não suportam a pressão e frustração causada pelos ditames da sociedade. Porém, o homem esquece o motivo pelo qual passou-se a se relacionar com outros indivíduos, qual seja, a soma de forças, identidades, para se proteger e sobreviver dos perigos da selva.

Não há como viver em sociedade se não houver o respeito e uma

grande dosagem de liberdade, pois sem isto o convívio não é satisfatório. Schmidt acrescenta que “comunidade envolve relações de convívio pessoal, intimidade, afeto, solidariedade, compromisso com o bem comum, apoiadas em sentimentos de confiança e reciprocidade” (2011, p. 309).

Mas, como já dizia o nosso incrível poeta Tom Jobim (1967), “É impossível ser feliz sozinho”. A felicidade do indivíduo é fruto do sucesso de uma sociedade bem estruturada e organizada, visto que a comunidade é responsável pelo bem-estar de seus membros e de lhes assegurar igualdade, fraternidade e segurança.

É por isso que se faz necessário buscar uma ordem social que assegure valores fundamentais e respeitem a individualidade de seus sujeitos, pois para que haja sucesso em uma sociedade há que ter primordialmente comprometimento moral com seus integrantes.

Torna-se necessário que a sociedade atual busque pela edificação de uma “comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos” (BAUMAN, 2003, p. 134).

2 A SOCIEDADE DE INDIVÍDUOS E A VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA EM SEU PILAR SUBSTANCIAL

A partir do abismo identificado por Bauman entre indivíduo de direito e indivíduo de fato, que precisa retomar sua condição de cidadão, tem-se a dificuldade de satisfação de direitos, em especial no âmbito coletivo e, com isso, não se proporciona o acesso à justiça em seu pilar substancial.

[...] a cultura jurídica brasileira é marcada por tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada em um sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. Essa mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive profunda crise paradigmática de acesso à justiça, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados

conflitos coletivos específicos do final do século XX. Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais. [...] Pode-se perfeitamente verificar que tanto o Poder Judiciário quanto a legislação civil refletem, tendo presente a especificidade brasileira, as condições materiais e os interesses político-ideológicos de uma estrutura de poder consolidada, no início do século XX, no contexto de uma sociedade burguesa agrário-mercantil, defensora de uma ordenação positivista e de um saber jurídico inserido na melhor tradição liberal-individualista. (WOLKMER, 2015, p.103-104).

Quando se fala de acesso à justiça, quer-se dizer não apenas a literalidade de sua nomenclatura, ou seja, não se restringe apenas ao acesso ao Poder Judiciário e instituições, seu conceito vislumbra algo muito maior.

é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos. São eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais ao ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Destaca-se, dessa forma, a terminologia incerta do direito ao acesso à justiça, denotando muitas vezes apenas o acesso à função jurisdicional. Porém, tendo em vista a mudança social e o avanço de novos direitos, a visão restritiva dessa garantia não colabora para a proteção necessária a ser conferida aos sujeitos de direito, de forma que é necessário interpretar o acesso à justiça como um direito substancial, no segundo sentido acima apresentado. A questão tem como pano de fundo, também, “aquilo que muitos parecem não ver: o estar formado numa cultura jurídica incapaz de entender a sociedade e seus conflitos e a má vontade em discutir a democratização efetiva deste ramo

do Estado” (FARIA; LIMA LOPES, 1989, p.163).

O acesso à justiça pode [...] ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12)

Trata-se, portanto, de um direito de fundamental normatividade, diante da necessidade de englobar aspectos positivos dos sujeitos de direitos e do próprio Estado, diante da garantia de um direito que corresponda à satisfação de demandas e ao alcance de outros direitos, sendo reconhecido como direito preciso para a satisfação de outros direitos, sob pena de violação à Constituição Federal, em seu inciso XXXV, do art. 5º, e do próprio fundamento axiológico que irradia-se por todo o ordenamento jurídico pátrio, qual seja a dignidade humana (art. 1º, III, CF).

Esse entendimento suscita que o acesso à justiça abrange todas as áreas do poder, de maneira que os cidadãos possam exercer seus direitos inclusive frente a atividades estatais. Desse modo, garantem-se os fundamentos da democracia e da estrutura de um Estado fundado sobre suas bases. Eis o novo argumento que determina a compreensão do acesso à justiça como direito fundamental, uma vez que – ao proporcionar o mínimo existencial ao cidadão – efetiva-se também a dignidade da pessoa humana. (MATTOS, 2009, p. 72)

No mesmo desenvolvimento acima apresentado, Boaventura de Sousa Santos apresenta os fundamentos sociológicos no pós-segunda guerra que trouxe novos direitos e, com isso, a necessidade de se buscar a efetivação de um acesso à justiça em âmbito substancial, diante da característica de direito-meio. A partir de novos direitos econômicos e sociais consagrados como fundamentais e com a expansão do Estado Providência, o acesso à justiça se tornou um direito charneira, cuja denegação acarretaria a de todos os demais direitos. Portanto, a justiça civil e a tramitação processual não poderiam reduzir-se à dimensão ética, apenas, merecendo investigação social de suas ori-

gens e desenvolvimentos (SANTOS, 1986, p. 125).

A consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores (SANTOS, 2006, p. 167).

Por este motivo que se pode afirmar que o direito ao acesso à justiça trata-se de prerrogativa vital do Estado de Direito, o qual busca garantir todos os direitos, e não tão somente proclamá-los, sob pena de violação da dignidade humana, reafirmada a partir de reconhecimento em direitos humanos e fundamentais como valor constituinte dos Estados do pós-guerra.

Watanabe esclarece que referido direito tem como escopo possibilitar às partes “acesso à ordem jurídica justa” (1988, p. 128), e que a ética que deve prevalecer é a da igualdade e do bem-estar da coletividade e não a da eficiência, como vem ocorrendo (2019, p. 3). Afirma ainda que,

Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça. (WATANABE, 2019, p. 3)

Pontua o autor acerca da necessidade de se estudar o direito ao acesso à justiça sob o olhar de um acesso justo que corrobora com o explicitado até aqui.

1. A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.
2. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem

jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método

de pensamento, como com acerto acentua Mauro Capelletti. Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade.

3. Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de uma dupla injustiça. (WATANABE, 1988, p. 128-129).

Pelo exposto, verifica-se que a concepção ampliada do conceito de acesso à justiça, superando o formalismo que se restringe apenas ao alcance da função jurisdicional, dialoga com a necessidade de efetivação de direitos, medida que se faz necessária a partir da constatação de que não basta a positividade destes, mas também a busca pela eficácia jurídica e social dos mesmos, pela necessidade de proteção do ser humano.

Dessa forma, ao se vislumbrar a sociedade pós-moderna atual, com suas características individualistas e egocêntricas, verifica-se que o acesso à justiça de diversos sujeitos de direitos está sendo violado, uma vez que minorias e grupos vulneráveis acabam encontrando dificuldades de viver numa sociedade que promove a exclusão das diferenças.

O alcance dessa crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade teórico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos con-

flitos coletivos. Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e compromissada com a estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, retórico e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos. A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização de seus funcionários, comprometimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal. (WOLKMER, 2015, p.106-107).

O direito, ao permitir a violação descrita, não age de forma a assegurar a proteção humana, bem como não busca a promoção de paz e bem estar social, restando frustrada a tentativa do ordenamento jurídico de salvaguardar os interesses dos cidadãos. A concepção de acesso à justiça, nestes casos, não encontra satisfação, o que traduz, ao fim e ao cabo, a violação dos demais direitos e o não reconhecimento de uma ordem normativa justa.

A discussão acerca da promoção de direitos de indivíduos que não se encontram atrelados ao padrão imposto socialmente, sendo marginalizados e estigmatizados por não corresponderem ao habitus primário (SOUZA, 2018) passa, necessariamente, pela contextualização do ordenamento jurídico, baseado numa ideia universalizante, que se pretende inclusiva, mas acaba por segregar a humanidade.

Passa-se a ser necessário trazer para o contexto sociojurídico a ideia de interculturalidade, que, basicamente, significa a aceitação da transversalidade da diferença cultural. Assim

Conduce a una contextualización del pensamiento y del conocimiento en el marco de la pluralidad y de la diversidad cultural y ética del mundo. La interculturalidad afronta la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica (FARIÑAS, 2019, 17-18)

Tem-se que a filosofia defensora da interculturalidade pressupõe a transgressão inicial dos espaços e dos lugares vedados pela homogeneização, levando, assim, a um questionamento crítico diante do universalismo cognitivo dominante. Pretende-se a superação dos mitos universalistas que acabam por simplificar a complexidade do racionalismo ocidental, que acaba por resultar

Mediante falsos dualismos que provocan irresolublemente el enfrentamiento de categorías opuestas: el bien o el mal, la homogeneidad o la heterogeneidad, la autonomía o la heteronomía, la unidad o la pluralidad, la racionalidad o la irracionalidad, etc. A su vez, en dichos dualismos de elementos contrarios se establece siempre una relación de jerarquía entre ellos, ya que uno de los elementos acaba siempre dominando al opuesto por considerarse superior a él, lo cual permite una legitimación -para la explotación y marginalización del outro, en cuanto que inferior (FARIÑAS, 2019, 18-19)

Portanto, a importância da superação do universalismo – incentivado por um individualismo moderno – encontra-se na finalidade de se alcançar a transversalidade da reflexão filosófica, baseada numa pluralidade de racionalidades e numa aceitação dinâmica e complexa de formas de sensibilidade, decisão, espaços novos e do tempo. Em síntese, a filosofia intercultural aspira a igualdade – material – das diferentes maneiras de se compreender o mundo, convocando, construindo e recriando diferentes realidades.

Para tanto, é necessário trazer a cidadania de volta aos indivíduos, ou seja, promover a verdadeira democracia, restaurando a autonomia de direito das mulheres e homens que são os titulares do poder constituinte. Somente assim se faz possível prever um prognóstico saudável (BAUMAN,2001).

Dessa forma, os laços sociais precisam ser reatados para que seja possível pensar na inclusão de novos sujeitos de direitos, os ditos *outsiders* ou subcidadãos, os que não se encontram cobertos pelo *status quo*, e que, por isso, são submetidos à readaptação ou, ainda pior, à exclusão social.

