



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISAAC MATIENZO VILLARPANDO NETO

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A DIRETRIZ NA
FORMAÇÃO DO PRECEDENTE**

Salvador

2017

ISAAC MATIENZO VILLARPANDO NETO

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A DIRETRIZ NA
FORMAÇÃO DO PRECEDENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza

Salvador

2017

V695 VILLARPANDO NETO, Isaac Matienzo
O conteúdo essencial do acesso à justiça e a diretriz na formação do precedente / Isaac Matienzo VILLARPANDO NETO. Salvador, 2017.
154 f.

Orientador: Wilson Alves de SOUZA.
Dissertação (Mestrado - Mestrado). Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia, 2017.

1. Conteúdo essencial. 2. Acesso à justiça. 3. Precedentes judiciais. I.
SOUZA, Wilson Alves de. II. Título.

ISAAC MATIENZO VILLARPANDO NETO

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A DIRETRIZ NA
FORMAÇÃO DO PRECEDENTE**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Wilson Alves de Souza - Orientador
Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Prof. Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade de Brasília

Salvador, Bahia ____/____/2017.

À Josi, minha eterna namorada, mãe e esposa dedicada, mulher que me conforta e engrandece, sendo sempre uma fonte de inspiração e amor.

Ao meu Antônio, cujos sorrisos e ternura me abastecem de amor e esperança por um mundo melhor.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Muito difícil expressar o quão grato sou ao meu Deus. Nos momentos difíceis pude perceber a sua presença em minha alma, a sua mão nas horas de angústia e sua leveza para me ensinar as virtudes da paciência quando mais tive pressa. Obrigado meu Pai! Acredito nos seus desígnios e firmeza de sua estrada, guiando-me sempre pela fé, em dias de chuvas e de sol, tendo a certeza de que a serenidade e boas intenções são imperiosas para alcançar os nossos objetivos, os quais se renovam a cada dia.

Agradeço tudo aos meus pais. Com os mesmos esforços e abdições que declinaram à minha pessoa proporcionarei ao meu filho, a educação que me concederam, internalizando valores humanos de respeito ao próximo, honestidade, perseverança e força. Com eles também aprendi que o maior desafio que enfrentamos encontra-se dentro de nós mesmos, fazendo-me crer de que a verdadeira riqueza de um homem é o seu conhecimento.

À minha mãe querida e amada, mulher batalhadora e resistente, fonte inspiradora de força e persistência, muito obrigado por tudo! Sem a senhora nada disso seria possível. Luto e lutarei para a cada dia poder te proporcionar o que a senhora realmente merece, ainda que eu tenha consciência de que o tempo dos *santos* é diferente do nosso.

Aos meus irmãos, que sempre me apoiaram, bem como um aos outros, mesmo diante de tamanhas diferenças. Com eles percebi que o tempo é capaz de cicatrizar feridas e renovar as esperanças.

À minha amada irmã Carolina, obrigado pelo incentivo e ajuda nos finais de semana de estudo, esteja certa que estamos juntos na busca pelo conhecimento jurídico.

Aos meus mestres, Professor Wilson Alves de Souza e Professor Dirley da Cunha Júnior, ambos, referências da UFBA, os quais tiveram a paciência e sabedoria para me fazer enxergar o Direito com senso crítico e fonte de promoção da igualdade, formal e material. Vejo em vocês exemplos de profissionais, cuja ética e retidão sempre levarei no exercício de minha amada advocacia.

Ao amigo Marcus Serra Júnior, pela espontânea e sincera amizade, a qual tive o prazer de desfrutar no Mestrado e certamente levarei para a vida. Agradeço também pelo incentivo e apoio na pesquisa bibliográfica, cujos gestos revelaram-se, desde o início, a sua nítida paixão pelo Direito.

Por fim, agradeço a todos que, como eu, ama a advocacia, justa e honesta, amparada na interminável inconformidade e inquieta busca pelo conhecimento.

“A injustiça, por ínfima que seja a criatura vitimada, revolta-me,
transmuda-me, incendeia-me, roubando-me a tranquilidade do
coração e a estima pela vida.”
(Ruy Barbosa de Oliveira)

RESUMO

Notória é a transformação do Direito brasileiro, passando a admitir sistema jurídicos do *common law*, rompendo barreiras acerca dos institutos jurídicos clássicos do *civil law*. Tal fato vem sendo analisado diante das transformações sociais e crise de representação no processo legislativo brasileiro, onde a lei não é mais suficiente para garantir a certeza e segurança jurídica necessária/ideal num Estado Democrático de Direito, conferindo maior importância aos Tribunais e suas decisões. Daí a importância dos precedentes judiciais, a qual também é fruto do ativismo judicial, passando o Poder Judiciário interferir nos aspectos políticos, sociológicos e econômicos do Estado, sem desprender-se dos direitos e garantias fundamentais, conforme a teoria de Jellinek, no dever de prestá-los e defendê-los, ensejando a aplicação do *acesso à justiça* em sua forma e substância.

Palavras-chave: Direitos de prestação e defesa. Precedentes judiciais. Direitos e garantias fundamentais. Acesso à justiça formal e substancial.

ABSTRACT

Notorious is the transformation of Brazilian law, while still allowing legal system of common law, breaking down barriers about the traditional legal institutes of civil law. This fact has been analyzed in the face of social change and crisis of representation in the Brazilian legislative process , where the law is no longer enough to ensure the necessary certainty and / ideal legal certainty in a democratic state , giving greater importance to the courts and their decisions. Hence the importance of judicial precedent, which is also the result of judicial activism, passing the judiciary interfere in the political, sociological and economic aspects of the state, without letting go of fundamental rights and guarantees, as the Theory of Jellinek, the duty to provide them and defend them, allowing for the application of the access to Justice in form and substance.

Keywords: Rights to provide and defense. Judicial precedents. Fundamental rights and guarantees. Access to formal and substantial justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abr.	Abril
ADC	Ação direta de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Ação de descumprimento de preceito fundamental
art.	artigo
arts.	artigos
CF/88	Constituição Federal da República
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
Dez.	Dezembro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IRDR	Incidente de resolução de demandas repetitivas
IAI	Incidente de assunção de incompetência
Jun.	Junho
Min.	Ministro
Nov.	Novembro
nº	Número
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Vol.	Volume
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 BASES NORMATIVAS À EFETIVAÇÃO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA ESFERA INTERNACIONAL E NO DIREITO COMPARADO	17
2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)	18
2.2 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966)	20
2.3 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (1969)	21
2.3.1 Mecanismos de Proteção do Sistema Interamericano	22
2.3.1.1 <i>A Comissão Interamericana de Direitos Humanos</i>	23
2.3.1.2 <i>A Corte Interamericana de Direitos Humanos</i>	24
2.3.2 A tutela do acesso à justiça na Convenção Interamericana e a pouca eficiência do Poder Judiciário brasileiro	26
2.3.2.1 <i>Caso Maria da Penha Maia Fernandes</i>	27
2.3.2.2 <i>Caso Ximenes Lopes</i>	28
2.4 O ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO	30
2.4.1 Estados Unidos da América (1789)	31
2.4.2 Portugal (1976)	32
2.4.3 Espanha (1978)	34
2.4.4 Argentina (1853)	35
3 ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO	37
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	39
3.2 NORMATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	48
3.3 O ACESSO À JUSTIÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	52
3.4 A INSUFICIÊNCIA DO EXERCÍCIO DE DIREITO DE AÇÃO COMO GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA: O ACESSO À JUSTIÇA FORMALMENTE NEGATIVO	57
3.5 MEIOS ALTERNATIVOS PARA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	64

4	TEORIA DOS QUATRO <i>STATUS</i> DE GEORGE JELLINEK E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	69
4.1	O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	72
4.1.1	Conceito	74
4.1.1.1	<i>Aspecto normativo</i>	75
4.1.1.2	<i>Aspecto material</i>	75
4.1.1.3	<i>Aspecto subjetivo</i>	77
4.1.1.4	<i>Aspecto temporal</i>	78
4.1.2	Dimensões da segurança jurídica	79
4.2	O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	80
4.2.1	Segurança e coerência jurídica na ordem normativa	81
4.2.2	Desestímulo à litigância	81
4.2.3	Favorecimento de acordos	82
4.2.4	Despersonalização do litígio	83
4.2.5	Duração razoável do processo	83
4.2.6	Eficiência do Poder Judiciário	84
4.3	HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E A AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA	84
5	PRECEDENTES JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	88
5.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	90
5.1.1	Aspectos históricos do sistema <i>common law</i>	90
5.1.2	Aspectos históricos do sistema <i>civil law</i>	94
5.1.3	A relação entre os sistemas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	95
5.2	PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO BRASILEIRO	98
5.3	A DINÂMICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	103
5.4	A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	105
5.4.1	Superação total ou parcial (<i>Overruling</i> e <i>overriding</i>)	106
5.4.2	Transformação (<i>Transformation</i>)	107
5.4.3	Modulação dos efeitos (<i>Prospective overruling</i>)	107
5.4.4	Superação antecipada (<i>Anticipatory overruling</i>)	108
5.4.5	Sinalização (<i>Signaling</i>)	109

5.4.6 Superprecedente (<i>The power of precedente</i>)	109
6 O CONTEÚDO ESSENCIAL DA GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA	112
6.1 A INFLUÊNCIA DAS ONDAS REFORMADORAS DO ACESSO À JUSTIÇA DE MAURO CAPPELLETTI	112
6.2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E GARANTISMO PROCESSUAL DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANALOGIA ESTRUTURAL	116
6.2.1 Garantia do acesso à justiça na lei	118
6.2.1.1 <i>Princípio do devido processo legal legislativo constitucional</i>	120
6.2.1.2 <i>Princípio da finalidade pública</i>	122
6.2.1.3 <i>Princípio da vedação do retrocesso</i>	123
6.2.2 Garantia do acesso à justiça no processo	124
6.2.2.1 <i>Princípio do devido processo legal</i>	125
6.2.2.1.1 <i>Contraditório e ampla defesa</i>	126
6.2.2.1.2 <i>Dever de cooperação</i>	127
6.2.2.1.3 <i>Boa-fé processual</i>	130
6.2.2.2 <i>Princípio da paridade de armas</i>	131
6.2.2.3 <i>Princípio da duração razoável do processo</i>	132
6.2.3 Garantia do acesso à justiça na decisão judicial	134
6.2.3.1 <i>Princípio da fundamentação das decisões judiciais</i>	135
6.2.3.2 <i>Princípio da primazia da decisão de mérito</i>	137
6.2.3.3 <i>Princípio da publicidade</i>	138
7 CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	143

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro vem sofrendo transformações de paradigma ao longo do último século, especialmente desde a Constituição Federal de 1988, caracterizada por seu arcabouço complexo, mas voltado para a defesa e garantia dos direitos fundamentais. Isto deve-se, notadamente, por ser fruto de um contexto histórico onde se buscou preservar a democracia, direitos e liberdades individuais e coletivos massacrados pela longeva ditadura militar instaurada com o golpe de 1964.

De conseguinte, verificamos também, a mudança de paradigma ocorrida no Código Civil de 1916 com a promulgação e vigência do Código Civil de 2002, cuja marca essencial deveu-se à *despatrimonialização* das relações jurídicas, passando a se importar na *personalização* do Direito privado¹. Tendo em vista o fundamento axiológico da República, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana – O que deve ser fonte e diretriz da atuação do Estado perante os jurisdicionados.

Gradualmente, também se depara com transformações no âmbito Direito Processual Civil, onde também vem ocorrendo alterações na visão de seu paradigma, cujo processo de mudanças passou pelos conceitos da escola da exegese, instituto do *civil law*, alcançando a dogmática jurídica e jurisdicional do *common law*. De forma mais nítida, pode-se perceber, claramente, com a promulgação do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, vigente desde o dia 18 de março de 2016.

Até então marcado pelos dogmas e doutrina do *civil law*, muito embora tenha havido influências do *common law*, o direito brasileiro, como dito, vem passando por transformações conceituais, onde a lei não é mais uma fonte preponderante e única para atribuir efetividade aos direitos e garantias fundamentais, passando o julgador a ter uma voz ativa, na medida em que assume o papel de *dizer o direito* e não apenas reproduzi-lo, numa estrita repetição da norma posta, enterrando definitivamente a ideia de que o Estado-Juiz seria a “boca da lei”.

Diante de tais mudanças, sobretudo, pelo relevante papel que o Poder Judiciário assume na sociedade brasileira, como se comportar tal poder em *dizer o direito*, interpretando-o a partir da norma positivada, mas não se afastando das diretrizes essenciais para a proteção, efetivação e consolidação de direitos e garantias fundamentais?

E tal fato é uma realidade, necessária e democrática, que pode ser verificada com o ativismo judicial, caracterizado por uma postura proativa do Poder Judiciário, interferindo de

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

maneira reiterada e significativa nas condutas e medidas tomadas pelos demais Poderes. Especialmente, pela notória crise de representatividade que paira no Poder Legislativo.

Nesse passo, assume o Poder Judiciário, de forma mais sólida e relevante, como força política, jurídica e decisiva nos rumos do Estado, sobretudo pela aplicação de mandados de otimização, conforme denomina Robert Alexy², ao se referir aos princípios que norteiam o arcabouço jurídico, tutelando direitos e garantias fundamentais.