É bom lembrar que a sociedade de consumo acima citada é fortemente influenciada pelo sistema capitalístico de produção de subjetividades (GUATTARI; ROLNIK; 1996) e, a partir da imposição de certo padrão, busca a homogeneização

de uma pluralidade que não encontra espaços de fomento e consolidação de suas diferenças. Dessa forma, nega-se o status de sujeito de direito àqueles que se encontram fora dos padrões impostos, exigindo-se destes a conformidade aos comandos do capital.

Mais um movimento precisa ser lembrado e que pode ainda hoje ser facilmente reconhecido: o estado moderno surge de uma necessidade de segurança de nobres, ameaçados pelos servos em rebelião, e dos burgueses, ameaçados por estas mesmas rebeliões que levavam estes servos rebeldes até os burgos, as cidades. (...) Lembremos mais uma vez que o Estado Moderno cria as condições para a viabilidade e expansão capitalista. Sem Estado Moderno não haveria capitalismo. (...) Não é possível o poder centralizado e hierarquizado do estado moderno sem a uniformização de valores, compreensões e comportamentos. A normalização é essencial para o projeto de poder moderno e logo, da economia, do direito e do estado moderno. (MAGALHÃES; GORGOZINHO, 2019, 130-131)

Surge, portanto, a necessidade de se pensar no direito à diversidade, e pensar em sua promoção a partir da ótica de um acesso à ordem jurídica justa.

Os dilemas de legitimidade e eficácia vividos pela administração da Justiça e as agudas crises institucionais que atravessa o Judiciário impõem a necessária tarefa da democratização e da descentralização da Justiça. O grau de consciência da crise do aparelho convencional de jurisdição estatal e a urgência por novas formas participativas de resolução dos confrontos incidem numa tomada de posição sociopolítica, comprometida com a realidade social e com estratégias ideológicas que resultam em amplas e profundas mudanças. Daí a relevância em buscar no espaço periférico brasileiro e latino-americano as medidas nucleares que conduzem a descolonização da atual cultura jurídica e a proposta por autêntica transformação das estruturas jurisdicionais. (WOLKMER, 2015, p.110-111).

A lógica do direito à diversidade se dá na expressão “existo e me apresento na minha existência; não dependo do seu olhar ou de seu registro para que eu exista.” (MAGALHÃES; GORGOZINHO, 2019, 147)

Na lógica da diversidade não há mais reconhecimento pois não há mais um padrão do melhor: diferente de quê? Não há mais este “que” ou “quem” que se estabelece como referência do bom. O outro não é mais o inferior, a ameaça, o medo; o outro se transforma na possibilidade do novo. O outro é aquele que tem o que eu não tenho, e eu tenho o que ele não tem. Assim os outros representam uma possibilidade imensa de crescimento e aprendizado para todos os outros e para mim. Portanto, um espaço de diversidade é um espaço de existência livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. Ouço o outro não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, o que impossibilita o diálogo, ouço o outro para aprender com ele assim como o outro me ouve para aprender comigo. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas sim um novo argumento, construído pela postura de abertura, onde todos devem abrir mão de alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido. O direito à diversidade (individual e coletivo) parte do pressuposto da complementaridade (MAGALHÃES e GORGOZINHO, 2019, 148)

Faz-se necessário, nesse viés, resguardar um ordenamento jurídico que vislumbre todos os sujeitos e que dê conta de abarcar a sociedade multicultural em que vivemos, dando voz a todos os cidadãos, em especial os grupos vulneráveis, buscando, assim, garantir um verdadeiro acesso à justiça em sua perspectiva substancial.

3 A DIGNIDADE HUMANA E OS DIÁLOGOS INTERCULTURAIS

Pelo quadro social e normativo apresentado até aqui, e diante da dificuldade de reconhecimento de sujeitos de direitos e da falta de eficácia do direito ao acesso à justiça e da dignidade humana, propõe-se uma alternativa para o enfrentamento da problemática.

A Constituição Federal de 1.988 traduz, em seu art. 1º, III, a dignidade humana como fundamento da República brasileira, alçando-a como valor fundante dos demais direitos. Tem, portanto, natureza principiológica, funcionando como justificativa moral e podendo ser aplicável às relações, dada sua força normativa, refletindo nos demais direitos fundamentais (BARROSO, p.64).

Luís Roberto Barroso define que a dignidade humana é um “valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa” (2016, p.61). Dessa forma, tem-se uma dupla dimensão da dignidade humana:

Uma interna, expressa no valor intrínseco ou no próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações (BARROSO, 2016, p.62).

Trata-se, portanto, de metanorma, com valor axiológico que serve de fundamento para a República brasileira, como justificativa moral e, também, como fundamento jurídico-normativo de direitos fundamentais (BARROSO, 2016, p.64).

Pode-se visualizar um princípio como dois círculos concêntricos. O círculo interno, próximo do centro, contém o conteúdo essencial do princípio e é uma fonte direta de direitos e deveres (...) Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos - e, conseqüentemente, de deveres -, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais (...) ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos (BARROSO, 2016, p. 65-66).

Portanto, a dignidade humana é valor que deve ter precedência na maior parte dos casos, possuindo força altamente argumentativa (BARROSO, 2016; SARMENTO, 2016).

A partir das ideias de Kant (2009) e de seu imperativo categórico, tem-se que as ações deverão ser realizadas como fins em si mesmas, e não como meios para atingimento de fins (imperativo hipotético). Serve, portanto, de base para a fundamentação da dignidade humana a ética kantiana, baseando-se no dever e na razão.

Autonomia é a qualidade de uma vontade que é livre. Ela identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis. Uma razão que se autogoverna. A ideia central é que os indivíduos estão sujeitos apenas às leis que dão a si mesmos. Um indivíduo autônomo é alguém vinculado apenas à sua própria vontade (...). A dignidade, por sua vez, dentro da visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Assim é a natureza singular do ser humano. Portanto, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado de dignidade. Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa (BARROSO, 2016, p.71-72).

Dessa forma, tem-se que nos casos de minorias e grupos vulneráveis, a não contemplação de seus direitos acaba, ao fim e ao cabo, por violar a própria dignidade humana. A exclusão promovida pela sociedade pós-moderna, individualista e egocêntrica, não promove o fundamento republicano da dignidade humana. Ao contrário, acaba por sufocar direitos de sujeitos que merecem sua salvaguarda por serem, também, humanos.

A não promoção do acesso à justiça na vertente substancial gera, também, a violação da dignidade humana, assim como o não respeito ao direito à diversidade. Aquela, porque é considerada um direito que permite a satisfação dos demais direitos; esta, por ser violação de uma das bases da própria dignidade.

Daniel Sarmiento (2016) coloca a dignidade da pessoa humana sustentada por quatro bases, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Dentro deste último pilar, encontra-se resguardado o multiculturalismo e o direito à diferença.

A partir dessa classificação, surge, no direito ao reconhecimento, a questão dos diálogos interculturais, que auxiliam na satisfação da problemática deste artigo.

Para o autor, o diálogo intercultural:

Não serve apenas para equacionar problemas jurídicos e morais atinentes a grupos culturais diferentes. Ele deve ser também uma fonte de *aprendizado* para a sociedade envolvente, que lhe permite tomar contato com valores e experiências alternativas, que podem, eventualmente, desnudar as incompletudes e incoerências do seu discurso e das suas práticas sobre direitos humanos. (SARMENTO, 2016, p. 292)

Ou seja, quando ficamos fechados nos nossos padrões culturais, acabamos nos tapando para a multiculturalidade que existe e passamos, muitas vezes, a naturalizar os ataques e injustiças que esse outro, diferente de mim, sofre na sua cultura, no seu íntimo.

Quando há um diálogo intercultural, a nossa visão se amplia quanto ao que é moral de acordo com cada ser individual, fazendo com que a sociedade passe a se conhecer melhor e, com isso, consiga encontrar soluções mais viáveis para as próprias dificuldades enfrentadas.

Uma solução para isso é o que Joaquín Herrera Flores (2005) denomina de “universalismo de chegada”. Neste, a sociedade, como um todo, parte dos valores impostos pelos olhares ocidentais iluministas, colocando o foco na razão e no homem. Assim, no “universalismo de partida” já se parte de um conceito de digno a ser seguido por todos os indivíduos, independentemente da multiculturalidade em que vivemos.

Já o “universalismo de chegada” não visa partir da mesma ideia de dignidade, mas sim alcançar no seu objetivo final o que é digno, respeitando, dessa forma, o pluralismo cultural que encontramos em nossa sociedade. Busca-se, aqui, um conceito de dignidade humana mais subjetivo e comunitário,

rompendo-se por completo com essa cultura dualista que desenvolvemos.

La superación de estos mitos dualistas tiene como finalidad fundamental alcanzar una dimensión transversalmente contextual de la reflexión filosófica, basada en la pluralidad de las formas de la sensibilidad, es decir, del espacio y del tiempo. La filosofía intercultural, en tanto que filosofía relacional, aspira a la igualdad entre las diferentes maneras de entender el mundo; aspira a recrear, convocar, construir o descubrir las diferentes realidades. (FARIÑAS, p. 2019, p. 19)

Tal ideia está contida no Direito Constitucional da África do Sul, que traz a definição de *ubuntu* e sua importância na compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana no país. A nomenclatura *ubuntu* vem de um ditado tradicional africano “umuntu ngumuntu ngabantu” que traz a ideia de que “uma pessoa é uma pessoa através de outra pessoa” (CORNELL; MUVANGUA, 2012).

Traz-se, assim, a essência de compaixão, respeito mútuo, solidariedade e interdependência humana para dentro do conceito de dignidade da pessoa humana, buscando respeitar a multiculturalidade existente nas relações humanas e sociais.

Assim, para que a sociedade cumpra com o seu propósito e resguarde o interesse de seus membros, há que se ter uma nova visão do direito e da sociedade, de forma mais plural, inclusiva e multicultural, permitindo-se, por meio do acesso à justiça, alcançar-se a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, fundamentais para uma sociedade civilizada, pacífica socialmente e justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos no presente trabalho que a pós-modernidade trouxe inúmeras mudanças e avanços tecnológicos na sociedade atual, mas também ocasiona uma ação de distanciamento dos indivíduos, visto que a fugacidade das relações humanas tem aumentado o sentimento de indiferença e desprezo pela dor do outro.

Com isso, nos deparamos com uma quantidade assustadora de sujeitos defendendo e tratando com total indiferença situações absurdas que ocorrem com outros indivíduos. Pessoas que não sentem compaixão ao ver seu semelhante passando fome ou vivendo em condições indignas, indiferente com os refugiados e defendendo a construção de muros, indivíduos que fazem vista grossa ao trabalho infantil e ao trabalho análogo ao escravo são exemplos de tais atitudes.

Perdemos o sentimento de cidadania, de ser cidadão e de pertencer a uma comunidade. Essa perda faz com que deixemos de lado os direitos fundamentais do homem, que passemos a encarar com maior naturalidade quando vemos direitos humanos serem inobservados, pessoas vivendo de forma indigna.

Esbarramo-nos com sujeitos que desaprenderam o sentimento de humanidade, o significado de empatia. Conviver e relacionar-se gera desconforto, ansiedade e angústia, é muito mais complexo do que apenas afagar o próprio ego. Há que se reconquistar o sentimento de humanidade e responsabilidade. Temos que sepultar essa cegueira moral em que a nossa sociedade atual se preza a (sobre)viver.

Nota-se, assim, que a sociedade atual não possui o multicultural e o plural como um sentimento a ser seguido e vivido, reproduzindo sujeitos cada vez mais individualistas e egocêntricos, que se fecham para o outro e que não sabem lidar com as diferenças. Assim, o direito acaba por não conseguir proteger, de forma necessária e suficiente, o conceito de dignidade humana, em especial na sua vertente do direito ao reconhecimento, bem como o acesso à justiça em seu pilar substancial também não eficácia jurídica e social.

Por assim ser, faz-se necessário uma reformulação do sentimento de dignidade da pessoa humana que seja pautado na solidariedade, compaixão, respeito mútuo e interdependência (*ubuntu*), abraçando, assim, a multiculturalidade existente. Com isso, partindo-se de um conceito de dignidade humana pode-se pensar num “universalismo de chegada”, respeita-se a singularidade dos indivíduos e o multiculturalismo existente.

A responsabilidade social é o alicerce para a formação da subjetividade dos indivíduos, pois faz com que o sujeito passe a enxergar muito

além de si mesmo, com que este vislumbre o outro e, reconhecendo-o, veja a humanidade. É enxergando o outro que me reconheço. E é por isto que a responsabilidade gera sofrimento, mas este é essencial para a vivência humana.

É a indiferença humana que provoca o mal-estar na individualidade do sujeito, nas relações humanas e na civilização. Com isso, a dignidade surge com fito de conservar e perdurar a humanização - o respeito recíproco - e o homem necessita resgatar tais valores para voltar a viver de forma prazerosa e saudável, fazendo-o por meio do resgate da cidadania.

Alcançar a dignidade humana, responsabilidade e liberdade não é uma idealização, mas sim questão de justiça!

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Bauman e a crítica sobre a perda da dignidade da pessoa humana em tempos líquidos*. Revista Húmus, v. 6, n. 18 (2016). Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/6327>. Acessado em: 30 de agosto de 2020.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Raízes do direito na pós-modernidade*. Itajaí SC: Univali, 2016.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. *O discurso dos direitos humanos sob a ótica da teoria crítica da sociedade*. V. 15, n. 30 (2012): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n30p202>. Acessado em: 30 de agosto de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *A vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECKER, Howard Saul, 1928. *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. Tradução: Maria Luiza X. de Borges; Revisão técnica: Karina Kuschnir. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BLEICHMAR, Silvia. (2010). *Límites y excesos del concepto de subjetividad en psicoanálisis*. In S. Bleichmar, *La subjetividad en riesgo* (pp. 91-97). Buenos Aires: Topía. (Trabalho original publicado em 2004).

BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CASTEL, Robert. *Metamorfose da questão social: Uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CORNELL, Drucilla. MUVANGUA, Nyoko. *Ubuntu and the law: African ideals and postapartheid jurisprudence*. New York: Fordham University Press, 2012.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DESCARTES, René, 1596-1650. *Discurso do método* [tradução Maria Ermantina Galvão]. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ENRIQUEZ, Eugène. *O homem do século XXI: sujeito autônomo ou descartável*. ERA-eletrônica, v. 5, n. 1, Art. 10, jan/jun. 2006.

FARIA, José Eduardo; LIMA LOPES, José Reinaldo. *Pela democratização do Judiciário*. Em FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FARIÑAS, María José. *Derecho e Interculturalidad: el encuentro con el outro*. Interculturalidade, poder, direitos. 1ª ed., p. 17-50 – Curitiba: Appris, 2019.

FELICIANO, Patrícia de Lourdes Queiroz. PEIXOTO, Tereza Cristina. *A construção da subjetividade na pós-modernidade: uma revisão de literatura*. Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas, v. 4, n. 8 (2019). Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pretextos/article/view/18692>. Acessado em: 30 de agosto de 2020.

GHILARDI, Dóris. *Família líquida e sua reinvenção sob o molde do feto: encontros e desencontros*. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p. 135-156, jan./abr. 2017.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. ANGELIN, Rosângela. *Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, v. 37.2, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/18795>. Acessado em: 30 de agosto de 2020.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica. Cartografias do desejo*. 4ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. 2ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Madrid: Atrapasueños, 2005.

JOBIM, Antônio Carlos. *Wave*. Santa Mônica, EUA: A&M Records, 1967. (02 min. e 51 seg.).

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos. DA SILVA, Fátima Cristina. *Teoria da modernidade líquida – fluidez social e os novos desafios na interpretação das leis para solução dos vários novos conflitos no direito de família*. Quaestio Iuris, vol. 09, n. 02, Rio de Janeiro, 2016. p. 911-941.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros; GORGOZINHO, Mariana Lara. *O Novo Constitucionalismo Latino-americano: direito à diversidade como caminho para o diálogo intercultural e a construção de um saber transcultural*. *Interculturalidade, Poder, Direitos*. Pág. 125-151. BONFIM, Vinícius Silva [et al] (Organizadores) 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Marco Aurélio Garcia, Leandro Konder. 3ª ed. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes, 1990.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, p. 11-37, nov. 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMIDT, João Pedro. *Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica*. In: *Ciências Sociais Unisinos*. São Leopoldo, Vol. 47, n. 03, p. 300-313, set/dez 2011.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.200.

VERZONI, André. LISBOA, Carolina. *Formas de subjetivação contemporâneas e as especificidades da geração Y*. Revista *Subjetividades*, v. 15, n. 3 (2015). Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/5118>. Acessado em: 30 de agosto de 2020.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMACO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia* [Org. H.H. Gerth e C. Wright Mills. Trad. Wal-tensir Dutra]. 5, ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito* / Antonio Carlos Wolkmer. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

RESUMOS



O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL

*Giowana Parra Gimenes da Cunha¹
César Augusto Luiz Leonardo²*

RESUMO

Atualmente o instituto da coisa julgada é relativizado por meio de mecanismos próprios dispostos na legislação infraconstitucional. Todavia, há teses referentes a hipóteses de relativização do instituto da coisa julgada não previstas em lei, sendo denominada relativização atípica. Deste modo, a problemática do trabalho se concentra no risco que a ausência de limitação das hipóteses que permitam à relativização desenfreada da coisa julgada possa causar à própria autoridade do instituto, sendo a hipótese, portanto, que tal limitação sobrevenha por meio de modificação legislativa. O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na temática. Utilizar-se-á o raciocínio dedutivo como procedimento metodológico. A temática justifica-se pela relevância que o instituto da coisa julgada representa para o Estado Democrático de Direito, bem como para o próprio princípio do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Coisa julgada; princípio da proporcionalidade; relativização.

¹ Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Integrante do “DIFUNDE” (Direitos fundamentais, democracia e exceção), grupo de pesquisa vinculado ao CNPq, liderado pelo professor doutor Roberto da Freiria Estevão. Formada em Técnico em Serviços Jurídicos pelo Centro Paula Souza – ETEC (2015). E-mail: giowanaparra@hotmail.com

² Mestre e doutor em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP). Defensor público. Professor dos cursos de graduação e mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - SP (UNIVEM).

³ Este trabalho baseia-se em artigo já publicado na Revista REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 12, n. 1, p. 30 - 44, novembro de 2019.

INTRODUÇÃO

Em que pese a relevância do instituto da coisa julgada para a preservação da segurança jurídica para as decisões judiciais, é certo que não pode ser interpretada isoladamente como se absoluta fosse, e é nesse sentido que se desenvolveram as teorias sobre a relativização da coisa julgada. Assim, objetiva-se analisar a relativização da coisa julgada enquanto ponderação da garantia constitucional da segurança jurídica e a da justiça das decisões, conforme a devida aplicação do princípio da proporcionalidade.

A problemática do trabalho se apresenta na insegurança jurídica que o surgimento de novas hipóteses, resultante de teses surgidas na doutrina e jurisprudência pátria, não previstas na legislação infraconstitucional, causem uma relativização desenfreada da coisa julgada.

O trabalho se desenvolve pela definição da coisa julgada, seguida dos modelos de relativização da coisa julgada, e por fim, será abordada a relativização da coisa julgada enquanto ponderação de garantias constitucionais. A relevância dos efeitos práticos que surgem no conflito entre garantias fundamentais, em respeito à supremacia das garantias constitucionais, justificam a temática apresentada.

Utilizar-se-á o método dedutivo, e a pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico. Objetiva-se, assim, colaborar para a compreensão do conteúdo axiológico que envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade na relativização do instituto da coisa julgada.

DESENVOLVIMENTO

A coisa julgada, garantia fundamental constitucionalmente estabelecida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, tem por objetivo assegurar a manutenção e estabilidade das decisões judiciais, protegendo o detentor da coisa julgada do efeito retroativo da lei – qual seja em seu prejuízo –, bem como as implicações sociais inerentes aos conflitos não sejam reativados e gerem impactos aos envolvidos.

Porto (2006, p. 125) explana sobre o papel de encerramento do conflito

através da coisa julgada ao dizer que:

(...) O contrato existente entre o cidadão e o Estado está assim definido e, portanto, indubitavelmente, há uma garantia de ordem constitucional processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizado, prosseguir em determinado debate.