E quais seriam as diretrizes a serem observadas, sem qualquer caráter impositivo, mas no dever jusnatural, moral e constitucional de promoção para que direitos e garantias fundamentais tenham sua aplicação no *acesso à justiça*?

Vimos, e é oportuno salientar, que importações de institutos jurídicos do sistema *common law* vêm sendo incorporados ao sistema judicial brasileiro, inicialmente no controle de constitucionalidade difuso e abstrato, tendo em vista a abstrativização dos efeitos da decisão – inclusive, havendo doutrina que entende ser dispensável a suspensão da norma pelo Senado Federal, artigo 52, X, CF/88 -, passando agora, em caráter de destaque, para a importância e necessidade de atribuir respeito aos *precedentes judiciais*. Isto sem mencionar inovações, a exemplo do *negócio jurídico processual*, positivado no artigo 190, do Código de Processo Civil³.

Como aplicar ao caso concreto, a exemplo de normas abertas, a efetividade de direitos e garantias fundamentais, proporcionando ao jurisdicionado um processo justo e célere, garantindo o *acesso à justiça*?

De conseguinte, imperioso destacar que a *ratio decidendi* formada com os precedentes judiciais são revestidos de razões que atribuem segurança jurídica, isonomia e coerência da ordem jurídica ao Estado Democrático de Direito. Pois, a partir delas a previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas passam a ser, num plano ideal, conformadores nas relações humanas, além de atribuir maior eficiência ao Poder Judiciário, na medida em que princípios como duração razoável do processo, economia processual, celeridade e segurança, reforçam o *acesso à justiça*, em toda a sua abrangência – formal e material.

Isto porque, o *acesso à justiça* inicia-se preponderantemente à oportunidade de ter sua demanda apreciada, traduz-se no alcance da prestação jurisdicional, ainda que o resultado prático não seja favorável ao interessado, pois o princípio do livre convencimento motivado do

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 3º Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2014. p. 90.

³ Art. 190. 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.

Estado-Juiz, quando da efetiva prestação jurisdicional, é inerente e parte essencial do processo dialético do direito.

Não se objetiva, nesta pesquisa, adentrar nas razões que podem embasar as decisões judiciais no exercício constitucional de *dizer o direito*, atingindo o princípio do livre convencimento motivado do Estado – Juiz. Até porque a fundamentação das decisões são inerentes ao exercício da jurisdição, sendo um dever diante da formação do precedente ou alguma hipótese de modificação. O que se busca evidenciar aqui é a oportunidade para a revisão judicial – *judicial review*, quando requisitos essenciais deveriam ser observados para a promoção do *acesso à justiça*, fixando um arcabouço essencial, mínimo e aplicável ao caso concreto no exercício da jurisdição.

E como seria tal fato observado na formação do precedente? Qual seria a vinculação do julgador quando a *ratio decidendi* for desprovida de conteúdo mínimo diante de determinada garantia fundamental, no caso o *acesso à justiça*?

Nesse passo, as formas de transformação, alteração e superação dos precedentes judiciais – *overruling*, *overriding*, *distinguishing*, *transformation* e técnica de sinalização⁴ –, pressupõem o *acesso à justiça* para tal desiderato. Ou seja, até mesmo para a modificação, *lato sensu*, de um precedente judicial, oportunizar o *acesso à justiça* significa não enrijecer a própria justiça. Sobretudo quando direitos e garantias fundamentais têm como característica fundamental bases jurídicas de conteúdo exemplificativo e sujeitos às transformações sociais.

Desse modo, a aplicação do sistema de *precedentes judiciais* vem se revelando firme no universo jurídico brasileiro, a exemplo dos precedentes de caráter vinculante, bem como, as decisões com efeito *erga omnes* em sede de controle de constitucionalidade pela via difusa (*stare decisis*).

Diante de tal panorama, em que medida o *princípio do acesso à justiça* relaciona-se com o instituto dos *precedentes judiciais*?

À primeira vista poder-se-ia até afirmar que não há uma relação de dependência, o que seria um absurdo, mas a aplicação e formação dos precedentes judiciais não podem estar dissociados das garantias processuais constantes na Carta Fundamental, uma vez que as decisões judiciais desprovidas do ideal de efetividade dos direitos e garantias fundamentais, é, grosso modo, uma teratologia em face do princípio do próprio *acesso à justiça* em sentido *lato*.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Logo, passa a se verificar a necessidade de uma análise *consequencialista* na formação do precedente em relação à garantia constitucional ao *acesso à justiça*, que nada mais é do que uma análise dos direitos de petição, tutela jurisdicional efetiva e cláusula de igual proteção.

Dentro de um contexto em que o direito processual está vinculado inexoravelmente aos ditames constitucionais, o que se denomina de *neoprocessualismo*⁵, os precedentes judiciais não podem, também, escapar de tais premissas, pois ao desvirtuar a decisão do julgador de tais propósitos – defesa de direitos e garantias fundamentais –, estaria subvertendo a ordem jurídica, violando, conseqüentemente, o *acesso à justiça* em todas as suas órbitas, formal e material.

Não por outra razão, ainda pode-se dizer que a formação do precedente judicial dissociado de critérios mínimos para atender o *acesso à justiça*, ensejará repercussões jurídicas, econômicas e sociais, criando regras e condutas *pro futuro*, viola princípios fundamentais, afetando a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, surgindo um novo paradigma *consequencialista* de tal decisão, que já nasce inconstitucional.

Desta forma, o objetivo deste trabalho é estabelecer, a partir de uma análise histórica e principiológica, o conteúdo essencial do *acesso à justiça*, como forma de conferir uma diretriz ao novo paradigma do Código de Processo Civil, baseado nos precedentes judiciais, cooperação entre as partes, paridade de armas, prestando e defendendo direitos e garantias fundamentais, como já lecionado por George Jellinek.

⁵ Wilson Alves de Souza não simpatiza com esta terminologia, pois sempre compreendeu que o processo civil, assim como os demais ramos do direito estão inexoravelmente vinculados e obedientes à Constituição Federal de 1988, não sendo, portanto, algo “novo” – *neo* -, pois eventual separação é inadmitida.

2 BASES NORMATIVAS À EFETIVAÇÃO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA ESFERA INTERNACIONAL E NO DIREITO COMPARADO

A garantia constitucional do *acesso à justiça* encontra amplo rol protetivo em normas internacionais de direitos humanos, o que demonstra sua relevância na preservação de direitos e garantias fundamentais, cuja proteção também ocorre em países que possuem ordenamentos jurídicos em consonância com tais premissas humanistas, a exemplo do Brasil, especificamente no artigo 5º da Constituição vigente e legislação extravagante.

Verifica-se que não é possível tratar de direitos e garantias fundamentais, independentemente do ordenamento jurídico nacional, sem antes observar o “Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos”, e como desdobramento lógico os “Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos” enaltecidos com o término da II Guerra Mundial.

Apenas a título de conhecimento, quando nos referimos aos “Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos”, a doutrina indica como principais arranjos regionais os sistemas africano, europeu e interamericano. Obviamente, por nossa localização geográfica e contexto histórico, trataremos do sistema interamericano.

Numa breve contextualização histórica, em 1945, na cidade de São Francisco – EUA, a Carta das Nações Unidas cria a Organização das Nações Unidas (ONU), cujo documento não consagra direitos, mas define a proteção dos direitos humanos como fundamento da paz e bem-estar no mundo, devendo ser tema prioritário a ser discutido e internacionalizado aos países signatários no plano internacional⁶.

Tal medida, como é de ciência de todos, decorreu da necessidade de evitar que atrocidades ocorridas na Alemanha nazista se repetissem, dentre as milhares, o extermínio de minorias – judeus, gays, negros e etc. –, o que ocorria com o véu de uma suposta legalidade, mas sem observar, dentre os inúmeros aspectos, o devido processo legal, em seu maior significado, sem o direito ao contraditório.

Sob o manto de uma perspectiva legalista à prática genocida, qualquer garantia fundamental, formal ou material, não era observada, tolhendo o direito de *acesso à justiça* e um julgamento justo e imparcial, mesmo diante de uma justificativa imoral e reprovável, considerando o direito de defesa sob o viés protetivo do Direito *jusnatural*.

⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2010, p. 646.

Repise-se. Isto por ter amparo o Estado Nazista em leis nacionais que autorizavam o extermínio de pessoas e experimentos científicos à tal desiderato, sob o falacioso argumento de limpeza étnica. Ou seja, tais condutas tinham o aval do princípio da legalidade.

Oportuna as lições de Ricardo Maurício Freire Soares⁷, ao estabelecer uma crítica ao positivismo jurídico, qualificando-o como limitadas e insatisfatórias no que tange ao plano da validade, legitimidade e justiça, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Malgrado tratar-se de um período triste para a humanidade, não se pode deixar de compreender sua importância histórica na conquista de direitos. Notadamente quando se passa a vislumbrar, dentre as inúmeras questões abordadas, a tutela do *acesso à justiça* sob o prisma de um devido processo legal, oportunidade de contraditório e ampla defesa, cláusula de igual proteção e a defesa e prestação de direitos e garantias inerentes à condição humana, notadamente quando da privação de direitos e liberdades por parte do Estado.

Tais reclames ensejaram a imperiosa necessidade de estabelecer pactos e acordos internacionais que buscassem a proteção de direitos e garantias de forma vinculativa em face dos países signatários, com sanções e medidas judiciais protetivas, com o fito de resguardar a dignidade da pessoa humana e suas premissas fundamentais. O que de fato e juridicamente ocorreram.

2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em verdade, a Declaração se trata de uma Resolução desprovida de caráter vinculante, sendo uma mera recomendação, malgrado a altíssima relevância histórica e principiológica constante em seu bojo.

Tal viés se deu, ao tempo de sua promulgação, ante a falta de destaque e conceituação doutrinária do princípio da dignidade da pessoa humana, muito embora já se colocasse a pessoa humana como um novo referencial de tutela jurídica, exaustivamente debatido no julgamento de Nuremberg.

Atualmente, ainda que a Declaração seja uma Resolução e não um tratado internacional, sua importância e efetividade não é colocada à margem no plano jurídico, pois além de sua

⁷ Em face do problema da fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico, em suas mais diversas manifestações, revela propostas limitadas e insatisfatórias. Isso porque a identificação entre o direito positivo e direito justo e a excessiva formalização da validade normativa não propiciam uma compreensão mais adequada das íntimas relações entre direito, legitimidade e justiça. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 50.

internalização no Direito de muitos Estados, doutrina e jurisprudência já defendiam o caráter vinculante de suas disposições normativas⁸.

No cerne desta pesquisa, já se pode verificar o princípio do *acesso à justiça* como uma garantia à dignidade da pessoa humana, enaltecendo o dever do Estado em promover tal axioma, em plena eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, peço vênua para a transcrição dos artigos VIII e X da Declaração Universal de Direitos Humanos, os quais dispõem:

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

E ainda:

Artigo X – Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Como se vê, oportunizar a entrada de reivindicações perante o Poder Judiciário é uma forma de controle do Estado pelo próprio Estado, uma garantia de que os direitos devem ser tutelados e promovidos sob a cláusula de igual proteção.

Já se observa contornos acerca do *acesso à justiça*, elementos para sua efetividade como (i) receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais; (ii) justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial; e (iii) Pronunciamento acerca de seus direitos e deveres - Publicidade.

Posteriormente à proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros pactos internacionais visaram atender os direitos da pessoa humana no plano internacional, mas a unificação normativa não foi possível em razão do contexto geopolítico da Guerra Fria.

Diante da falta de consenso em torno de um só instrumento jurídico internacional de tutela dos direitos humanos, houve a celebração de 02 (dois) tratados distintos. O primeiro, ***Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*** (1966) ligado ao ideário defendido pelos países neoliberais do bloco capitalista e, o segundo, ***Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*** (1966), conectado à filosofia dos países socialistas. Ei-los.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

2.2 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966)

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, instrumento que tutela os direitos tipicamente de 1ª geração, tem como objetivo principal estabelecer preceitos juridicamente vinculativos, visando a plena efetividade dos direitos constantes na Resolução que promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Chama a atenção o artigo 14 do referido Pacto⁹, pois no mencionado dispositivo, o *acesso à justiça* é mais uma vez colocado em evidência, como forma de garantir ao indivíduo a defesa e prestação de seus direitos por intermédio do próprio Estado, a exemplo do *(i)* direito de ser ouvida publicamente por um tribunal imparcial; e *(ii)* o devido processo legal, sem dilações indevidas, com contraditório, ampla defesa e oportunidade de produção de provas.

Evidencia-se no texto legal referenciado alhures a preocupação da sociedade internacional em oportunizar o indivíduo garantias como o contraditório e ampla defesa, o devido processo legal e sua duração razoável, como consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a evitar arbitrariedades por parte do próprio Estado, desde a elaboração de suas normas à sua aplicação ao caso concreto.

No referido dispositivo, também depreende-se a característica de cláusula aberta dos direitos fundamentais no curso do processo, estabelecendo, *permissa venia*, quanto à denominação aqui conferida, num *mínimo essencial processual*, sem o qual ou a ausência de aplicação das premissas já invalida, *iure et de iure*, os atos praticados no processo.

⁹ 1. **Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.** A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. *omissis*. **3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos,** as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e ao interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. *Omissis*.

Percebe-se que a conquista de direitos ao longo do processo histórico, consubstanciado na celebração de acordos e tratados no plano internacional vem ratificando e ampliando garantias fundamentais, conferindo ao indivíduo *premissas mínimas* a fim de evitar arbítrios estatais.