Dessa maneira, a coisa julgada estabiliza de forma definitiva a relação jurídica controvertida face ao conflito, sendo ela um ato soberano do Estado para com seus cidadãos, propiciando, dessa maneira, segurança jurídica.

Por esse panorama fica nítido o quanto o instituto da *res judicata* é imprescindível para um ordenamento jurídico maduro e seguro, no qual partes não estão ao bel prazer de seus julgadores.

Ainda assim, não podemos nos permitir incorrer no erro de interpretarmos e entendermos que a coisa julgada jamais poderá ser revertida – claro que não levemente e repleta de base jurídica e principiológica para tal.

Como aduz Moraes (1999, p. 59) sobre a possibilidade de ponderação de direitos e mutabilidade de um deles e detrimento de um valor maior:

(...) Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Logo, os direitos e garantias fundamentais não detêm imutabilidade ilimitada quando conflitados um com o outro, encontrando, assim, limite entre si, quando necessários serem aplicados um ou outro, ou um em maior extensão que o outro.

Nessa toada, temos teorias doutrinárias e jurisprudenciais que defen-

dem essa linha de pensamento, sendo a relativização da coisa julgada uma possibilidade e necessidade para aplicação eficiente e justa do direito. A relativização não sendo um demérito em um estado democrático de direito, mas, um eficiente fortalecedor da boa justiça.

Não obstante, ela deve ser muito prudentemente aplicada, devendo ser encarada diante de casos concretos, dentro de hipóteses previstas na legislação infraconstitucional e por meio de hipóteses trazidas pela relativização atípica da coisa julgada, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial pátria.

Cabe frisar que a relativização da coisa julgada gera conflito entre a justiça concreta das decisões judiciais e a segurança jurídica, entre outros desafios. Sobre os desafios de aplicação, Dinamarco (2001, p. 38 e 54), bem destaca:

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Constituição, art. 5º, XXXV). (...) não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas (...). (...) conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo (DINAMARCO, 2001, p. 38 e 54).

Ao falarmos sobre relativização da coisa julgada devemos observar o princípio da ponderação, e ao tratarmos sobre ele não podemos deixar de observar e aplicar a Lei de Colisão de Princípios da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, que cria a teoria e assevera que as garantias fundamentais podem colidir em um caso concreto, tendo por saída a ponderação entre eles (ALEXY, 2008).

Nessa linha, devemos entender que o excesso de hipóteses de relativização da coisa julgada é prejudicial, contudo, ela é possível e deve ser aplica-

da aos olhos das lições de Alexy e diante do caso concreto, sendo não apenas uma questão conceitual, mas, democraticamente necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não há como afastar a análise do tema à luz do princípio do acesso à justiça, pois este não diz respeito apenas ao direito de ação, e sim à prestação de qualidade do Poder Judiciário na busca pelo ideal da justiça no caso concreto.

Tendo em vista a relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de relativização do instituto da coisa julgada no processo civil, o sopesamento que se deve fazer prestigia a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, entre a segurança jurídica emanada do *res judicata* e os direitos abarcados na decisão judicial acobertados pelo manto da coisa julgada.

A problemática do trabalho reside, portanto, na impossibilidade de limitação das hipóteses de relativização do instituto da coisa julgada material, consoante à insegurança que surgiu da ausência do estabelecimento de preceitos precisos sobre a relativização baseada em decisão judicial injusta, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial pátria. Há a hipótese de que deve haver uma modificação legislativa para determinar o preenchimento das lacunas relacionadas às novas formas de relativização da coisa julgada.

Vale ressaltar, assim, que a ponderação entre os valores constitucionais envolvido, seja a segurança jurídica e a justiça das decisões, deve ser realizada pelo legislador, resultando em uma ponderação de valores por meio de previsão legal. Todavia, ainda que sobrevenham modificações legislativas que versem sobre a matéria, o magistrado deverá sempre aplicar o princípio da proporcionalidade na situação concreta.

Conforme demonstrado acima, a coisa julgada tem supremacia constitucional como garantia fundamental do Estado democrático de direito, de tal forma que a sua minimização para a prevalência de outra garantia de maior peso perante circunstâncias de um caso concreto, deve ser feita sob o crivo de critérios que não deixem margem para a extinção do princípio da segurança

jurídica, que não apenas em situações excepcionais.

Deste modo, a fim de não atingir a eliminação da garantia da imutabilidade das decisões judiciais, por força do princípio da segurança jurídica originado das decisões judiciais transitadas em julgado, é necessária a limitação da aplicação das formas de relativização da coisa julgada por meio de ajustes aos textos legais, o que é essencial ao próprio princípio do acesso à justiça.

Por fim, é imprescindível observar que o princípio da proporcionalidade tem intrínseca relação com a relativização da coisa julgada no processo civil, tal como o próprio princípio do acesso à justiça, tão raros para o Estado Democrático de Direito, de maneira que a temática deve sempre ser analisada sob a ótica axiológica dos valores constitucionais envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** – tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: PC Editora, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativização da coisa julgada material**. Rio Grande do Sul: Revista da Ajuris, v. 27, n. 83, p. 33-65, set. 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito humanos fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os dez anos de constituição federal: temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REFLEXOS DA LEI 13.994/20 FRENTE A DISSEMINAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

*Isabela R P de O. AMADOR¹
Gabriel de O. SANTANA²*

RESUMO

Frente a nova realidade vivida em tempos de pandemia, trazida pelo COVID-19, o Judiciário Brasileiro viu-se, urgentemente, necessitado de quebrar as amarras do conservadorismo jurídico e fazer das resoluções de conflitos presenciais, um novo modo que possibilitasse o distanciamento social: audiências telepresenciais. Contudo, críticas amarradas à Velha Guarda jurídica do país ameaçam a segurança das conciliações e os aplicadores do direito, tornando crucial a reflexão quanto ao rumo da natureza jurídica aplicada nas inovações sociais. Com isso, o presente resumo expandido traz informações sobre a ascensão das resoluções online de conflito, expondo os artigos que regulam tal método, garantindo o acesso à justiça a todos, conforme prevista a Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça; pandemia; resolução online.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.
isapotumatti@hotmail.com.br.

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.
gabriel_oliveirasantana@hotmail.com.br.

INTRODUÇÃO

Em tempos de pandemia do novo coronavírus, denominado de Sars-Cov-2, adaptações na rotina tornaram-se medidas urgentes para conter a expansão do vírus por todo o mundo. A Resolução nº 313 editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 19 de março de 2020, determinou a suspensão do atendimento presencial nos Tribunais brasileiros, substituindo-o por atendimento remoto pelos meios tecnológicos disponíveis, visando priorizar a saúde das partes, do corpo jurídico e, ainda, garantir o Direito de Ação previsto no art. 5º, XXXV, CF.

A história do Poder Judiciário no Brasil é marcada pela resistência aos métodos remotos de acesso à justiça. No entanto, o uso da tecnologia se tornou indispensável como forma de solucionar, mesmo que momentaneamente, o impasse vivido pelos Tribunais em épocas de keep an arm distance, uma vez que a forma de contágio do coronavírus se dá, principalmente, através do contato próximo entre as pessoas.

Em 24 de Abril de 2020, impulsionada pelas restrições de atividades presenciais, a Lei 13.994/20 até então decretada pelo Congresso Nacional, fora sancionada pelo atual presidente da república – Jair Messias Bolsonaro-, permitiu a instituição do uso de videoconferência em conciliações conduzidas pelos Juizados Especiais Cíveis, com o uso de plataformas específicas, como a Cisco-Webex, conveniada ao Conselho Nacional de Justiça.

DESENVOLVIMENTO

A ascensão da chamada 4ª Revolução Industrial, desenvolvida pelo alemão Klaus Schwab, trouxe impactos para o cenário jurídico do país. Dentre eles, destaca-se a capacidade de operação em tempo real, a qual consiste na aquisição e tratamento de dados de forma praticamente instantânea, permitindo a tomada de decisões em tempo real. Neste cenário, os métodos de resoluções online de conflitos ganharam cada vez mais enfoque, tornando-se necessária sua adequação com a legislação brasileira. Nas palavras do teórico:

“A quarta revolução industrial não é definida por um conjun-

to de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital”

Diante da atual pandemia, fica claro que o Brasil adotou, no campo das resoluções de conflito, a “Online Dispute Resolution”, popularmente conhecida como ODR, mudando a forma de agir do terceiro neutro e, conseqüentemente, fomentando a oferta pelo judiciário dos mecanismos do chamado Tribunal Multiportas. A ODR pode ser realizada de forma síncrona ou assíncrona, e a principal diferença entre ambas é a rapidez com que a comunicação ocorre. No primeiro caso, ela é mais ágil, sendo preferencialmente utilizadas mensagens instantâneas e videoconferências. Entretanto, os contatos assíncronos, tem muito espaço para crescer e contribuir ao judiciário brasileiro, e por não exigirem a presença simultânea das partes, possibilitam a ocorrência da mediação por e-mail, não demandando disponibilidade em tempo real dos envolvidos.

Janet Rifikin, referência na área da tecnologia à favor do direito, apresentou o âmbito jurídico com o conceito da quarta parte. Nas resoluções de conflito online, além das partes e do terceiro, considerado imparcial e neutro frente ao conflito exposto, a autora considera que o meio tecnológico seria o quarto ator, ou seja, “the fourth party”.

Com a publicação da Lei 13.994/20 no Diário Oficial, alterou-se a Lei 9.099/95 oportunizando a conciliação não presencial perante os Juizados Especiais Cíveis (JECs). Embora a legislação brasileira já trouxesse expresso a utilização de audiências telepresenciais em tempo real em seu art.236, § 3º, CPC, a vigência da referida lei inclui no art.22 da Lei dos Juizados Especiais a possibilidade de conciliação longe da convencional, face-to-face.

A medida trazida pela Lei sancionada não foge dos ditames já estabelecidos no ordenamento-jurídico processual. No entanto, a mesma acrescenta que uma conciliação bem-sucedida será homologada pelo juiz e terá mesma eficácia de uma sentença judicial. Por fim, altera o art. 23 da Lei 9.099/95, tornando expresso que se o demandado se recusar a participar da tentativa de conciliação não presencial ou, até mesmo, não comparecer, o juiz togado irá proferir a sentença, depositando, assim, certo rigor às inovações

promulgadas. Segue abaixo a letra da lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Art. 2º Os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 22.

§ 1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo.

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.»

“Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Conselho Nacional de Justiça, consoante ao que expressa a nova Lei, afirma pela portaria CNJ 16/15 a necessidade de impulsionar o uso de meios eletrônicos para a tomada de decisões com o intuito de aprimorar a prestação jurisdicional.

Tais regulamentações acima citadas, proporcionam ao ordenamento jurídico, o ajustamento perante as necessidades advindas da crescente demanda de processos perante o Poder Judiciário, conjuntamente com as inovações decorrentes da Indústria 4.0. Sendo assim, deve-se amparar a garantia constitucional ao acesso à justiça perante aos novos mecanismos tecnológicos para se resolver uma lide.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio a propagação do coronavírus pelo país, disseminou-se uma aversão à medida de urgência tomada para que as resoluções de conflito saíssem das mesas dos Tribunais para terem continuidade e a devida celeridade nas redes de computadores. Uma das críticas levantadas fora a

possibilidade de muitos cidadãos ficarem sem acesso à justiça por falta de conexão ou acesso à tecnologia para efetivar seus pedidos e queixas. No entanto, o Código de Processo Civil na letra do art. 198, determina a gratuidade do acesso ao Judiciário e que o mesmo disponibilize, aos interessados, equipamentos para a prática dos atos processuais por meio eletrônico. Ademais os CEJUSCs (Centros de Solução de Conflitos) estão, praticamente, presentes em todas as comarcas do país e, mesmo antes do COVID-19, diversos Tribunais instalaram postos de atendimento ao público que se encarregam de assistir ao povo, orientando e agendando, pelo sistema virtual, as audiências remotas voltadas a celebrar acordos.

“As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes.” ART. 198, CPC/15

Além disso, pesquisas feitas pelo TIC Domicílios 2019, o mais importante levantamento sobre acesso a tecnologias da informação e comunicação, realizada pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, apontam que, três em cada quatro brasileiros acessam a internet, o que corresponde à 134 milhões de pessoas. Isso confirma que, o acesso à internet vem se tornando cada vez maior perante os brasileiros.

Notoriamente, a sociedade caminha para um futuro tecnológico, em que a maioria da população possui acesso aos meios de comunicação disponíveis pela navegação online. Com isso, proporciona-se uma maior possibilidade de resolução das demandas remotas, especialmente acrescidas no atual cenário pandêmico.

Somado ao que fora supracitado, o auxílio da telecomunicação traz ao judiciário a possibilidade de um conciliador experiente ser parte neutra em conflitos de qualquer canto do país, além do mesmo ter mais autonomia quanto ao andamento da sessão, visto que terá o comando de quem fala ou até mesmo de quem deve ser silenciando, caso haja necessidade de conter os ânimos. Além disso, as audiências não presenciais darão mais tempo para

os conciliadores aplicarem com maestria os seus conhecimentos e habilidades quanto conciliador.

Desse modo, as eventuais práticas de multimídia em juízo podem ser amplamente utilizadas para conceder celeridade e efetividade à Justiça, firmando a economia processual e a simplicidade, princípios norteadores dos juizados especiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acessado em 08 de out. 2020

BRASIL, Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.994-de-24-de-abril-de-2020-254003352>. Acessado em 06 de out. 2020

VALENTE, Jonas. **Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>>. Acessado em 10 de out. 2020.

ORTEGA, João. **Indústria 4.0: entenda o que é a quarta revolução industrial**. Disponível em:<<https://www.startse.com/noticia/nova-economia/industria-4-0-entenda-o-que-e-quarta-revolucao-industrial>>. Acesso em 10 de out. 2020.

BUZZI, Marco Aurélio. **A Covid-19 e a prática de videoconferências nos atos processuais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/marco-buzzi-videoconferencia-atos-processuais>>. Acesso em 08 de out. de 2020.

PINHEIRO, Rogerio Neiva. **ODR e resolução de disputas em tempos de pandemia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/rogerio-neiva-odr-resolucao-disputas-tempos-pandemia>>. Acesso em 07 de out. de 2020.

RESTRIÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

*Samuel Augusto BIANCHINI¹
Ana Lara Sardelari SCALIANTE²*

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar a falha redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que impõe limites territoriais à coisa julgada, e acaba por ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição e contrariar o instituto tutela coletiva. Assim, busca-se demonstrar o prejuízo desta falha legislativas e consignar que referido dispositivo está sujeito aos véus da inconstitucionalidade, sobretudo por ferir a segurança jurídica e a isonomia, além de movimentar a máquina judiciária diversas vezes em virtude da mesma situação fática, o que poderia se evitar retirando a limitação territorial que o dispositivo conferiu à coisa julgada. Para tanto, utilizar-se-á o método indutivo, revisão bibliográfica e investigação jurídico-diagnóstica.

PALAVRAS-CHAVE

Tutela coletiva. Coisa julgada. Acesso à justiça. Inconstitucionalidade.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: samuelbianchini@adv.oabsp.org.br

² Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista de Iniciação Científica pela mesma IES pelo Grupo de Pesquisa “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social” e participante do Grupo de Estudos Métodos de Solução de Conflitos e Acesso à Justiça na Sociedade Contemporânea. Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Sistêmico e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos” da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: lara.sardelari@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Com a massificação da sociedade, homogeneidade das relações humanas, alta potencialidade de danos, indeterminações dos sujeitos nas relações jurídicas e lesões que transcendem a órbita individual do cidadão, fez-se necessário repensar o modelo processual de tratamento de tais relações.

Em lugar do interesse contraposto de duas pessoas (autor x réu), busca-se a tutela de todo o grupo de lesados pela conduta que afeta a uma coletividade, seja ela determinada ou indeterminada, tutelando, desta forma, os direitos coletivos *lato sensu*.

Mauro Cappelletti, em sua tão festejada obra escrita em coautoria com Bryant Garth, “O acesso à justiça”, foi quem primeiro pensou em um processo coletivo apto a tutelar todas as nuances e características próprias inerentes à tutela coletiva, que a diferenciam da tutela individual, maximizando assim os efeitos da decisão coletiva. O mencionado autor se referia a uma verdadeira “*revolução do processo civil*”³ que se fazia necessária e iminente para a adequada tutela coletiva, em que era imprescindível que se rompesse com as clássicas concepções de legitimidade, coisa julgada e tantos outros institutos.

Para o presente estudo, tem-se por objeto à Lei de Ação Civil Pública, importante e um tanto quanto recente instrumento de tutela dos direitos coletivos, em especial, à análise do seu controverso artigo 16, por intermédio da revisão bibliográfica e da investigação jurídico-diagnóstica.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 previu princípios que norteadores da tutela jurisdicional, seja ela individual ou coletiva, que serão trazidos à baila no presente estudo; afrontados pelo artigo 16 da LACP, razão pela qual entende-se pela inconstitucionalidade do referido dispositivo devido a sua contradição frontal à lógica do acesso à justiça insculpida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

DESENVOLVIMENTO

Antes de se adentrar à detida análise do artigo 16 da LACP, convém

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49

realizar uma análise introdutória da tutela coletiva no âmbito nacional, do microsistema que a compõe e tratar de algumas de suas particularidades se comparada à tutela individual.

Primeiramente, convém destacar que não há no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo único, como um código que condense as regras do processo coletivo, a despeito de já ter havido essa tentativa. Por essa razão, a tutela coletiva é encontrada e amparada pelo microsistema processual coletivo, que possui como dispositivos nucleares o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, que irradiam e complementam os demais dispositivos, como o Mandado de Segurança Coletivo, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Ação Popular, dentre outras, tais quais o Estatuto do Torcedor e o Estatuto do Idoso, além do que, conta com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

A tutela coletiva traz algumas regras próprias, sobretudo para que haja adequado tratamento aos direitos coletivos, de tal sorte que a tutela coletiva estas são indispensáveis ao adequado tratamento dos direitos coletivos *lato sensu*. Pensando nessa especialidade, Daniel Neves traz um simples e elucidativo exemplo que nos faz entender a sistemática do direito processual coletivo:

Valer-se da tutela individual para a proteção de um direito transindividual é o mesmo que exigir que a parte esvazie uma piscina com um garfo. A tarefa, naturalmente, será impossível de ser cumprida. No direito individual - homogêneo ou indisponível de determinados sujeitos - disponibiliza-se uma colher para a parte esvaziar a mesma piscina. Será difícil, trabalhoso, cansativo e demorado, mas a tarefa pode ser cumprida. Aplicar a tutela coletiva nesses direitos é permitir que a parte abra o ralo da piscina, o que fará com que a água escoe de maneira mais rápida e eficaz, obtendo-se o esvaziamento da piscina em menor tempo, com menos esforço e de forma mais eficiente⁴

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único. 4ª ed. rev., atual. E ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 42

Posto isto, analisando o artigo 16 da LACP, se vê que o legislador trouxe previsão legal altamente incompatível com o microsistema coletivo, de maneira que este tratamento viole frontalmente a lógica da tutela coletiva e o adequado tratamento de conflitos, bem como fira alguns princípios constitucionais, como a isonomia, economia processual e (máxima) efetividade do processo. *In verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Na parte inicial, pode-se notar a incompatibilidade com o microsistema coletivo. Ademais, se mostra flagrante a falta de técnica legislativa que o legislador se valeu para a redação legal, tendo em vista que misturou e confundiu institutos processuais absolutamente distintos, a saber: regras de jurisdição e competência de um lado e o instituto jurídico da coisa julgada de outro. Este último apresenta nuances especiais no processo coletivo, por não se limitar às partes do processo, mas sendo *ultra partes*, atingindo indivíduos diferentes das partes formais do processo, sendo estes representados pelos legitimados ativos à propositura da ação civil pública, tendo efeitos *erga omnes* e assim atingindo a finalidade da tutela coletiva: a maximização da tutela, amplitude de proteção ao direito dos sujeitos que se encontrem na mesma situação jurídica e a isonomia esperada.