Nesta cronologia da afirmação (positivação) dos direitos, o bloco do continente americano firmou a Convenção Americana de Direitos Humanos, visando tutelar tais direitos em âmbito regional, transformando o tratado num marco histórico, seguindo a linha adotada na Europa em 1950.

2.3 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (1969)

Também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, este tratado internacional representa um marco histórico, no continente americano, na tutela dos direitos humanos.

De forma taxativa, o Pacto de San José prevê em seu artigo 25¹⁰ a “Proteção Judicial” como uma garantia a toda pessoa humana, enaltecendo o direito de petição e uma tutela jurisdicional efetiva em favor dos direitos e garantias fundamentais, posteriormente enaltecido e previsto no ordenamento jurídico interno a partir da Constituição Federal de 1988.

Resta evidente que antes de uma tutela jurisdicional efetiva, oportunizar o *acesso à justiça* revela-se premissa basilar do indivíduo quando se busca o aparato estatal para proteger seus direitos.

Um Estado com Poderes autônomos e independentes entre si permite o equilíbrio da balança do sistema de freios e contrapesos, na medida que os poderes instituídos desempenham suas funções típicas conforme as leis, sobretudo quando se tratar de direitos humanos.

Nesse passo, a Convenção Americana de Direitos Humanos também criou mecanismos de proteção para efetiva tutela dos direitos por ela consagrados, o que enseja segurança jurídica e precípuo *acesso à justiça* quando o Estado signatário se revela moroso ou negligente com a aplicação e proteção desses direitos. O que veremos adiante.

¹⁰ 1. **Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo**, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, **mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais**. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. **a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso**; b. **a desenvolver as possibilidades de recurso judicial**; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

2.3.1 Mecanismos de Proteção do Sistema Interamericano

Estabelecer direitos e garantias na órbita internacional nunca será o suficiente se não acompanhado de mecanismos de tutela efetiva de tais direitos. Esta é uma lição importante, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, quando seu arcabouço normativo, além de ser desprovido de caráter vinculante, não estabelecia procedimentos e órgãos capazes de aplicação concreta dos direitos humanos.

Neste ponto específico, valendo-se do conceito de norma como coerção a partir da análise da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen¹¹, a criação de normas no plano internacional se equivaleria a *flatus vocis*, se o Estado participante não sofrer sanções diante de violações aos direitos humanos. Isso consequentemente ensejaria numa desconfiança, insegurança e descrédito dos tratados internacionais, além de não se efetivar os direitos humanos, seja nos planos internacional ou nacional.

Deste modo, o sistema interamericano é composto de órgãos temáticos para a proteção de direitos humanos, tais como a Comissão Interamericana de Mulheres, Comissão de Discriminação de Pessoas Portadoras de Deficiência, dentre outros. No entanto, destacam-se 02 (dois) órgãos essenciais com o objetivo de conferir guarida aos direitos humanos no continente americano, quais sejam: (i) Comissão Interamericana de Direitos Humanos e (ii) Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos constituído na forma do artigo 33, Capítulo VI, da Parte II, do Pacto de San José¹².

As disposições dos artigos 33 a 69 tratam dos procedimentos para o *acesso à justiça* perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, seus requisitos de admissibilidade e o processo e julgamento da demanda perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como será verificado a seguir, ainda que em apertada síntese, uma vez que não é objeto deste trabalho delinear e esgotar as funções, composições e procedimentos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o respeito, requisitos e oportunidade para com o indivíduo e a sociedade organizada em pleitear fora dos limites do território nacional de algum Estado signatário, a defesa de direitos e garantias previsto no tratado internacional.

Isto reflete a importância do *acesso à justiça* na defesa dos direitos humanos, relativizando, de conseguinte, a própria soberania dos Estados partes, na medida em que coloca

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

¹² Art. 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

a *tutela jurisdicional* em esfera supranacional, haja vista a deficiência interna de um Estado parte, de obter estruturas mínimas à efetividade das normas que garantam tais direitos.

2.3.1.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington D. C. – EUA, é órgão pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA), dedicado à proteção de direitos humanos no continente americano.

Conforme o artigo 41, do Pacto de San José, são as funções da Comissão: *(i)* formular recomendações aos Estados membros para a defesa de direitos humanos em território nacional; *(ii)* solicitar dos Estados informações e medidas que adotarem para proteção dos direitos humanos; *(iii)* elaboração de estudos e relatórios sobre a matéria; *(iv)* atender às consultas formuladas pelos Estados membros, bem como, prestar assessoria sobre a defesa dos direitos humanos; *(vi)* apresentar relatório anual de suas atividades à Assembleia Geral da OEA; e, o que interessa ao presente trabalho: *(vii)* atuar com respeito às petições e comunicações que é competente para examinar acerca de eventuais violações de direitos humanos.

Imperioso chamar a atenção que oportunizar o *acesso à justiça*, como se vê no presente caso, transcende à própria soberania de um Estado democrático de direito. E isto foi elevada à sua condição plena quando o Pacto de San José previu a possibilidade de qualquer pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade organizada, devidamente reconhecida, de pleitear a tutela supranacional ante eventuais violações de direitos humanos, consoante dispõe o artigo 44¹³ do tratado.

Isto evidencia a relevância do *acesso à justiça*, uma vez que proporciona à todo e qualquer indivíduo ser ouvido, ainda que não tenha razão ou não tenha alcançado os critérios formais de admissibilidade, colocando em destaque a possibilidade de relativização da soberania nacional ante a perspectiva de defesa dos direitos humanos.

Trata-se de uma via judiciária que eleva os direitos humanos a um patamar supranacional, repise-se, proporcionando uma possibilidade de justiça – formal ou material –, ante a não observância da teoria dos quatro status de *Jellinek*, quando o Estado não protege e/ou

¹³ Artigo 44 - **Qualquer pessoa ou grupo de pessoas**, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

promove guarida às garantias processuais (também desdobramento lógico dos direitos humanos e fundamentais).

Assim, é premissa básica oportunizar o *acesso à justiça*, aproveitando o ensejo para, desde já, rechaçar eventual entendimento de que os requisitos formais de admissibilidade exigidos pela Convenção e analisados pela Comissão de Interamericana não constituem uma barreira obstativa ao direito de petição.

Justifica o parágrafo anterior ao fato da Comissão Interamericana desempenhar um papel preliminar no mecanismo de proteção dos direitos humanos nas Américas, realizando uma espécie de triagem formal para conhecimento do pleito, antes mesmo de analisar eventual julgamento do mérito. Trata-se de juízo de admissibilidade, cujos requisitos formais exigidos têm o condão de não transformar a exceção em regra, de modo ainda a preservar a soberania nacional. De todo modo, essencial.

Ainda que se trate de caráter preliminar, o Pacto de San José elenca o princípio do *devido processo legal*, em sua dimensão da *duração razoável do processo*, um requisito a ser observado, não só no juízo de admissibilidade¹⁴ do requerimento direcionado ao órgão internacional, mas também no plano judiciário do Estado de origem do peticionante, o que enaltece, mais uma vez, o *acesso à justiça* em suas mais variadas dimensões ou *ondas*, neste último caso, trazendo o conceito utilizado por Mauro Cappelletti, como será visto adiante.

2.3.1.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Superada as formalidades do juízo de admissibilidade do direito de petição no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso será submetido ao processo e julgamento perante à Corte Americana de Direitos Humanos.

Com sede na cidade de San José - Costa Rica, a Corte Interamericana tem competência consultiva e contenciosa, produzindo, em qualquer caso, precedente a ser aplicado em casos futuros – Observe que intuito do *common law*, são dogmas inerentes à tutela dos direitos humanos no plano internacional.

¹⁴ Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: *omissis* **2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:** a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) **houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.**

Na esfera consultiva da Corte, os Estados membros, que reconhecem a competência do órgão jurisdicional, podem formular consultas relativas à interpretação das normas do sistema interamericano, além de emitir pareceres no que concerne à compatibilidade entre as normas da Convenção Americana e as leis internas. É o que a doutrina denomina de “controle de convencionalidade das leis”¹⁵.

Evidente, portanto, que o *acesso à justiça* perante o Tribunal Internacional também abrange os Estados signatários do Pacto de San José, sempre na promoção e aplicação de normas de direitos humanos, nesta conduta, evidenciado os direitos de prestação e defesa das garantias fundamentais, sob a ótica da teoria *jellinekiana*.

De conseguinte, se pode também perceber que na competência contenciosa da Corte Interamericana, a sentença de mérito em face do Estado parte, deve ser executada diretamente, cuja decisão é revestida de plena exequibilidade.

Isto deve-se ao fato da Corte Interamericana ser um Tribunal Internacional, não havendo que falar em sentença estrangeira, o que ensejaria à necessidade de homologação pelo Poder Judiciário interno, conforme preceitua o artigo 105, inciso I, alínea i, da Constituição Federal. Uma exigência que inviabilizaria a razão de ser.

Ou seja, levantar discussões acerca de eventual necessidade de homologação de tal decisão oriunda de uma corte internacional no plano interno do Estado violador de direitos humanos, seria um contrassenso e exigência de formalidade que desvirtuaria a garantia do *acesso à justiça*. Indiscutivelmente, abriria espaço para descumprimentos das decisões e enfraquecimento, social e jurídico, da própria jurisdição internacional.

Nesse passo, percebe-se que o *acesso à justiça* é o pontapé inicial e essencial para uma tutela jurisdicional a fim de conferir efetividade aos direitos humanos e direitos e garantias fundamentais, nos planos internacional e interno, respectivamente.

Nesse condão, questão importante refere-se investigar o conteúdo normativo e principiológico que o compõe, de modo a conferir maior efetividade e, conseqüentemente, dignidade aos jurisdicionados.

Inquestionavelmente trata-se de proteção primeira e fundamental num arcabouço jurídico, democrático e constitucional, que não admite a autotutela, sendo a *ultima ratio*, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 98/118.

2.3.2 A tutela do acesso à justiça na Convenção Interamericana e a pouca eficiência do Poder Judiciário brasileiro

Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que o *acesso à justiça* no plano internacional, em especial no que tange ao sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos, proporcionou a erradicação de injustiças e violações de direitos processuais consagrados e decorrentes do princípio do *acesso à justiça*. Ainda que em casos pontuais.

Nesse sentido, restringindo-se ao *acesso à justiça*, o devido processo legal e sua duração razoável, salta aos olhos a deficiência do aparato estatal do judiciário brasileiro em tutelar tais garantias, haja vista a morosidade dos processos judiciais e administrativos, bem como a ausência de uma justa e eficiente solução de conflitos de modo geral. Não se engloba aqui os Estados que possuem melhor estrutura judiciária, com materiais humano e estrutura física que proporcione o pleno exercício da judicatura e jurisdição, conferindo eficiência à prestação do serviço público, não é o caso. Mas não se pode olvidar a grave crise que o país enfrenta.

Apenas a título de esclarecimento, justamente por não se tratar de objeto deste trabalho, muito embora relevante para demonstrar a pouca eficiência do Poder Judiciário brasileiro, oportuno trazer à baila os números do ano de 2015, em relatório proferido pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁶, no qual se constatou que: (i) O Brasil encontra-se em 4º lugar no ranking de países com maior população prisional do mundo, com 711.463 pessoas presas para alocação em 357.219 em número de vagas; e (ii) Analisando o período de 2009 a 2014 dos casos novos e finalizados perante o Poder Judiciário, ainda e depara com um déficit diante de ampliação do acervo em 20% (vinte por cento)¹⁷. Um barril de pólvora que explodiu e explode com a ocorrência de inúmeras rebeliões.

Não é raro deparar-se com questões judiciais que estão eternizadas no tempo, vagando pela máquina pública sem observância do princípio da eficiência do serviço público, fato que ainda é mais danoso quando se trata de questões penais, onde a justiça não está condizente com a duração razoável do processo.

¹⁶ Relatório Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

¹⁷ Sob o olhar mais amplo da produtividade, é importante observar no tempo a variação dos principais indicadores do Poder Judiciário. Analisando o período de 2009 a 2014, é importante pontuar que houve aumento de 17,2% de casos novos. De outro lado, na porta de saída, houve 12,5% de incremento de processos baixados. Não obstante tenha havido aumento progressivo do Índice de Produtividade de Magistrados - IPM na série (+6,9%)¹, a diferença do aumento de casos novos e dos baixados impactou a ampliação do acervo em 20%, pois o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), considerando-se os resultados consolidados do Judiciário, continua insuficiente para combater a entrada de casos novos (98,7%). In: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>, p. 483.

Nesse passo, conferir no plano internacional o *acesso à justiça* é implementar a garantia fundamental à prestação jurisdicional, o que já foi verificado em alguns casos perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

São exemplos os casos Maria da Penha Maia Fernandes e Ximenes Lopes, nos quais o Estado brasileiro sofreu sanções em razão da não observância de defesa dos direitos humanos, sobretudo, em face da precariedade do *acesso à justiça*, decorrente da morosidade de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e célere.

2.3.2.1 Caso Maria da Penha Maia Fernandes

Emblemático caso, o qual originou a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Maria da Penha Maia Fernandes, no ano de 1983, sofreu dupla tentativa de homicídio por parte do seu então marido, o colombiano naturalizado brasileiro, Marco Antônio Heredia Viveiros. A primeira tentativa de homicídio ocorreu quando foi atingida com tiro nas costas enquanto a mesma dormia, o que lhe ocasionou paraplegia irreversível, e a segunda, ainda no mesmo ano quando o marido tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho.