Todavia, erroneamente o legislador condicionou os efeitos da coisa julgada ao limite da competência territorial do órgão prolator da sentença, o que traz uma peculiar situação. Por essa limitação, o indivíduo que se encontre na mesma situação fática e jurídica, porém, em estado ou comarca distinta de indivíduo residente no local do órgão prolator, receberá tratamento diverso, ou seja: possivelmente haverá soluções diferente para situações semelhantes, o que é altamente temerário e contraditório à lógica do direito coletivo.

Com a devida vênia, pede-se licença para trabalhar primeiro com a casuística e depois com a justificativa. Uma análise hipotética de um pro-

blema bem ilustrará a situação e fará com que os argumentos aqui expostos sejam facilmente compreendidos.

Imagine uma fabricante de automóveis com atuação nacional que cria um veículo que apresenta sério vício de qualidade, colocando em risco a saúde dos consumidores. Supondo que um legitimado ativo proponha a ação na comarca de Marília/SP, sendo a ação julgada procedente, sua eficácia ficará restrita à circunscrição territorial da mencionada comarca, não atingido a amplitude que se espera de um processo coletivo. Se um mesmo consumidor se enquadra na mesma situação, mas, se encontra na comarca de Presidente Prudente/SP, não será beneficiado da coisa julgada formada naquela ação, o que é terminantemente contrário à lógica do microsistema coletivo. Neste mesmo sentido, enxergando essa esdrúxula situação, mais uma vez, se faz uso da cátedra do eminente doutrinador Daniel Neves, que traz o seguinte exemplo:

Agora basta imaginar uma sentença de procedência diante de tal pedido. Ela teria efeito somente para os consumidores domiciliados na comarca em que tramitou a demanda judicial, ou ainda, na melhor das hipóteses, no estado em que a comarca está contida? Instado a criar um telefone 0800, ele seria disponível somente para quem provasse ser domiciliado naquele território? Consumidores de outro Estado receberiam uma mensagem gravada afirmando que o serviço para eles não funcionaria porque no seu Estado não teria o fornecedor sido condenado a oferecer o serviço 0800? Será no mínimo consideravelmente complicada a aplicação da regra do art. 16 da LACP em uma situação como essa.⁵

De início, a primeira violação perceptível se dá em relação ao princípio da igualdade, em que, como dito alhures, sujeitos que se enquadrem na mesma situação fática-jurídica, poderão, fatalmente, receber tratamento distinto, o que é contrário à eficácia *erga omnes* da sentença nos direitos individuais homogêneos. Ora, diante desta mitigação da eficácia da coisa julgada em âmbito territorial, contrariando a lógica do direito coletivo, melhor seria se tal situação fosse resolvido no âmbito do processo individualista, em que não

⁵ Op. Cit. p. 372

haveria a violação à igualdade. Desta forma, cada um buscaria a tutela do seu direito individualmente ou em litisconsórcio facultativo.

Assim, cumpre salientar que se a preocupação do legislador com esta previsão legal fosse não prejudicar terceiros alheios ao processo coletivo, mais uma vez andou mal o legislador, uma vez que o processo coletivo jamais prejudica terceiros, ou beneficia, ou não altera sua situação, de sorte que somente se valerão do *decisum* se lhes favorecer, daí a lógica da coisa julgada *in utilibus* e, ainda, em sede de eventual improcedência da ação coletiva, nada impede que o sujeito ajuíze a ação de forma individual. Neste sentido, Teori Zavascki:

No que se refere ao âmbito da eficácia, a imutabilidade da sentença na ação civil pública, segundo o art. 16 da Lei 7.347/1985 é “*erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator”. A extensão subjetiva universal (= *erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada. Por outro lado, a cláusula *erga omnes* certamente não vai a ponto de comprometer a segurança jurídica de terceiros.⁶

Ainda, cumpre dizer que referida previsão legal fere o princípio da economia processual. Do ponto de vista processual e sob uma perspectiva macroscópica, por este princípio, busca-se que com único ou poucos processos, se atinja a melhor solução para a maior quantidade de indivíduos possíveis.

Ao limitar a eficácia da coisa julgada, implica-se no ajuizamento de novas demandas com a mesma causa de pedir e mesmo pedido, de sujeitos que estejam ligados pela mesma situação fática, ocasionando movimentação do Poder Judiciário, de sorte que a melhor solução seria movimentar o apa-

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 72

rato estatal e eliminar a conflituosidade com uma única decisão, indo ao encontro dos ideais do processo coletivo, a saber, quanto maior a amplitude da decisão – quanto mais pessoas beneficiadas – haverá melhor atendimento ao princípio da economia processual, de modo a evitar o ajuizamento de sucessivas ações individuais ou, neste caso, de novas ações coletivas que não estejam limitadas à circunscrição territorial abrangida pela coisa julgada. Assim também entende Daniel Neves:

É preciso destacar a relevância da tutela coletiva quanto à missão de se evitar a multiplicidade de processos. Um processo coletivo temo o potencial de beneficiar centenas, milhares, milhões de pessoas, e quanto mais amplo o benefício em termos de sujeitos afetados positivamente pela decisão coletiva, maior a impressão de que o processo coletivo atenderá o princípio da economia processual macroscópica ao evitar inúmeros processos individuais (...).⁷

No mesmo sentido, os autores Landolfo Andrade, Adriano Andrade e Cleber Masson, afirmam ter havido violação ao princípio da segurança jurídica:

O Executivo Federal infringiu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, portanto, ao princípio do devido processo legal em seu aspecto substantivo. A irrazoabilidade e a desproporcionalidade decorrem de que o Presidente da República e até mesmo por ele, deu ao a sentenças judiciais conflitantes, desprezou, a um só tempo, o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica, e, ao fragmentar a tutela dos direitos transindividuais em várias ações coletivas, agiu em detrimento do princípio da economia processual, que havia sido aprimorado pelo microsistema resultante da integração CDC + LACP⁸.

A principal problemática se dá quanto à violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça. Primeiramente, o princí-

⁷ Op. cit. p. 136

⁸ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos – vol. 1/ Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. – 10. Ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 313

pio em debate deve ser observado tanto nas facetas formal e substancial, isto é, não basta a mera previsão de meios adequados ao acesso à justiça; é vital a efetivação de tal garantia, no sentido de que, em se tratando de processo coletivo, é imprescindível que haja tratamento das questões de maneira molecularizada, sendo que uma inversão à essa lógica implicaria em desvirtuamento desta garantia constitucional:

Na seara dos direitos individuais homogêneos, a natureza *erga omnes* da coisa julgada que encobre a sentença de procedência é corolário da própria razão de ser da tutela coletiva na espécie, como assinalado acima: a proliferação atomizada da judicialização dos conflitos de massa deve dar lugar à sua solução molecularizada, por meio do processo coletivo, em prol da ampliação do acesso à Justiça, da eficiência e economia processuais e da isonomia.⁹

Ainda neste sentido, convém que se faça algumas críticas à alteração pelo legislador ordinário. Inicialmente, houve a edição de Medida Provisória, que culminou na alteração da legislação ordinária. Sendo requisitos de edição de medida provisória a relevância e a urgência, tem-se que a relevância é indiscutível, mas no tocante à urgência, pode-se afirmar que o ato legislativo foi utilizado de maneira desvirtuada, uma vez que a referida MP foi editada 12 anos após a vigência da LACP.

Se a situação permaneceu estável por 12 anos, não há configuração de urgência tal que seja necessária a edição de Medida provisória atingindo o assunto. Não obstante, a garantia do acesso à justiça, bem como a previsão da ação civil pública são de ordem constitucional, o que faz com que seu alcance seja ampliado e efetivada ao máximo sua aplicação, de sorte que não caberia ao legislador ordinário restringir o alcance da norma constitucional. Bem pontua Marcos Nassar:

Mais um óbice com frequência invocado contra a infame alteração legislativa, esse sim bastante robusto, consiste na alega-

⁹NASSAR, Marcos. Os efeitos da sentença coletiva e a restrição do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Mudança de jurisprudência no STJ? In Escola Superior do Ministério Público da União. Imprensa: Brasília, ESMMPU, 2001.v. 13, n. 42-43, p. 225-266, jan./dez., 2014.

ção de sua inconstitucionalidade, seja pela ausência dos pressupostos constitucionais para a edição de medida provisória – não havia relevância e urgência, mormente porque o texto original vigorava há doze anos sem impugnação (...) Afigura-se, com efeito, inconstitucional o dispositivo. E não apenas pelas razões apontadas no parágrafo anterior, mas também porque a ululante finalidade ínsita à nova redação conferida ao art. 16 da LACP foi restringir os efeitos da sentença e da coisa julgada que emanam da ação civil pública, a qual consubstancia *garantia fundamental* prevista no art. 129, III, da Constituição da República. Em se tratando de garantia fundamental, deve-se interpretar a norma do art. 129, III, da Constituição de molde a conferir-lhe máxima efetividade, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, como determina esse preceito constitucional e impõe o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CR/1988).¹⁰

Portanto, ao agir de tal forma, há total afronta ao princípio do acesso à justiça, sobretudo no que tange à sua vertente substancial. Ao restringir a eficácia da coisa julgada que recai sobre a decisão do processo coletivo, há maculação da máxima efetividade do processo. Ademais, como já reportado acima, não haveria violação tão somente à efetividade do processo, mas, eventualmente, da justiça da tutela, uma vez que a limitação territorial pode implicar em novas ações, sejam elas coletivas ou individuais, com decisões diferentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, a Constituição Federal ao tutelar a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, não se restringiu a direitos individuais. Com a redação do artigo 16 da LACP, há dúvidas que a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos é altamente prejudicada.

Desconsiderando técnicas de hermenêutica que tentam lhe conferir validade, forçando certas interpretações para diminuir a atecnia do legisla-

¹⁰ Op. cit. p. 11

dor, resta evidente que há restrição ao acesso à Justiça. Não fosse o bastante a contrariedade à tutela coletiva, há ainda violação aos princípios constitucionais supramencionados, principalmente ao da inafastabilidade da jurisdição.

Foi-se o tempo em que os princípios não gozavam de força normativa e eram considerados meras admoestações. Desta feita, ao contrariar princípios de ordem constitucional, flagrante se mostra violação ao acesso à Justiça, sendo imperioso que haja garantia à tutela e efetivação dos direitos coletivos *lato sensu* com a declaração de inconstitucionalidade da norma e sua correta aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos** – vol. 1/ Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. – 10. Ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49

NASSAR, Marcos. **Os efeitos da sentença coletiva e a restrição do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Mudança de jurisprudência no STJ?** In Escola Superior do Ministério Público da União. Imprensa: Brasília, ESMPU, 2001.v. 13, n. 42-43, p. 225-266, jan./dez., 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo: volume único**. 4ª ed. rev., atual. E ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VALOR DAS CUSTAS DA QUEIXA-CRIME NO ESTADO DE SÃO PAULO: UM OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA?

Geisa Oliveira Daré¹

RESUMO

Em que pese os beneficiários da gratuidade da justiça tenham garantido o seu acesso à justiça constitucionalmente, os que não fazem jus à benesse encontram um forte desestímulo à propositura da ação penal privada. Isto porque, o valor da queixa-crime não é fixado de modo proporcional ao valor do prejuízo, presumido ou consumado, sofrido, mas em um patamar fixo e considerado alto. O prazo decadencial para o querelante oferecer a queixa esgota-se em apenas seis meses, a partir do conhecimento do autor do fato, o que releva a grande importância do valor da peça acusatória inicial para o acesso à justiça. Assim, o trabalho é voltado à análise do valor das custas processuais da queixa-crime definidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para, fundamentadamente, descrever se há, de fato, um obstáculo ao acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça. Custas processuais. Queixa-crime. Processo Penal. Razoabilidade.

¹ Advogada, bacharela em Direito pela Instituição Toledo de Ensino e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho (Portugal).

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a ação penal é iniciada com o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime. A denúncia é utilizada para os crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal (art. 100, § 1º, CP c/c art. 24 do CPP); a queixa-crime, para os delitos cuja ação penal é de natureza privada (art. 100, § 2º, CP c/c art. 30 do CPP).

De acordo com o Procedimento de Controle Administrativo n.º 0002497-02.2009.2.00.0000², do Conselho Nacional de Justiça, julgado em 15/12/2009, não é constitucional a cobrança prévia de custas na ação penal pública, salvo a antecipação de despesas relativas à carta rogatória. O pagamento, por ser ônus da condenação criminal, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, seria de competência do Juízo das Execuções Criminais.

Para as ações penais de natureza privada, aplica-se o *caput* do artigo 806 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Salvo o caso do art. 32, nas ações penais intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas”. Logo, apenas nas ações promovidas mediante queixa-crime é devido o recolhimento prévio das custas processuais e da taxa judiciária pelo querelante, havendo a dispensa no caso de ser beneficiário da justiça gratuita.

Entretanto, note-se que o recolhimento do preparo para o início da ação penal deve atender os princípios do acesso à justiça e da razoabilidade, constitucionalmente assegurados (o primeiro no inciso XXXV do art. 5º e o segundo, de modo implícito, no mesmo inciso e mais no inciso II do art. 5º e art. 37), sob pena de denegação ao acesso à justiça. Na sequência, será feita a análise do valor das custas processuais da queixa-crime definidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como parâmetro o ano de 2020, para, fundamentadamente, descrever se ele é razoável ou se se trata de um obstáculo ao acesso à justiça.

² BRASIL. CNJ. Procedimento de Controle Administrativo: PCA N.º 0002497-02.2009.2.00.0000. 96ª Sessão Ordinária. Relator: Felipe Locke Cavalcanti. Data de julgamento: 15/12/2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfoJuris12/Jurisprudencia.seam;jsessionid=A6E3ECC4DAE6C117F10D71295975EBF1?jurisprudencialdJuris=42442&indiceListaJurisprudencia=1&firstResult=750&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 06/10/2020.

DESENVOLVIMENTO

O prazo para oferecimento da queixa-crime, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal e do artigo 103 do Código Penal, é de 6 (seis) meses, contado do dia em que o ofendido tomar conhecimento da autoria do crime. Como inexistente dispositivo legal que obrigue a intimação do ofendido para o pagamento das custas processuais³, ele precisa saber de antemão sua obrigação de pagar as custas, caso contrário, no decurso de um semestre, decairá o seu direito de ação, inviabilizando a prossecução de seu interesse em sede judicial⁴.

Insta mencionar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou novo precedente admitindo o recolhimento das custas processuais mesmo após o prazo decadencial de 6 meses. A exceção só é aplicável para o ofendido que apresenta a queixa-crime no prazo legal, mas deixar de efetuar o recolhimento. No precedente, o STJ entendeu ser necessária a intimação do recorrido para que proceda ao pagamento das custas⁵.

Ainda, há a obrigatoriedade de se constituir advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, com poderes especiais expressos no instrumento de mandato para o intento da peça acusatória inicial (art. 32 e 44 do CPP⁶).

Em suma, quanto às despesas, pode-se dizer que o querelante, para

³ Conforme foi exposto na ratio decidendi do Processo n.º 0000661-32.2018.8.07.20016, TJ-DF, 2ª Turma Recursal. Relator: Arnaldo Corrêa Silva. Data de julgamento: 20/03/2019. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/690235216/20181610006617-df-0000661-3220188070016?ref=serp>>. Acesso em: 06/10/2020.

⁴ BRASIL. STF. Processo n.º 0001836-94.2015.1.00.0000. 1ª Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 27/10/2015. DJe de 25/04/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864046143/peticao-pet-5596-pi-piaui-0001836-9420151000000?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

⁵ BRASIL. STJ. AREsp n.º 1668844 RS 2020/00444478-6. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJe de 15/05/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860158108/agravo-em-recurso-especial-aresp-1668844-rs-2020-00444478-6?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

⁶ _____. Denúncia X Queixa-crime. TJDF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/denuncia-x-queixa-crime#:~:text=Den%C3%BAncia%3A%20pe%C3%A7a%20inicial%20da%20a%C3%A7%C3%A3o,legal%2C%20por%20meio%20de%20advogado>>. Acesso em: 06/10/2020.

iniciar a ação penal privada, terá que arcar com o advogado (a princípio, segundo a Tabela de Honorários Advocatícios da OAB) e com as custas processuais, fixadas na tabela de custas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷.

No ano de 2020, o valor para o ajuizamento de ações penais em geral (salvo de competência do JECRIM⁸) é de 100 UFESPs; para ações penais privadas, o valor é de 50 UFESPs recolhidas no momento da distribuição (ou, na falta desta, antes do despacho inicial) e 50 UFESPs no momento da interposição do recurso. O valor de cada UFESP para o ano-exercício de 2020 é de R\$ 27,61 (vinte e sete reais e sessenta e um centavos).

Nesse sentido, o preço para intentar ações penais em geral é – em 2020 – de R\$ 2.761,00 (dois mil, setecentos e sessenta e um reais). Já para ações penais privadas, o valor é de R\$ 1.380,50 (mil, trezentos e oitenta reais e cinquenta centavos) no momento da distribuição, acrescido de igual valor para interposição de eventual recurso.

Vale lembrar que há a dispensa do recolhimento de custas no caso de o querelante fazer jus à assistência judiciária gratuita, nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 32 do Código de Processo Penal. Inclusive, o efeito da concessão da assistência judiciária gratuita é retroativo, impedindo a decretação de nulidade do processo por falta de pagamento⁹, conforme a inteligência do artigo 806, § 3º, do Código de Processo Penal.

Ainda segundo a tabela de custas do TJ/SP, o valor das custas processuais para petições iniciais, reconvenção e oposição de embargos é de 1%

⁷ Informação disponível em: <[⁸ Em se tratando de delitos de competência do Juizado Especial Criminal, o pagamento é dispensado por força do artigo 54 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.](https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria#:~:text=50%20UFESPs%20%2D%20no%20momento%20da,de%20R%24%27%2C61.&text=que%20a%20exceder-,Para%20o%20exerc%C3%ADcio%20de%202020%2C%20o%20valor%20da%20UFESP,de%20R%24%2027%2C61>.></p></div><div data-bbox=)

⁹ BRASIL. TJ-PR. Apelação n.º 0003458-62.2014.8.16.0018. 1ª Turma Recursal. Relator: Letícia Guimarães. Data de julgamento: 07/03/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924180381/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-34586220148160018-pr-0003458-6220148160018-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 06/10/2020.

(um por cento) do valor da causa no momento da distribuição ou do despacho inicial. Para os recursos de apelação, recurso adesivo e os de competência originária do Tribunal de Justiça, o valor foi fixado em 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa. Já para a satisfação da execução, as custas são de 1% (um por cento) sobre o valor estabelecido na sentença. Percebe-se em todos esses casos que o valor das custas acompanha proporcionalmente o valor discutido judicialmente ou o da condenação.

Note-se que nas ações penais o valor não é estabelecido com base na proporcionalidade, mas em um valor fixo, superior a um salário mínimo¹⁰ para ações penais privadas e superior a dois salários-mínimos para ações penais em geral, conforme acima mencionado. Com isso, pode-se concluir que o custo das ações penais possui a intenção de desestimular o ingresso desse tipo de ação, pois não é incomum que o valor do prejuízo sofrido pelo ofendido seja menor do que o cobrado para o ingresso da ação. Difícil pensar noutra razão senão pelo desestímulo, ainda mais comparando-se a outros tipos de procedimentos (cíveis, recursos etc.), em que a fixação das custas é, normalmente, proporcional ao valor da causa.

Apesar da diferença de mensuração das custas, cujo problema não reside no fato isolado do Estado-juiz requerer o pagamento das custas processuais por um valor determinado, há a questão do valor das custas das ações penais privadas em si.

O valor do salário-mínimo nacional em 2020 foi fixado em R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais¹¹). De acordo com o IBGE, o rendimento nominal mensal domiciliar *per capita* em São Paulo é de R\$ 1.946,00 (mil, novecentos e quarenta e seis reais) e o rendimento médio real habitual do trabalho principal das pessoas de 14 anos ou mais de idade, com trabalhos formais é de R\$ 3.213,00 (três mil, duzentos e treze reais¹²).

O estudo de fevereiro de 2020, promovido pelo Departamento de

¹⁰ Com base no salário-mínimo de 2020.