Decorridos mais de 15 (quinze) anos, mesmo com sentença condenatória pelo Tribunal do Júri, não havia nenhuma decisão definitiva no processo, ao passo que o agressor e ex-marido, permanecia respondendo o processo, em grau de recurso, em liberdade.

Tal morosidade ensejou no requerimento formulado por Maria da Penha, sendo admitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 2001, o Estado brasileiro foi condenado por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica, devendo atender às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de reparar materialmente a vítima¹⁸.

Dentre as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para o propósito deste estudo, destaca-se:

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. **A Comissão recomenda particularmente o seguinte:**

¹⁸ Caso nº 12.051 de 04 de abril de 2001, Relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. In: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Nesse passo, adveio a Lei Maria da Penha, conferindo tutela especializada aos casos de violência doméstica, sob ritos e procedimentos próprios, o que confere, juntamente com estruturas policiais específicas, o *acesso à justiça* em suas esferas formal e material, ponto de partida basilar para uma tutela jurisdicional efetiva, razoável e acessível.

2.3.2.2 *Caso Ximenes Lopes*

Outro caso de grande repercussão no Brasil foi de Ximenes Lopes, jovem de 30 (trinta) anos, portador de deficiência neurológica que comprometia o funcionamento de seu cérebro.

Admitido pelo Sistema Único De Saúde (SUS), Ximenes foi internado na Casa de Repouso Guararapes no Município de Sobral – CE, no dia 01 de outubro de 1999. Recolhido para tratamento, ao ingressar no estabelecimento, encontrava-se em perfeitas condições físicas, dentro de suas limitações, e no período de 03 (três) dias, o enfermo foi vítima de agressões físicas e psicológicas, maus-tratos, vindo à óbito no dia 04 de outubro de 1999.

A genitora e outros familiares de Ximenes Lopes, diante da completa ausência de efetividade das investigações contra os responsáveis, teve sua demanda admitida perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, posteriormente sentenciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde se verificou relevantes fundamentos jurídicos no *decisum* acerca da inexistência de garantias processuais fundamentais no presente caso.

Nota de destaque, pede-se vênia para a transcrição, traduzida para a língua portuguesa, do fundamento central do voto proferido pelo jurista brasileiro¹⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade, naquela ocasião juiz da Corte Interamericana:

III - O Direito de Acesso à Justiça Lato Sensu na indivisibilidade entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana.

omissis

19. Em seguida, eu tomo a liberdade de voltar aqui um dos temas centrais discutidos pelo Tribunal no presente Sentença no caso *Ximenes Lopes* (e tratados em sua jurisprudência constante, e numerosos Votos tenho emitido em casos contenciosos submetidos à este Tribunal), ou seja, o do acesso à justiça lato sensu, consustanciado na indivisibilidade - afirmam que durante anos no Tribunal - entre os artigos 25 e 8 da Convenção americana. A este respeito, a recente e extenso Voto Separado no caso de *Bello Massacre* contra a Colômbia Pueblo (Acórdão 31.01.2006), dirigi, uma sequência lógica, o amplo alcance do dever geral de garantir (artigo 1.1 da Convenção Americana) e erga omnes obrigações de protecção (parágrafos. 2-13), a gênese, ontologia e hermenêutica dos artigos 25 e 8 da Convenção americana (pars. 14-21), a irrelevância das dificuldades lei alegando internos (pars 22-23), o direito a um recurso efectivo na jurisprudência do Tribunal de Justiça (pars 24-27) ..; **imediatamente, examinei a indivisibilidade de acesso à justiça (direito a um recurso efectivo) e garantias do devido processo (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) (pars. 28-34), e concluiu que a indivisibilidade consagrado no a jurisprudência constante do Tribunal para o presente (pars. 35-43), constitui um "patrimônio jurídico do sistema Interamericano e os povos de nossa região"**, por isso que estou forte oposição a qualquer tentativa de desconstruir "(par. 33).

Como se vê, é límpida a importância que se atribui à Corte Internacional de Justiça aos princípios da protecção judicial e garantias judiciais – indicando tratar-se de um *patrimônio jurídico do sistema interamericano* – consubstanciado nos artigos 8º e 25º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, enaltecendo a garantia do devido processo legal e o *acesso à justiça*, materializado no *direito de um recurso efetivo*, o que é, antes de mais nada, uma garantia formal em sua essência.

¹⁹ **III - El Derecho de Acceso a la Justicia Lato Sensu en la Indisociabilidad entre los Artículos 25 y 8 de la Convención Americana.** 19. A continuación, me tomo la libertad de retomar aquí una de las cuestiones centrales examinadas por la Corte en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes* (y tratada en su *jurisprudence constante*, y en numerosos Votos que he emitido en casos contenciosos sometidos al conocimiento de este Tribunal), es decir, la del acceso a la justicia *lato sensu*, consustanciado en la indisociabilidad - que hace años afirmo en el seno de esta Corte – entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana. Al respecto, en su reciente y extenso Voto Separado en el caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006), abordé, siguiendo una secuencia lógica, el amplio alcance del deber general de garantía (artículo 1.1 de la Convención Americana) y las obligaciones *erga omnes* de protección (pars. 2-13), el génesis, la ontología y la hermenéutica de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (pars. 14-21), la irrelevancia de alegar dificultades de derecho interno (pars. 22-23), el derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana (pars. 24-27); **imediatamente, examiné la indisociabilidad entre el acceso a la justicia (derecho a un recurso efectivo) y las garantías del debido proceso legal (artículos 25 y 8 de la Convención Americana) (pars. 28-34), y concluí que dicha indisociabilidad consagrada en la jurisprudencia constante de la Corte hasta el presente (pars. 35-43), constituye "un patrimonio jurídico del sistema interamericano de protección y de los pueblos de nuestra región"**, razón por la cual me opongo firmemente a cualquier tentativa de desconstruirlo" (par. 33).

Conclui-se, portanto, que a tutela jurisdicional efetiva trata-se apenas de uma utopia se não houver direitos e garantias processuais que proporcionem o alcance do direito material em si. E isto passa desde à execução de políticas públicas, que efetive e proteja os direitos humanos, até a implementação do *direito a um recurso efetivo* e um processo judicial devido e justo.

É o que Francesco Carnelutti denomina de *teoria circular entre o direito material e o processo*²⁰, haja vista a relação de interdependência entre o processo e a efetivação de um direito material.

2.4 O ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO

Corolário lógico, não é demais trazer à baila a garantia do *acesso à justiça* no ordenamento jurídico de alguns Estados estrangeiros, demonstrando, de conseguinte, o alinhamento da doutrina e legislação estrangeira com premissas fundamentais básicas, típicas de Estados Democráticos de Direito, que têm como regra o cumprimento e observância de normas constitucionalmente previstas.

Nesse passo, as garantias processuais se desdobram desde o direito de petição ou ação até o direito à prestação jurisdicional efetiva, não olvidando as garantias processuais que legitimam o devido processo legal como o contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, paridade de armas e direito a um recurso efetivo.

Ao abordar tal tópico, percebe-se a preocupação de alguns países em prestar guarida aos direitos e garantias fundamentais, como desdobramento dos direitos humanos, mas no plano interno, cujos ordenamentos, mais cedo ou mais tarde, já demonstram influências ou aquiescência perante normas de tratados internacionais que colocam tais bens jurídicos em patamar supranacional.

No caso, diante das relações de cooperação judiciária existentes, selecionamos os ordenamentos jurídicos dos seguintes países: Estados Unidos da América²¹, Portugal²², Espanha²³ e Argentina²⁴.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Profilo dei rapporti tra diritto e processo**. Rivista di Diritto Processuale. 1960, v. 35, n. 4, p. 539/550.

²¹ Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001 – Acordo de Assistência Judiciária em matéria penal.

²² Acordo relativo ao cumprimento de cartas rogatórias – Troca de Notas em 23 e 29 de agosto de 1895.

²³ Decreto nº 166, de 03 de julho de 1991 - Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil.

²⁴ Decreto nº 1.560, de 18 de julho de 1995 – Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

2.4.1 Estados Unidos da América (1789)

A Constituição dos Estados Unidos é, sem dúvida, uma referência normativa no contexto mundial, não só pelo fato de ser um documento antigo e ainda vigente, mas por ter um arcabouço enxuto, composta apenas de 07 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) emendas, as quais ocorreram ao longo de mais de 02 (dois) séculos de vigência.

A Carta Magna norte americana prescreve uma tutela jurídica aos direitos e garantias individuais, cujo viés deve-se ao contexto histórico vivido naquele momento, marcado pelo liberalismo econômico de *Adam Smith* e o processo de transformação da Revolução Industrial do século XVIII.

Estando a *Revolução das Máquinas* (assim também conhecida Revolução Industrial) no cerne das transformações sociais da época, a conquista de direitos passou a ser uma luta constante na relação dicotômica entre as forças do capital e do trabalho. Não por outra razão, uma Constituição garantista se fazia necessária, ainda que dentro de um contexto em que direitos e garantias passassem necessariamente pela atuação judicante.

Nesse passo, a proteção do Estado em favor das garantias e direitos fundamentais foi verificada no texto constitucional, em ordem cronológica, nas Emendas VI²⁵ e XIV²⁶, inicialmente conferindo garantias processuais na esfera penal e, após, garantias processuais no intuito de proteger os jurisdicionados quando da atuação estatal, vetando a criação e execução de leis que restringissem privilégios ou imunidades dos cidadãos americanos, respectivamente. Destarte, por oportuno, a Emenda VI prevê que:

[...] todos os processos criminais, o **acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido**, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; **de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.**

²⁵ No original: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence. In www.supremecourt.gov.*

²⁶ No original: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. In www.supremecourt.gov.*

Corroborando com a tutela dos direitos fundamentais, também oportuno a transcrição, dispõe a Emenda XIV que:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.**

Depreende-se dos textos ora citados que as garantias processuais inseridas no *Bill of Rights* estão condizentes com os princípios do devido processo legal em suas órbitas das garantias do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo, bem como a cláusula de igual proteção. Note que tais premissas vêm sendo ratificadas num contexto global de defesa de direitos humanos.

2.4.2 Portugal (1976)

Quanto à Constituição portuguesa aprovada pela Assembleia Constituinte, em 02 de abril de 1976, esta também traz em seu arcabouço normativo preocupação com a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Historicamente, a Carta Fundamental lusitana é fruto de um processo de rompimento com o regime fascista, oriunda por meio da Revolução de 25 de abril de 1974, a qual libertou Portugal de uma ditadura que durou 42 (quarenta e dois) anos, sob os Governos de Antônio de Oliveira Salazar e Marcelo Caetano.

Logicamente, o término de um regime autoritário faz ressurgir a necessidade de efetivar direitos e garantias fundamentais até então colocados à margem do ordenamento jurídico ou existentes apenas formalmente, passando a estabelecer um novo tempo de promoções e defesas dos bens jurídicos que garantem a dignidade da pessoa humana. Assim como ocorreu com a Constituição brasileira vigente.

Não por outras razões, atento aos limites propostos deste trabalho, depreende-se dos artigos 20^{o27}, 23^o e 32^o a proteção de direitos e garantias fundamentais que fortalece o *acesso à*

²⁷ **Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva.** 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades

justiça, na medida em que se verifica *(i)* o acesso à uma prestação jurisdicional efetiva; *(ii)* o direito de petição para combater e prevenir injustiças, o que ressalta a disposição de um recurso efetivo para tutela de direitos, e; *(iii)* o devido processo legal, o direito de ser ouvido e adequação entre o direito de defesa e celeridade na prestação jurisdicional, respectivamente.

Observe que temas relevantes são tratados diretamente na Constituição lusitana como acesso aos tribunais, a assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes, o direito de petição e razoável duração do processo na defesa contra ameaças e violações de direitos.

E mais. No artigo 23^{o28} do Texto Fundamental português, se prevê o direito a um *recurso efetivo* instituindo a figura do *Provedor de Justiça*, cujo órgão é responsável para examinar queixas individuais referente à atuação do Estado, intermediando e equalizando a relação hierárquica entre a Administração e os administrados.

Ou seja, a preocupação com a defesa de direitos e garantias relacionados ao *acesso à justiça* é percebido com a previsão normativa constitucional, o que confere maior relevância e hierarquia normativa, de proporcionar ao indivíduo o poder-dever de conter eventuais arbitrariedades praticadas pelo Estado, por ação ou omissão.

Ainda nesse diapasão, o artigo 32^{o29} da referida Constituição preserva a mesma linha de defesa e promoções de imunidades e privilégios em favor do indivíduo, percebendo-se uma sincronia ainda que diante de diferentes bens jurídicos tutelados.

e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

²⁸ **Artigo 23.º - Provedor de Justiça.** 1. Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças. 2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis. 3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar. 4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.

²⁹ **Artigo 32.º - Garantias de processo criminal.** 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. 4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. 6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento. 7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. 10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Evidente, portanto, a adequação do Ordenamento Jurídico português às normas de proteção aos direitos humanos na esfera internacional no que tange às garantias processuais.

2.4.3 Espanha (1978)

A Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, fora promulgada após a morte de Francisco Franco (1975), enfraquecendo o regime ditatorial fascista que iniciou com a Guerra Civil espanhola em 1939.

Influenciada pela queda do regime fascista de Salazar em Portugal, a Espanha deu início ao processo de redemocratização do país, trazendo à tona uma Carta Política carregada de direitos e garantias fundamentais, algo imperioso após mais de 03 (três) décadas de autoritarismo.

Nesse passo, oportuno destacar a proteção do *acesso à justiça*, consubstanciada nos artigos 24³⁰ e 53 da Constituição espanhola, também enaltecendo os princípios do devido processo legal e duração razoável do processo e o direito de petição, quando dispõem que:

[...]toda pessoa tem o direito de obter uma protecção eficaz dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em qualquer caso, possa ocorrer desamparo; que todos têm direito a usar como padrão por lei, o juiz ordinário de defesa e da assistência de um advogado, **de ser informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem atrasos indevidos e com todas as garantias, para usar provas relevantes para a sua defesa**, não se incriminar a si mesmos, não para confessar culpa e da presunção de inocência; e que a lei regula os casos em que, por causa da relação familiar ou segredo profissional, não deve ser obrigado a testemunhar sobre infracções alegadamente criminosas.

Quanto ao direito de petição³¹, confere à:

[...] qualquer cidadão pode solicitar a proteção das liberdades e dos direitos reconhecidos no artigo 14 e da primeira seção do segundo capítulo para os tribunais comuns por um **procedimento baseado nos princípios da preferência e brevidade direitos e, se for caso disso, através do uso amparo perante o Tribunal**

³⁰ Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

³¹ Artículo 53. 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Constitucional. Este último procedimiento é aplicável à objecção de consciência, tal como reconhecido no artigo 30.

Note que o artigo 53, o qual disserta sobre o direito de petição, faz referência à tutela dos direitos consagrados no artigo 14 e primeira seção do segundo capítulo, cujo tópico trata dos “*Derechos e libertades*” e “*Derechos fundamentales e libertades públicas*”. Evidente, portanto, a concreção de meios para conferir efetividade aos direitos fundamentais, proteger os indivíduos de eventuais arbítrios estatal, promovendo garantias processuais mínimas e corolário da dignidade da pessoa humana.

2.4.4 Argentina (1853)

A Constituição da Argentina, de 01 de maio de 1853, é composta por um preâmbulo e duas partes: a primeira, referente às “Declaraciones, Derechos e Garantias” e a segunda, que trata das “Autoridades da Nação”.

Alterada 07 (sete) vezes, de pronto, nos interessa a primeira parte, especificamente no que tange à inteligência dos artigos 14³² e 43³³, os quais preveem o direito de petição perante qualquer autoridade estatal, bem como o poder de instaurar uma ação de amparo rápido, desde que não haja outros meios legais mais adequados contra qualquer ato ou omissão de autoridades públicas ou indivíduos que possam danificar, restringir, modificar ou ameaçar, arbitrária ou ilegalmente estados, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, tratado ou lei.

³² *Todos los habitantes de la Nacion gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria licita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines utiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

³³ *Toda persona puede interponer accion expedita y rapida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idoneo, contra todo acto u omision de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantias reconocidos por esta Constitucion, un tratado o una ley. En el caso, el juez podra declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omision lesiva. Podran interponer esta accion contra cualquier forma de discriminacion y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, asi como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organizacion. Toda persona podra interponer esta accion para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros em bancos de datos publicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminacion, para exigir la supresion, rectificacion, confidencialidad o actualizacion de aquellos. No podra afectarse el secreto de las fuentes de informacion periodistica. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad fisica, o, en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detencion, o en el de desaparicion forzada de personas, la accion de habeas corpus podra ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolvera de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.*

No mesmo sentido, qualquer pessoa pode apresentar ação para tomar conhecimento dos dados sobre si mesmo e sua finalidade – a exemplo do *habeas data* no direito brasileiro -, constantes de registros ou bancos de dados públicos ou privado, destinado a fornecer informações, além de proteção de direito violado, comprometido ou ameaçado. Quando também da detenção ou de desaparecimento forçado de pessoas, a ação de *habeas corpus* será interposto pela parte afetada ou por qualquer pessoa em sua favor, devendo o juiz resolver imediatamente.

Evidente, por sua vez, a congruência do ordenamento jurídico argentino com os tratados internacionais de direitos humanos, conferindo ao indivíduo, no âmbito interno, garantias processuais para a efetivação do *acesso à justiça*.

Vale destacar aqui, as premissas básicas para a mínima efetividade, quais sejam: o direito de petição e um recurso efetivo para combater ameaças ou violações de garantias fundamentais, o devido processo legal em sua ampla dimensão e a cláusula de igual proteção. Observe que estas premissas estão sempre, em maior ou menor grau, previstos nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito, os quais têm em sua Constituição a diretriz para a vida em sociedade.

3 ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Indiscutivelmente, o princípio do *acesso à justiça* no direito brasileiro, assim como suas Cartas Políticas, decorreu de um profundo processo de transformações históricas, políticas, econômicas e sociais, que vai desde a Constituição Política do Império do *Brazil*, de 25 de março de 1824 à Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

Mas, desde o “*achamento*” do Brasil pelos portugueses ao final da última década do século XV, como o Estado passou a disciplinar suas relações jurídicas? Como organizou o Estado e suas instituições políticas da época?

Há quem diga que a primeira constituição do Brasil se deu no Brasil colônia, com o documento político conhecido como Regimento do Governador-Geral, trazido pelo primeiro Governador-Geral do Brasil Tomé de Souza. Tal fato se dá ao conteúdo do referido documento, o qual teve o objetivo de organizar a estrutura do Brasil colônia e estabelecer suas instituições políticas e administrativas³⁴. No entanto, o referido texto não trouxe outros elementos normativos ou carta de direitos fundamentais, além da previsão de organização administrativa do Estado.

Eis então a extensão das ordenações jurídicas lusitanas para o país em colonização, cujo período de aproximadamente 03 (três) séculos, houve a vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, respectivamente, o que passamos a expor em apertada síntese³⁵.

Também conhecido como Código Afonsino, as ordenações Afonsinas vigoraram de 1500 a 1513, cujo texto normativo foi estendido para o Brasil enquanto do processo de sua colonização pelo reino de Portugal.

Influenciados pelo direito canônico e romano, as ordenações Afonsinas era dividido em 05 (cinco) livros, onde o Livro I tratava dos cargos da Administração e da Justiça; Livro II das relações entre o Estado e Igreja; Livro III do processo civil; Livro IV do direito civil e Livro V do direito penal³⁶.

Ao que interessa ao presente estudo, o Livro I estruturava a justiça, composta por juízes, também conhecidos como *ouvidores*, os quais tinham a função de tomar conhecimento de todos os crimes e encaminhar à Corte para julgamento. Além disso, o Livro III estabelecia as regras processuais, no qual se destacava o direito de estar em juízo, a produção de prova e direito a recurso, malgrado a centralização do Poder nas mãos da realeza, a qual detinha o veredito final.

³⁴ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2015, p. 411.

³⁵ CARRILHO, Carlos Alberto. **Memória da justiça brasileira**. Salvador. Tribunal de Justiça. 1997.

³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2011, p. 305-325.

Evidente que no Brasil colônia, o quanto disposto no Código Afonsino em quase sua totalidade não havia aplicabilidade, bem como a existência de lacunas, não por outra razão ao fato do país estar sendo tomado, sua população catequisada e em processo de estruturação estatal.

De conseguinte adveio as ordenações Manuelinas, vigente entre 1514 a 1604, cujo texto normativo pouco foi alterado, subsistindo quase a integralidade das ordenações Afonsinas, diferenciando-as quanto a intenção do rei Manuel I de adequá-la ao enorme crescimento do Império Português na *era dos descobrimentos*.

Por derradeiro, as ordenações Filipinas se deram pela necessidade de codificação de inúmeras leis esparsas editadas entre 1521 a 1600, vigorando no Brasil a partir de 1603 a 1916 (nascimento do Código Civil brasileiro).

Oportuno salientar que em 1769 o Marquês de Pombal editou a Lei do Boa Razão, a qual estabeleceu novos critérios de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, com o fito de combater os abusos na aplicação da lei vigente³⁷.

Em todo caso, a estrutura estatal do Poder Judiciário no Brasil colônia estava umbilicalmente ligada à realeza, a qual detinha o poder final de decisões, em que pese a existência de magistrados, em sua maioria nomeados pelo rei, altamente comprometidos com os ideais da Corte Lusitana, razão pela qual eram distribuídos em jurisdições temáticas.

Posteriormente surgiram os primeiros tribunais de justiça. Em 1587 criou-se o Tribunal de Relação da Bahia e em 1734 foi criado o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, este com o intuito de desafogar o excesso de processos pendentes de julgamento do primeiro.

Não se pode olvidar que o princípio do *acesso à justiça* no Brasil colônia era muito rudimentar e seletivo. A estrutura do Poder Judiciário, submetido ao Poder moderador, não tinha o caráter de solução de conflitos nos ideais de justiça da população local, tendo em vista a parcialidade dos nobres julgadores nomeados, a “dedo”, pelo Rei de Portugal. Ou seja, o acesso à justiça era formal e decorrente de ordenamentos originariamente destinados ao povo português. Repise-se, sem aplicabilidade no “novo” continente.

O modelo jurídico sempre esteve voltado para os interesses políticos e econômicos lusitanos, evidenciando uma enorme dissociação da elite governante e o restante da população. Isto pode ser evidenciado, de pronto, pela forma de investidura dos magistrados no Brasil colônia, os quais eram livremente nomeados; não pertenciam à nobreza, mas almejavam nela

³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Editora Forense: Rio de Janeiro. 2003.

ingressar; e, tinham por finalidade representar os interesses da metrópole e não as aspirações locais, visando a elevação de seu status perante à Corte Real.

Logicamente, não há de se falar em *acesso à justiça* material, muito embora se enxergue a previsão de procedimentos processuais e o direito de petição, mas não ao alcance de todos, apenas estabelecendo questões formais burocráticas e protocolares. E isto perdurou durante todo o período colonial, inclusive com a independência do Brasil, e posteriormente com o início do período republicano.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como demonstrado, o direito e garantia do *acesso à justiça* empiricamente não foram consagrados nos ordenamentos jurídicos do Brasil colônia, pois instrumentos eficazes para atingir tal objetivo são relativamente novos, sendo mais enaltecidos no período pós-segunda guerra mundial, como já explanado no capítulo segundo do presente estudo.

Mas ainda assim, desde a “independência” do Brasil, em 1822, o processo de conquistas de direitos e garantias fundamentais passou por longos e muitas vezes tenebrosos momentos. Sobretudo quando analisamos a formação histórica e cultural de povo brasileiro, marcado pela passagem de um regime monárquico e essencialmente escravocrata, para o Estado de direito, ainda tímido no processo de lutas e conquistas de direitos e garantias fundamentais.

A experiência constitucional brasileira, com apenas 192 (cento e noventa e dois) anos, é relativamente nova, malgrado o exercício do poder constituinte originário promulgando 07 (sete) constituições neste período e uma Emenda no ano de 1967, neste último caso, considerada para muitos uma nova constituição³⁸.

Inúmeros foram os contextos econômicos, sociais e políticos vivenciados, o que qualifica o Brasil como um país embrionário quanto aos conceitos de cidadania e constitucionalismo, além de inseguro juridicamente, notadamente pelo fato de estarmos sob a vigência de uma constituição jovem, mas que já suportou até então 95 (noventa e cinco) emendas em apenas 28 (vinte e oito) anos de vigência.

³⁸ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015, p. 421; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. Malheiros: São Paulo. 1999, p. 89; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 201; FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1986, p. 179.

Passemos então, a delinear o processo histórico das constituições vigentes desde a “independência” do Brasil, bem como a atuação do poder constituinte originário e promulgação e/ou outorga das cartas políticas brasileiras.

A história constitucional brasileira se inaugura logo após a independência do Brasil, com a outorga da Carta Política do Império do Brasil, de 1824. À luz do constitucionalismo clássico, a referida Carta Fundamental foi inspirada no artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o qual dispunha que *“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”*.

Paralelamente, a metrópole portuguesa lutava pela consolidação de um Estado Constitucional de Direito com a Constituição de 1822 – Constituição Política da Monarquia Portuguesa –, a qual foi um dos textos mais importantes e pontapé inicial para o constitucionalismo português, segundo as lições de J. J. Gomes Canotilho³⁹.

Muito embora com viés estritamente político, a Carta Maior de 1824 tinha aspirações do constitucionalismo francês, amparadas no liberalismo econômico, mas ao mesmo tempo não se desprendia das raízes absolutistas, razão pela qual é marcada pela concentração do poder nas mãos do Imperador. Este, inclusive, era a chave de toda a organização política e isento de toda e qualquer responsabilidade, conforme os artigos 98 e 99 do Texto Constitucional⁴⁰.

Embora a existência de tensões entre o liberalismo político e econômico e o absolutismo, o Texto Constitucional de 1824 confirma nossa independência política (mas, não econômica), na medida em que consolida a unidade nacional e, malgrado as fraudes eleitorais e atuação tímida dos partidos políticos à época, durante significativo período no século XIX a Carta política propiciou um ambiente de liberdade (formal) e ordem, num cenário de desordem e anarquia no resto da América Latina⁴¹.

De conseguinte, não se pode olvidar o rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 179 do Texto Magno, chamando a atenção do inciso XXX, o qual conferia a todo cidadão o direito de petição perante os Poderes Legislativo e Executivo de suas reclamações e

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 122.

⁴⁰ Art. 98. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos; Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.*

⁴¹ FRANCO, Op. Cit., p. 161.

queixas, para expor qualquer infração da Constituição, no intuito de ver efetivada a responsabilidade dos eventuais infratores”⁴².

Oportuno destacar e não é demais afirmar que o rol de direitos e garantias não refletiam a realidade de vida da população, uma vez que a existência formal das normas protetivas não se verificava empírica e materialmente.

Tal afirmação, inclusive, é corroborada com o advento da Lei Imperial nº 3.353/1888 (Lei Áurea), que aboliu o regime de escravidão até então suportado, ante as desigualdades patentes e consubstanciadas em classes sociais.

Observe que o direito de petição previsto no artigo 179, inciso XXX era direcionada aos Poderes Legislativo e Executivo, o que verifica a existência simbólica do Poder Judiciário, haja vista a concentração de poder em face do Imperador. Repise-se.

Neste ponto, como se falar em *acesso à justiça* se não existia Poder Judiciário autônomo e independente, ainda mesmo com a previsão na Constituição de rol de direitos e garantias fundamentais? Salta aos olhos o vácuo da norma constitucional (*flatus vocis*), desprovida de qualquer eficácia normativa.

Evidente que o *acesso à justiça* na Constituição Imperial de 1824 era limitado, para não dizer praticamente inexistente, pois a norma posta não refletia a realidade da população à época, justamente pelo fato de se tratar de uma constituição que aspirava anseios liberais, mas foi elaborada e promulgada ainda sob a mentalidade de um regime absolutista num Estado recém advindo de um processo de colonização e exploração.

Anos mais tarde, com o golpe militar em 15 de novembro de 1889, sob a liderança do Marechal Deodoro da Fonseca, o Brasil inaugura a era republicana, a qual originou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Sob o sistema republicano e forma de governo presidencialista, seu texto foi essencialmente elaborado por Prudente de Moraes e Ruy Barbosa, cujas maiores características da Carta Política de 1891 foi a abolição das instituições monárquicas, extinção de cargo vitalício aos Senadores, o Presidente passa a ser o chefe do Poder Executivo, além de passar a ser o Brasil um Estado laico.

⁴² Art. 179 – *omissis*; XXX. *Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.*

O rol de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição de 1824 são ampliados com a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, com a previsão taxativa do direito de petição no parágrafo 9º, do artigo 72⁴³.

Elenca ainda o devido processo legal como uma norma fundamental a ser seguida pelo Estado na formação da culpa, garantindo ao indivíduo o direito do contraditório e ampla defesa, consubstanciado no direito de utilizar-se de todos os recursos e meios admitidos em lei, perante a devida autoridade competente⁴⁴.

Outro fato importante, ainda que não previsto na Constituição de 1891, foi o controle de constitucionalidade difuso, inspiração do direito estadunidense que, sob a égide jurisprudencial, foi importado para o Brasil, pelo jurista Ruy Barbosa. Ou seja, buscou-se efetivar o *acesso à justiça*, propiciando ao juiz de primeiro grau a apreciação da constitucionalidade das normas, ainda que em caráter *incidenter tantum*.

No entanto, mais uma vez, as garantias previstas eram meramente formais, não correspondendo à realidade de seu povo, o que pode ser verificado nas críticas de Paulo Bonavides e Paes de Andrade, quando afirmam que “[...] *embora na esfera teórica se apresentasse escorreito e íntegro, depurado das faculdades autocráticas que a Carta de 1824 conferia ao Imperador, o novo instrumento constitucional não guardava correspondência com a realidade [...]*”. Acrescentam ainda que o texto constitucional converteu o Presidente da República numa espécie de “rei sem trono” ou de “monarca sem coroa”, o que evidenciava que as instituições se mostravam impotentes para romper a tradição, o costume, a menoridade cívica, os vícios sociais ingênitos, que faziam a República em nada diferir da experiência constitucional anterior⁴⁵.

Resta evidente, portanto, que a Carta Magna de 1891 não atendia aos “fatores reais de poder”, tampouco aos ideais libertários do Estado liberal europeu que influenciou as constituições do ocidente, não podendo, por sua vez, verificar uma preocupação com o direito e garantia do *acesso à justiça*, pois a própria justiça era limitada em suas esferas material e formal, malgrado sua formação estrutural (Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República, com Juízes e Tribunais Federais e Poder judiciário dos Estados composto por Juízes e Tribunais).

⁴³ § 9º *É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.*

⁴⁴ § 16. *Aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.*

⁴⁵ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8 ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 257.

Em 03 de outubro de 1930 ocorre a Revolução nacional, depondo o então Presidente Washington Luiz, instalando uma Junta de Governo provisório e posteriormente transmitido à Getúlio Vargas, conhecido popularmente como o “pai dos pobres”. Inicia-se, neste momento histórico, um dos momentos mais marcantes na história republicana do Brasil.

Logo em sua primeira medida, o Presidente edita o Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930, revestindo-se de poderes excepcionais e “preparando a cama” para a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

De pronto, o referido decreto suspende as garantias constitucionais, excluindo ainda a apreciação judicial dos atos do governo provisório ou dos interventores federais nomeados, restringindo o *acesso à justiça*⁴⁶, muito embora tenha mantido o *habeas corpus* para os réus ou acusados de crimes comuns.

Ato contínuo, em 16 de julho de 1934, entra em vigor a Constituição de 1934 inaugurando no Brasil um regime de democracia social, reconhecendo os direitos sociais e econômicos, sob a influência da Constituição Alemã de Weimar (1919), mantendo ainda os direitos de defesa (direitos civis e políticos).

Destaca-se na Carta Política o surgimento do devido processo legal em suas dimensões da “duração razoável” e publicidade dos atos processuais, bem como transparência dos negócios públicos e direito de informação. Ressalta ainda o artigo 113, remédios constitucionais para proteção das liberdades individuais, direitos líquido e certo e atos lesivos do patrimônio público⁴⁷. Certamente, um grande avanço.

Por se tratar de uma constituição preocupada com o bem-estar social (*welfare state*), observou-se um canal de acesso ao Poder Judiciário, com a previsão de instrumentos processuais aptos a proteger direitos e garantias fundamentais. De fato, a normatividade constitucional estava voltada para a proteção de direitos e garantias fundamentais.

⁴⁶ Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores. *Parágrafo único*. É mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais.

⁴⁷ 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes; 35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva; 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

No entanto, vivia-se num contexto global um período de pré-segunda guerra mundial. De um lado o bloco capitalista (comandado pelos EUA) e de outro o bloco socialista (comandado pela URSS), estando o Brasil sob os olhos destes países e com maior ênfase, quando promulga uma constituição que promove a convergência entre liberdade e igualdade, sem necessariamente optar por um dos lados. Mas não foi só. Paralelamente, incomodava às grandes potências e neutralidade brasileira, especialmente com a crescente e constante rumor de tomada do poder pelos comunistas (Plano Cohen).

Diante disso, o então Presidente Getúlio Vargas, com receios de movimentos comunistas e antecipando as eleições gerais designadas para janeiro de 1938, no dia 10 de novembro de 1937, sem resistências, instaura a ditadura do *Estado Novo*.

Nesse mesmo dia, Getúlio Vargas outorga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, sendo a mais autoritária de todas as constituições que o país já experimentou.

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1934 se repetiram na *novel* Constituição, contudo foram suspensos pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, cujo ato legislativo declara o estado de guerra em todo o território nacional.

Em 28 de fevereiro de 1945, edita a Lei nº 09, a qual altera o texto constitucional dissolvendo os Poderes Legislativos da União, dos Estados e Municípios, como se pode verificar no artigo 178, da Carta Política⁴⁸.

Desta forma, o chefe do Poder Executivo exercia o papel do Poder Legislativo, editando decretos sobre todas as matérias de competência da União. Fato relevante deve ser enaltecido quanto ao papel do Poder Judiciário à época, o qual ainda poderia exercer o controle difuso de constitucionalidade, contudo, a norma declarada inconstitucional seria submetida, à juízo do Presidente da República, ao parlamento que se confirmasse a constitucionalidade da lei por dois terços de seus membros, restaria sem efeito a decisão judicial⁴⁹. Em suma, o Presidente Getúlio Vargas equiparava-se ao Rei francês Luis XIV: “*l’etat est moi*” (O estado sou eu).

Como o congresso sempre esteve fechado, o que ocorreu de fato foi a mais completa permissividade jurídica, ante a ineficácia de eventual decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade. A garantia do *acesso à justiça* restou ineficaz, malgrado sua existência formal.

⁴⁸ Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 191-192.

Como se vê, a Constituição de 1937 (A Polaca, como também era conhecida) não enaltece os direitos e garantias fundamentais, tampouco o *acesso à justiça*, notadamente pelo seu conteúdo extremamente autoritário e balizados nas ideias *nazifascistas* de Hitler e Mussolini.

De conseguinte, experimentando do próprio veneno, em 29 de outubro de 1945 Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas, assumindo transitoriamente a chefia do governo pelo Ministro José Linhares, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, até a posse de Eurico Gaspar Dutra – o qual foi Ministro da Guerra do Governo Vargas e eleito Presidente, assumindo o poder em 31 de janeiro de 1946⁵⁰.

Em 18 de setembro de 1946 promulga-se a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decorrente da Assembleia Constituinte pós-Estado Novo, reproduzindo o conteúdo social democrata da Constituição de 1934.

Na referida Carta Constitucional os direitos sociais foram restabelecidos, juntamente com os direitos e garantias fundamentais, sacramentados no artigo 141, do Diploma Normativo, sendo vedado seu cerceamento por qualquer expediente autoritário. Inclusive, a declaração do estado de sítio foi reservada, exclusivamente, à deliberação do Congresso Nacional, ora composto pelas duas casas legislativas – Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Nota importante no texto constitucional refere-se à Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, a qual estabelece o controle de constitucionalidade concentrado de competência do Procurador Geral da República. Oportuno evidenciar que, nas Constituições anteriores, não havia previsão de tal modalidade de controle de constitucionalidade, o que revela uma inovação processual na Constituição de 1946, promovendo o princípio do *acesso à justiça*, mantendo o controle de constitucionalidade interventivo, como uma nova via, além do controle difuso.

Em suma, tratou-se de um Constituição democrática, permitindo a criação de partidos políticos, devolvendo a dignidade dos Poderes Legislativo e Judiciário e, neste último caso, proporcionando acesso ao judiciário através de valorização dos direitos individuais, sendo um ponto marcante ao tema que interessa no presente trabalho.

A Constituição de 1946 perdurou até 24 de janeiro de 1967, quando após a morte (suicídio) de Getúlio Vargas em 24 de agosto de 1954, ainda governaram o país os ex-presidentes Café Filho, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart até o golpe de 1964.

⁵⁰ FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 108-109.

João Goulart governou o país sob a vigência da Emenda Constitucional nº 04, de 02 de setembro de 1961, a qual implanta o parlamentarismo no Brasil, reduzindo os poderes do poder executivo, malgrado a retomada do sistema presidencialista com a Emenda Constitucional nº 06, de 23 de janeiro de 1963, após consulta popular.

Não se pode fechar os olhos para a instabilidade política e jurídica desde a “independência” do Brasil, em 1822, e a Constituição Imperial, de 1824, até o golpe militar em 31 de março de 1964, derrubando no dia seguinte o então presidente João Goulart, o qual refugiou-se no Uruguai onde conseguiu asilo político.

Assim, instaura-se no Brasil o regime ditatorial mais violento e sangrento de toda sua história, tendo em vista que o Poder Executivo, sob a égide da Lei de Segurança Nacional, ocupou sindicatos, sedes de partidos políticos, associações e da União Nacional dos Estudantes (UNE), perseguindo opositores ao regime, prisões arbitrárias, torturas, além de assassinatos e desaparecimento de pessoas.

Sob as reiteradas edições de “Atos Institucionais”, o poder executivo legislava ao seu “bel-prazer”, conferindo-lhe poderes para alterar a Constituição, suspender direitos políticos, cassar leis do Poder Legislativo, demissão por incompatibilidade com o regime sem o devido processo legal, eleições indiretas, cassação de deputados e tantas outras arbitrariedades, cujos atos estavam longe de considerar direitos e garantias fundamentais, amplamente consagrados no plano internacional.

Merece atenção o Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, quando o Presidente Castello Branco convoca o Congresso Nacional Extraordinariamente enviando-lhe a Carta Política já confeccionada, a qual foi aprovada sem maiores alterações, dando origem, em 24 de janeiro de 1967, a mais nova Constituição da República Federativa do Brasil.

Não se pode olvidar que a Constituição de 1967 foi outorgada. Pois, malgrado a convocação para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição, o rito legislativo revelou-se sumário, pouco tempo havendo para uma análise democrática do texto normativo⁵¹.

Mas, tipicamente dos regimes totalitários, a edição de uma Ordem Constitucional sob a égide de um processo legislativo, também esboçado pelo Poder Executivo, reveste o caráter impositivo pelo manto da *pseudo* democracia, haja vista a ausência de autonomia e independência do Poder Legislativo⁵².

⁵¹ Art. 1º - É convocado o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. § 1º - O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

⁵² CUNHA JR., Op. Cit., p. 420; SOUZA JR., Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Editora Sangra Luzzato: Porto Alegre. 2002, p. 67; FRANCO, Op. Cit., p. 177-178.

Diante desta nova Ordem Constitucional, pouco há de se falar em direitos e garantias fundamentais, uma vez que a Carta de 1967 preocupou-se com os atos estatais arbitrários, no sentido de reprimir àqueles que eram contrários ao regime, enaltecendo, pela mesma razão, a lei de segurança nacional.

Com bases normativas semelhantes à Constituição de 1937, o que revela seu caráter autoritário, repise-se, a vigência da Carta de 1967 foi breve, pelas seguintes razões: (i) A edição do Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, e (ii) a Constituição de 1969 ou Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.

Fato jurídico ocorrido e relevante sob a vigência da Carta Magna de 1969 direciona ao conteúdo normativo do Ato Institucional nº 05 – AI-5. Além do caráter autoritário da supracitada Constituição, o AI-5 confere ao Estado de Direito um grave momento de violação de liberdade, direitos e garantias fundamentais.

Ao que interessa ao presente estudo, mister evidenciar a eliminação da garantia do *acesso à justiça* ao suspender as garantias constitucionais e legais dos magistrados no que tange à vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como o exercício das funções por prazo determinado⁵³.

Outrossim, suspende a garantia do *habeas corpus*⁵⁴, além de toda e qualquer apreciação judicial dos atos praticados de acordo com o AI-5 e demais normas complementares⁵⁵.

Ou seja, a garantia do *acesso à justiça* foi colocado à margem do ordenamento jurídico, destoando, ante a ausência de normas internas que garantisse o devido processo legal, com as normas de direito internacional, das quais o país já declinava cumprimento.

Não só premissas que compõem o núcleo essencial do *acesso à justiça* foram colocadas de lado, como veremos adiante, como também instrumentos processuais hábeis ao exercício do simples direito de petição, ante o engessamento da própria atuação jurisdicional.

Como se vê, importante ressaltar, toda a estrutura do poder judiciário e os instrumentos jurídicos processuais hábeis à uma tutela jurisdicional foram eliminadas, não havendo ao

⁵³ Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. § 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

⁵⁴ Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

⁵⁵ Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

cidadão qualquer recurso, formal ou material, para a reivindicar, promover ou proteger seus direitos e garantias fundamentais.

Destarte, oportuno esclarecer que a vigência fática da Carta de 1969 se esgotou com edição do AI-5, uma vez que os direitos e garantias previstas no artigo 150 do mesmo Diploma, além de meramente formais, passaram a não ter a tutela do Poder Judiciário.

A mesma lógica ocorre com a outorga da Emenda Constitucional nº 01/69 – ou Constituição de 1969, como entende parte da doutrina –, a qual, nas lições de Afonso Arinos, revelou-se como uma Constituição *instrumental*, destinada unicamente a dar uma fisionomia jurídica a um regime de poder de fato, basicamente ampliando os poderes do Presidente da República. Ou seja, nenhuma inovação ao quanto já prescrito nos Atos Institucionais⁵⁶.

Finalmente, após longos e tenebrosos anos de violações às liberdades e garantias individuais, ganharam forças os movimentos sociais que objetivavam o processo de redemocratização e a reforma partidária no país, pondo fim ao bipartidarismo, promovendo a Lei da Anistia àqueles que “cometeram” crimes políticos, além de convocação de Assembleia Nacional Constituinte, a qual perdurou de 15 de novembro de 1986 a 05 de outubro de 1988.

Deste modo, se encerra o processo histórico da evolução constitucional brasileira até a atual e vigente Constituição, permitindo vislumbrar as intempéries políticas e jurídicas que nortearam a formação do Estado Democrático de Direito, com patente insegurança jurídica e instabilidade institucional, não só pelas conformações políticas internas, mas também pelas influências externas, até então balizadas no contexto da guerra fria.

3.2 NORMATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O *acesso à justiça* na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já se destaca pela simples observância de seu preâmbulo⁵⁷, pois ainda que desprovido de força cogente, enaltece a necessidade de assegurar o exercício de direitos e garantias fundamentais, o que demonstra o espírito humanista, galgando a alcunha de *Constituição Coragem* e

⁵⁶ FRANCO, Op. Cit., p. 179.

⁵⁷ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Constituição Cidadã pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, então Deputado Ulysses Guimarães⁵⁸.

O novo ordenamento jurídico parte de um pensamento centralizador e individualizado para um ideal democrático e humanista, colocando o indivíduo no centro da atuação e preocupação estatal ao estabelecer como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana – Artigo 1º, inciso II, CF/88.

Logo no início do texto normativo, a colocação do catálogo dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, demonstra a intenção do constituinte em conferir significado especial na tutela protetiva pelo Estado em face do indivíduo, uma vez que a amplitude jurídica consubstanciada em 78 (setenta e oito) incisos e 04 (quatro) parágrafos, endossa os direitos de prestação, defesa e participação, nas lições de George Jellinek⁵⁹.

E mais. Dada a sua importância a características elementares de tais direitos e garantias, bem como sob o viés baseados na *identidade* e *continuidade* da Constituição, esta qualificou tais premissas como cláusulas pétreas, considerando ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimir o rol exemplificativo previsto no artigo 5º, conforme preceitua o artigo 60, § 4º, não admitindo interpretações restritivas⁶⁰.

Tamanha é a carga valorativa de tais enunciados, pois oportuno enaltecer a *teoria do constitucionalismo autogenerativo* defendido por J. J. Gomes Canotilho, o qual leciona que ainda que por ventura venha a surgir uma nova ordem constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Política anterior se *autorregenera*, revitaliza, ressurgem, haja vista o processo de luta e conquista de tais direitos e garantias pelo seu povo, atribuindo uma identidade inerente à dignidade da pessoa humana⁶¹.

Tal concepção, que inclusive coloca os direitos e garantias fundamentais como princípios objetivos, legitima a teoria dos quatro *status* de Jellinek na medida que o Estado se obriga não apenas observar os direitos individuais em face da atuação do Poder Público (direitos de prestação ou proteção), mas também a garantir os direitos fundamentais contra violações por parte de terceiros (direitos de defesa)⁶².

⁵⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, Op. Cit., p. 202; CUNHA JR., Op. Cit., p. 422.

⁵⁹ JELLINEK, Op. Cit.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. Editora Saraiva: São Paulo, p. 01.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

⁶² DIETLEN, Johannes. *Die von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Dunker & Humblot: Berlin. 1991, p. 18. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p 11.

Noutra banda, não se pode olvidar algumas ponderações ao humanitarismo da Carta Política de 1988 formuladas pela doutrina. Inclusive pelos próprios autores do texto normativo, uma vez que no afã de estabelecer normas protetivas e demonstração de modernidade com a nova ordem constitucional, restou olvidado o cálculo do custo dos novos direitos, pois a força do erário não contemplava todas suas diretrizes, denominando, por sua vez, a atuação legislativa do constituinte originário de *prodigalidade irresponsável*⁶³.

Nesta senda, oportuno destacar a preocupação do constituinte originário com a Ordem Social prevista nos artigos 193 à 232 da Carta Fundamental. Ao tutelar direitos essenciais, o que foi acompanhado dos estatutos que os regulamentam – como, Estatuto do Deficiente, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente entre outros –, promessas normativas não seguiram uma coerência financeira para seu cumprimento. Contudo, não se pode negar a possibilidade e abertura de uma via para concretização de tais direitos, tão importante quanto aqueles que dispensam enormes esforços financeiros pelo Estado.

Muito embora a crítica acerca da capacidade financeira do Estado em custear os novos direitos, não se pode deixar de ressaltar os avanços institucionais e mecanismos processuais que corroboraram para a promoção do *acesso à justiça* na novel constituição, como as ações objetivas de controle de constitucionalidade – ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental –, o que também promoveu e incentivou a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E, posteriormente, ante alterações legislativas infraconstitucionais, por parte das Defensorias Públicas na esfera do processo coletivo.

Paralelamente, a abertura da jurisdição constitucional revelou uma nova via para a proteção da Carta Magna fixando um rol de legitimados – Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional –, aptos a estabelecer uma discussão acerca da constitucionalidade das normas, seja pelo controle repressivo ou preventivo de constitucionalidade.

No mesmo sentido, a Carta Magna de 1988 também consolidou, pelo princípio da simetria, a possibilidade de controle de constitucionalidade estadual, deixando de ser uma hipótese polêmica e repleta de controvérsias, acolhendo um instrumento processual hábil a

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Emendas à Constituição de 1988**. Editora Saraiva: São Paulo. 1996, p. VII.

alcançar a jurisdição estadual de modo a contestar as leis estaduais e normas municipais em face do quanto disposto na Constituição Estadual de cada ente federativo⁶⁴.

Outra providência, ainda que tardia, uma vez que surgida após 14 (catorze) anos de vigência da Carta Constitucional de 1988, foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujo órgão tem a incumbência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e Tribunais, além de outras atribuições igualmente não jurisdicionais, mas de grande importância para o *acesso à justiça* em âmbito nacional.

De conseguinte, tendo como fonte essencial o texto constitucional, pode-se depreender ao longo de seus dispositivos, conteúdos formais e materiais que reforçam o *acesso à justiça*.

O acesso à políticas públicas oriundas de normas programáticas enaltece uma tentativa do Estado em proporcionar uma redução da desigualdade, atendimento às minorias dos mais diversos segmentos da sociedade, o que se pode notar, inclusive, numa participação ativa do Poder Judiciário, dentre tantas decisões, aquelas que inibem os abusos políticos, atendendo aos anseios e representatividade das minorias nas casas legislativas ao admitir a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito quando os líderes da *base aliada* a inviabilizavam ao não indicar seus representantes para a Comissão⁶⁵. Peço vênias para a transcrição de passagem do voto:

[...] Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, inclusive àqueles assegurados às minorias nas câmaras legislativas (como o direito de oposição e a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), atribui-se, ao Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, mesmo aqueles praticados pela Presidência das Casas do Congresso Nacional, quando tais órgãos ou agentes incidirem em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência institucional. Em suma: a estrita observância dos direitos e garantias, notadamente quando se alegar, como se sustenta na espécie, transgressão ao estatuto constitucional das minorias parlamentares, traduz fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei e da Constituição se impõe a todos – magistrados, administradores e legisladores.

omissis

A cláusula do “*judicial review*”, cuja gênese reside no texto da própria Constituição da República, rompe – ao inviabilizar a invocação da tutela jurisdicional do Estado – qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade estatal concreta, o predomínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público [...].

⁶⁴ LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado membro. Editora Saraiva: São Paulo. 2007, p. 45-46.

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 24.831/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22-6-2005, DJ de 4-8-2005.

Ainda sob a égide do texto constitucional, oportuno trazer à baila os requisitos fundamentais que também dão suporte à garantia do *acesso à justiça* a partir da observância dos incisos XXXIV, “a” (Direito de petição); XXXV (prestação jurisdicional); LIV (devido processo legal); LV (contraditório e ampla defesa); LXXIII (ação popular a todo e qualquer cidadão que vise anular ato lesivo ao patrimônio público) e LXXIV (assistência judiciária integral e gratuita aos cidadãos hipossuficientes economicamente), todos constantes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A partir de tais dispositivos, reconhecidamente como normas principiológicas de eficácia imediata, permite-se construir e estruturar um núcleo duro e essencial da garantia do *acesso à justiça* no direito brasileiro, sem prejuízo, frise-se, dos princípios não positivados em nosso ordenamento pátrio e/ou previstos na legislação ordinária.

Inquestionável, portanto, os avanços democráticos previstos na Constituição vigente, malgrado a existência de 95 (noventa e cinco) emendas à Constituição em 28 (vinte e oito) anos de vigência, o que dá uma média de 3,4 (três vírgula quatro) emendas por ano, o que traz à tona, mais uma vez, a discussão acerca da (in)segurança jurídica.

3.3 O ACESSO À JUSTIÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

De conseguinte, imprescindível trazer à tona a garantia do *acesso à justiça* no Código de Processo Civil vigente – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, cuja norma inova no ordenamento jurídico pátrio enaltecendo a força dos precedentes judiciais obrigatórios, flexibiliza o procedimento e marcha processual (negócios jurídicos processuais), aperfeiçoamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, além da instituição dos *Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas* (IRDR), *Incidente de Assunção de Incompetência* (IAI), bem como remodelando o conteúdo e requisitos da sentença/acórdão e permitindo um parcelamento dos custos iniciais para propositura da ação.

Evidente alguns avanços, o que proporcionará uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, encorajando aqueles que realmente necessitam do aparato estatal para tutelar o bem da vida quando os custos do processo representam um óbice à demanda judicial.

Logo de início, inova o novo código quanto à possibilidade de parcelamento das custas processuais, haja vista tratar-se de questão desencorajadora à busca de uma tutela jurisdicional, muitas vezes revestida de argumentos e fatos jurídicos que embasariam na procedência da ação.

Conforme depreende-se do artigo 98, § 6º, do CPC/15, o juiz analisando o caso concreto e as condições financeiras, bem como o tipo de demanda interposta, poderá conceder o direito de parcelamento de despesas processuais. Em verdade, trata-se de uma inovação que ao meu ver necessitaria de complementação, ante eventual inadimplemento pela parte quando conferida uma tutela de urgência de cunho meramente satisfativo. De todo modo, tal dispositivo corrobora à garantia do *acesso à justiça* e encontra respaldo na primeira onda do acesso à justiça de Cappelletti, que veremos adiante.

Outro importante instituto trazido ao Código de Processo Civil vigente refere-se ao artigo 190⁶⁶, o que é denominado pela doutrina como *negócios jurídicos processuais* ou *convenções processuais*⁶⁷, onde flexibiliza e autoriza mudanças em procedimentos processuais, no intuito de ajustá-los às especificidades da contenda, bem como distribuir poderes, faculdades e deveres na marcha processual durante a tramitação da causa.

Oportuno salientar que tal instituto restringe-se às questões que envolvam direitos disponíveis, ficando seus ajustes, mediante atuação *ex officio*, ou a requerimento da parte, de controle por parte do magistrado.

Neste caso específico, discutia-se sobre o papel do magistrado acerca de sua condição às convenções processuais, se parte ou não? Depreende-se do texto normativo que prevê o instituto que o juiz controlará a validade das convenções, o que reforça o entendimento de que o magistrado atua, além de agente controlador, assim como agente fiscalizador dos acordos processuais celebrados.

Isto tem amparo, inclusive, na inteligência do artigo 3º, parágrafo 2º, do CPC/15, de viés constitucional, no qual “*O Estado não excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, devendo promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”.

Na mesma linha de coerência acerca da atuação do magistrado, este não sendo parte, mas tem o dever de vincular-se aos ajustes, fomentando o *acesso à justiça* ante uma solução célere e justa do conflito posto à sua apreciação, reduzindo ou até mesmo ampliando o devido processo legal de forma efetiva ao caso concreto. Isto, sem prejuízo dos princípios da boa-fé processual e o dever de cooperação, permitindo uma atuação jurisdicional no intuito de vetar o

⁶⁶ Art. 190. 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.

⁶⁷ No texto, o autor leciona que o processo de transformação da teoria de Oskar von Bülow, fundador da escola publicista do processo onde liberta o processo do direito material, não admitia-se convenções e/ou acordos para alteração ou ajustes no procedimento, uma vez que o processo encontrava-se na esfera do direito público, revestidos de normas cogentes e admitir tais convenções seria o mesmo que usurpar os poderes do Estado-Juiz. In: CABRAL. Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 99-102.

uso desleal de instrumentos processuais que o Estado coloca na esfera de negociação às partes litigantes⁶⁸.

Outro ponto refere-se ao IRDR, previsto no artigo 976, do CPC/15, cujos requisitos formais para sua instauração dependem, de forma cumulativa, da (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de exclusivamente de direito e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Note que o direito pátrio deve ser uniforme de modo a alcançar o máximo da dialeticidade quando da sua interpretação e aplicação, de modo a atribuir maior justiça (o que atende ao conceito de igualdade formal e material) e, principalmente, segurança jurídica, notadamente pela adoção de um sistema de precedentes judiciais.

Corroborando o quanto mencionado acima, o artigo 976, §§ 1º e 2º, CPC prevê a sua apreciação ainda que haja a desistência do requerente, ensejando a atuação do *Parquet* Ministerial como titular da demanda evitando desta forma, manobras e estratégias processuais que evitem a uniformização do direito posto em questão, sendo este dispositivo uma construção jurisprudencial oriunda do microsistema do processo coletivo, dispensando ainda o pagamento de custas e emolumentos.

Não se pode deixar de evidenciar a preocupação do legislador e autores do projeto atual Código de Processo Civil com a segurança jurídica, o que se revela imprescindível diante de um sistema jurisdicional baseado na observância e cumprimento de precedentes judiciais.

Outrossim, ainda no que tange ao IRDR, nota-se prestígio da garantia do *acesso à justiça* na medida em que amplia o rol subjetivo para discussão da demanda admitindo outros interessados, conferindo à sociedade organizada a plena participação no processo instrutório do incidente – Artigo 973, CPC/15⁶⁹. Isto, ante a relevância de estabelecer a norma jurídica por meio da decisão judicial.

Não é demais lembrar da figura do *amicus curiae*, instituto processual admitido e conferido nas esferas das ações de controle de constitucionalidade em concreto e abstrato, permitindo ampla discussão acerca da aplicação do direito em face do caso concreto, notadamente pelo caráter *erga omnes* e abstrativização dos efeitos da decisão judicial.

⁶⁸ CABRAL. Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal.** Revista de Processo, ano 32, v. 149, jul. 2007.

⁶⁹ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Sem dúvida uma grande contribuição da doutrina alemã ao conferir ao direito um caráter democrático e participativo na interpretação e aplicação de suas normas⁷⁰.

Ainda quanto aos novos (ou reformulados) institutos elencados no Código de Processo Civil atual, oportuno mencionar o *Incidente de Assunção de Incompetência* - IAI, previsto no artigo 947, o qual tem como viés e objetivo, mais uma vez, a tutela da segurança jurídica.

Oportuno destacar, mais uma vez, que não mais se tolera decisões distintas para casos concretos similares, o que atenta com o princípio da isonomia, desprestigiando a previsibilidade e estratificando a *desconfiança*, na medida em que os jurisdicionados deixam de confiar nas decisões do Poder Judiciário, gerando estado de incerteza, não possibilitando que os jurisdicionados pautem suas condutas nas orientações jurisprudenciais⁷¹.

Com o fito de evitar decisões divergentes para casos concretos semelhantes, o Incidente de Assunção de Incompetência transfere a competência de julgamento para o órgão jurisdicional de maior composição para prevenir ou compor divergência interna de tribunal (uma vez que admite o presente feito em qualquer tribunal⁷²), formando, por sua vez, num precedente obrigatório.

Valendo-se dos dizeres do ex-ministro do Pretório Excelso, Eros Roberto Grau⁷³, “*não devemos interpretar a Constituição em tiras*”, e o mesmo se aplica ao código processual em comento, já que os autores do projeto tiveram o cuidado de também aplicar a figura do *amicus curiae* no Incidente de Assunção de Incompetência, uma vez que o resultado de seu julgamento acarretará num precedente de cumprimento obrigatório.

Evidente que a garantia do *acesso à justiça* atinge um grau significativo de efetividade no novo código, em que pese opiniões contrárias, mas que não serão tratadas neste trabalho, ao passo que sacramenta posições jurisprudenciais consubstanciadas em enunciados vinculantes ou até mesmo não vinculantes, mas que prestigia a atuação jurisdicional, seja de que instância pertença o magistrado competente para apreciação do caso concreto.

⁷⁰ HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 2002.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. v. 3. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 656.

⁷² Enunciado nº 468 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal”.

⁷³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8/DF, relatora ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 22.03.2006.

Num sistema judicial baseado na observância de precedentes judiciais, o artigo 489, § 1º, do CPC/15⁷⁴ corrobora ao quanto descrito alhures, pois agora cabe ao magistrado enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de negar a decisão do julgador.

Nesse passo, chama o julgador a responsabilidade de maior acuidade nos fundamentos da sentença, uma vez que o mesmo terá papel fundamental em eventual mudança, superação ou modificação do precedente obrigatório a ser seguido, haja vista a relevância da *ratio decidendi*. Isto nada mais é que proporcionar, além da segurança jurídica, o *acesso à justiça* num universo agora inspirado na obediência dos precedentes judiciais.

Obviamente, críticas foram declinadas no projeto de lei e após a vigência do *novel* Código Adjetivo, a exemplo da contagem de prazos em dias úteis, o que comprometeria a duração razoável do processo. Nessa mesma esteira, oportuno ressaltar que os prazos da fazenda pública foram unificados, não havendo mais os prazos em quádruplo para apresentação da contestação.

No entanto, merece destacar as observações formuladas por Lênio Luiz Streck, na fase de confecção do novo diploma normativo, o que foi acatada pelo relator, Deputado Paulo Teixeira e um dos protagonistas do texto normativo, Fredie Dider Jr.

De pronto, em artigo intitulado de “*Acesso à justiça, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: os obstáculos representados pela “baixa constitucionalidade”*”, Lênio Luiz Streck relata a importância da retirada na expressão “livre convencimento” no texto legal, uma vez que fundamentou sua observação ao viés ostensivo de caráter solipsista (vinculado à própria consciência do magistrado de forma individualista), o que amarrava a norma ao paradigma epistemológico da filosofia de consciência⁷⁵.

Outro ponto em que aponta o mencionado autor, refere-se à possível perda do sistema decisório, pois ausente qualquer meio que impedisse as Cortes Superiores (Supremo Tribunal

⁷⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: *omissis*; § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. Acesso à justiça, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: os obstáculos representados pela “baixa constitucionalidade”. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar juízo e a coisa julgada**: Estudos em homenagem à Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233.

Federal e Superior Tribunal de Justiça) de agirem discricionariamente no exercício de sua função judicante.

Por conta disto, propôs a inserção do § 1º, no artigo 927, no CPC/15, fixando que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, referindo-se ainda a importância de atendimento ao quanto previsto no artigo 489, § 1º do mesmo Diploma, qual seja, a nova estrutura da sentença já transcrito alhures.

Desta forma, os tribunais *ad quem* não estão mais, ao menos em tese, livres para alterar a jurisprudência existente, pois estendendo o alcance da garantia do contraditório à tal instância de jurisdição, permite efetivamente o processo dialético de discussão do direito, evitando surpresas, as quais deságuam, inevitavelmente, na insegurança jurídica.

Isto não significa engessar os julgadores no exercício de seu livre convencimento motivado, mas evitar arbitrariedades e, ainda que no âmbito de sua discricionariedade, proporcionar o direito de manifestação (o devido processo legal substancial, na medida que oportuniza o direito de influenciar por meios de argumentos da parte interessada na decisão do Juiz). Isto, indiscutivelmente, tem o condão de atribuir maior coerência e estabilidade quando da formação do precedente, sobretudo quando em questão a sua aplicação ou algum modo de alteração, superação ou modificação. A dialeticidade é imprescindível.

3.4 A INSUFICIÊNCIA DO EXERCÍCIO DE DIREITO DE AÇÃO COMO GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA: O ACESSO À JUSTIÇA FORMALMENTE NEGATIVO

A propósito, não se pode olvidar a confusão, não raro ocorrente no meio jurídico, que se faz entre o direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário, como forma de solução de conflitos e garantia do *acesso à justiça*.

Talvez pela análise simplória do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna de 1988, no qual se lê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”, cujo dispositivo constitucional trata, em verdade, de norma dirigida ao legislador e não ao jurisdicionado⁷⁶.

Relacionar o direito subjetivo de ação ao *acesso à justiça* é apenas um meio de solução de conflitos conferido pelo legislador, outorgando o Estado a prestação jurisdicional de modo

⁷⁶ NETO, Emérito Silva de Oliveira. **Fundamentos do acesso à justiça. Conteúdo e alcance da garantia fundamental**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2016, p. 65.

a evitar uma anarquia, exercício arbitrário das próprias razões e utilização da autotutela como forma de pacificação social. O que jamais ocorreria, diga-se de passagem.

Ademais, o simples direito de ação conferiria ao seu autor o *acesso à justiça*? Se adeptos da teoria de *Bernhard Windscheid* respondessem tal indagação, conseqüentemente confirmariam que a garantia do *acesso à justiça* e o Poder Judiciário seriam a mesma coisa, uma vez que tal teoria entendia que o direito de ação correspondia ao próprio direito material em si. Não é preciso dizer o quanto incorreto é tal entendimento, o qual prevaleceu até meados do século XIX, quando passou a separar o direito de ação do direito material⁷⁷.

Com a superação da conceituação de identidade do exercício do direito de ação à entrega do bem jurídico pleiteado pelo autor, resta evidente que o Poder Judiciário nada mais é que uma das vias para a efetivação da garantia do *acesso à justiça*, havendo, por sua vez, outros meios como a arbitragem, a mediação, conciliação e intervenção de terceiros. O que serão tratados em tópico específico.

Nesse corolário, outros pontos são cruciais para demonstrar a insuficiência do exercício do direito de ação como meio de atingir o *acesso à justiça*, quais sejam, (i) os custos do processo⁷⁸, (ii) a morosidade da justiça e a (iii) demora processual⁷⁹.

Não se pode negar que os *custos do processo* é um fundamental obstáculo para o efetivo *acesso à justiça* e tutela jurisdicional. E neste ponto, abrange as esferas formal e material, por simples razões: a uma, os valores das custas processuais e demais encargos para uma ampla produção probatória ao longo do processo desestimula o jurisdicionado a ingressar com demanda judicial, ainda que o bem jurídico a ser tutelado tenha possibilidade de uma decisão judicial favorável⁸⁰.

E o presente problema não se resume somente ao Poder Judiciário, pois nos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo da arbitragem, possui custas iniciais que se apresentam bastantes significativas, e em quase totalidade das vezes, muito mais dispendioso que a utilização do aparato estatal.

No entanto, tratando-se de uma opção das partes para solução do litígio no âmbito privado, não há de se falar em qualquer responsabilidade do Estado pela submissão daqueles

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2010, p. 161-166.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 215-220; SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 33; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1999.

⁷⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit., p. 215-220; SOUZA, Op. Cit., p. 323.

⁸⁰ Neste ponto, não se pode olvidar a inovação prevista no artigo 98, § 6º do CPC/15, o qual admite o parcelamento das custas, como já tratado no item 3.3 deste trabalho.

por esta via, muito embora haja a utilização deste instrumento de solução para obstar o próprio direito de ação⁸¹.

Outro ponto nevrálgico refere-se à *morosidade da justiça*, justamente pela banalização do exercício do direito de ação, com litigantes contumazes, o que acarreta um abarrotamento de processos, físicos e eletrônicos, nos tribunais, que muitas vezes carecem de estrutura para