¹¹ Vide Lei Ordinária n.º 14.013, de 10 de junho de 2020 e proposição originária: Medida Provisória n.º 919, de 30 de janeiro de 2020.

¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Panorama São Paulo – 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama>>. Acesso em: 06/10/2020.

Pesquisas e Estudos Econômicos/DEPEC- BRADESCO, classificou o perfil da população do Estado de São Paulo segundo a Classe Econômica da seguinte maneira: 7% da população total de 45,09 milhões de habitantes paulistanos pertencem à Classe A; 5% estão na Classe B; a maioria de 62% está na Classe C; 17% na Classe D e 9% na Classe E¹³. Dito de outra forma, 7% da população de São Paulo tem rendimentos familiares *per capita* acima de R\$ 11.262; 5% entre R\$ 8.641 e R\$ 11.624; 62% auferem entre R\$ 2.005 e R\$ 8.640; 17% entre R\$ 1.255 e R\$ 2.004 e 7% abaixo de R\$ 1.254¹⁴.

Uma vez que a grande maioria da população paulista possui renda familiar entre R\$ 2.005 e R\$ 8.640 (Classe C), importa analisar a razoabilidade do preço das custas processuais para o início da ação penal privada. Como visto anteriormente, o valor das custas para ações penais privadas é de 50 UFESPs – o equivalente a R\$ 1.380,50 (mil, trezentos e oitenta reais e cinquenta centavos) – recolhidas no momento da distribuição (ou, na falta desta, antes do despacho inicial), acrescido de 50 UFESPs para eventual interposição de recurso.

Segundo a prática dos tribunais, com base nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil combinado com a Lei n.º 1.060/50, a pessoa que auferir até três salários-mínimos nacionais, em princípio, faria jus ao benefício da justiça gratuita¹⁵. As pessoas que superam este teto – nem que seja em pequeno montante –, não sendo consideradas hipossuficientes, terão uma considerável parcela de seus rendimentos comprometidos ao ajuizar uma ação penal privada, consoante os dados acima expostos¹⁶.

Em verdade, há um custo ainda maior pela necessidade da contrata-

¹³ DEPEC-BRADESCO. São Paulo. Fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.economiaemdia.com.br/Bra-descoEconomiaEmDia/static_files/pdf/pt/mapa/infreg_SP.pdf>. Acesso em: 06/10/2020.

¹⁴ A classificação das classes econômicas foi feita com base nos dados do Centro de Políticas Sociais da FGV, disponível em: <<https://cps.fgv.br/qual-faixa-de-renda-familiar-das-classes>>. Acesso em: 09/10/2020.

¹⁵ Nesse sentido, consultar: TJ-SP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n.º 2159418-42.2020.8.26.0000, Rel. Min. Ponte Neto, julgado em 05/09/2020; TJ-SP, 12ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n.º 2144484-50.2018.8.26.0000, Rel. Min. Souza Nery, julgado em 13/11/2018; TJ-SP, 3ª Turma Cível, Agravo de Instrumento n.º 0101638-23.2015.8.26.9000, Rel. Min. Rubens Hideo Arai, julgado em 11/03/2016.

¹⁶ Levando-se em consideração, por exemplo, uma pessoa que possui renda mensal de quatro mil reais, haverá o gasto de cerca de 35% com a peça acusatória inicial e mais 35% para recurso.

ção de advogado que elaborará a queixa-crime e acompanhará a tramitação do processo. Conforme a tabela de honorários advocatícios de 2020 da OAB/São Paulo¹⁷, a verba honorária pelo oferecimento da queixa-crime ou representação é de R\$ 4.354,77 (quatro mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos) e; pelo acompanhamento, R\$ 6.594,36 (seis mil, quinhentos e noventa e quatro reais e trinta e seis centavos).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar o princípio da razoabilidade, ensina que a Administração deve atender a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, afastando-se as condutas desarrazoadas, “incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade¹⁸”. O fundamento do princípio tem base constitucional implícita nos incisos II e XXXV do artigo 5º e artigo 37¹⁹ e “é vinculado à busca de legitimidade que marca o Estado Democrático de Direito²⁰”.

Os valores alhures apontados refletem uma violação à Constituição Federal, pois, mais do que o mero desencorajamento para o ajuizamento de ações penais privadas, estão a afrontar o princípio da razoabilidade e a denegar o acesso à justiça, tanto pela falta de proporcionalidade entre o prejuízo potencial ou efetivamente sofrido com o delito e o custo do processo, quanto pelo alto valor das custas processuais em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, verificou-se que as custas processuais na esfera criminal destoam da esfera cível e de outros procedimentos judiciais. Para

¹⁷ OAB/SP. Tabela de Honorários Advocatícios – 2020. São Paulo: OAB, 2020. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios>>. Acesso em: 09/10/2020.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 111.

¹⁹ Op. cit., p. 112.

²⁰ COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 32.

ações criminais, é estabelecido um valor fixo, não proporcional ao prejuízo sofrido com o delito. Isto é visto como reflexo de uma injustificada desestimulação do ingresso de ações penais, uma vez que o Estado tem o poder-dever de fazer com que o desrespeito ao Código Penal seja punido para garantir a ordem pública, independentemente do interesse ser majoritariamente privado.

Além disso, tendo em conta o valor do salário mínimo nacional de R\$ 1.045,00 para o ano de 2020 e das Classes Econômicas da população paulista, em que a grande maioria pertence à Classe C (com rendimentos entre R\$ 2.005 e R\$ 8.640), os não beneficiários da gratuidade da justiça podem deixar de exercer um direito em vista do excessivo valor das custas, aliado ao fato de ter que contratar advogado.

Isto porque, em termos práticos, o preço para ingressar com uma ação penal privada é de R\$ 1.380,50, acrescido de igual valor para interposição de recurso. A verba honorária, conforme a tabela de honorários advocatícios da OAB/São Paulo, gira em torno de R\$ 4.354,77 para o oferecimento da queixa-crime e de R\$6.594,36 para o acompanhamento da ação penal privada. Ou seja, uma pessoa que aufera renda mensal de quatro mil reais terá um gasto de cerca de 143% de seus rendimentos apenas para formular a peça acusatória inicial perante o Poder Judiciário.

O não pagamento das custas em até 6 meses do conhecimento do autor do fato – salvo se oferecida a queixa no prazo legal, hipótese em que haverá dilação no prazo, segundo novo precedente do STJ–, implica decadência. Portanto, verificada a inobservância do princípio da razoabilidade na cobrança das custas processuais da queixa-crime no Estado de São Paulo, não só pela falta de proporcionalidade entre o prejuízo potencial ou efetivamente sofrido pelo ofendido e o custo do processo, mas principalmente pelo alto valor das custas em si, é de se concluir que se trata de um caso de denegação ou obstáculo ao acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

_____. Denúncia X Queixa-crime. TJDF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/denuncia-x-queixa-crime#:~:text=Den%C3%BAncia%3A%20pe%C3%A7a%20inicial%20da%20a%C3%A7%C3%A3o,legal%2C%20por%20meio%20de%20advogado>> [06/10/2020].

BRASIL. CNJ. Procedimento de Controle Administrativo: PCA N.º 0002497-02.2009.2.00.0000. 96ª Sessão Ordinária. Relator: Felipe Locke Cavalcanti. Data de julgamento: 15/12/2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=A6E3ECC4DAE6C117F10D71295975EBF1?jurisprudenciaIdJuris=42442&indiceListaJurisprudencia=1&firstResult=750&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 06/10/2020.

BRASIL. Taxa Judiciária. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria>> [06/10/2020].

BRASIL. STF. Processo n.º 0001836-94.2015.1.00.0000. 1ª Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 27/10/2015. DJe de 25/04/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864046143/peticao-pet-5596-pi-piaui-0001836-9420151000000?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. STJ. AREsp n.º 1668844 RS 2020/00444478-6. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJe de 15/05/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860158108/agravo-em-recurso-especial-aresp-1668844-rs-2020-00444478-6?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. TJ-DF. Processo n.º 0000661-32.2018.8.07.20016. 2ª Turma Recursal. Relator: Min. Arnaldo Corrêa Silva. Data de julgamento: 20/03/2019. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/690235216/20181610006617-df-0000661-3220188070016?ref=serp>>. Acesso em: 06/10/2020.

BRASIL. TJ-PR. Apelação n.º 0003458-62.2014.8.16.0018. 1ª Turma Recursal. Relator: Letícia Guimarães. Data de julgamento: 07/03/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924180381/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-34586220148160018-pr-0003458-6220148160018-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 06/10/2020.

BRASIL. TJ-SP. Agravo de Instrumento n.º 2159418-42.2020.8.26.0000. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Min. Ponte Neto. Data de julgamento: 05/09/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925435801/agravo-de-instrumento-ai-21594184220208260000-sp-2159418-4220208260000?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. TJ-SP. Agravo de Instrumento n.º 2144484-50.2018.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Público. Relator: Min. Souza Nery. Data de julgamento: 13/11/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648449372/agravo-de-instrumento-ai-21444845020188260000-sp-2144484-5020188260000?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. TJ-SP. Agravo de Instrumento n.º 0101638-23.2015.8.26.9000. 3ª Turma Cível. Relator: Min. Rubens Hideo Arai. Data de julgamento: 11/03/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933387626/agravo-de-instrumento-ai-01016382320158269000-sp-0101638-2320158269000?ref=serp>>. Acesso em: 09/10/2020.

COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. Brasília: Thesaurus, 2008.

DEPEC-BRADESCO. São Paulo. Fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.economiaemdia.com.br/BradescoEconomiaEmDia/static_files/pdf/pt/mapa/infreg_SP.pdf>. Acesso em: 06/10/2020.

FGV. Centro de Políticas Sociais, s/d. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/qual-faixa-de-renda-familiar-das-classes>>. Acesso em: 09/10/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Panorama São Paulo – 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama>>. Acesso em: 06/10/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32^a Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

OAB/SP. Tabela de Honorários Advocatícios – 2020. São Paulo: OAB, 2020. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios>>. Acesso em: 09/10/2020.



Centro Universitário
Eurípides de Marília (UNIVEM)



Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo



Anadef
Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais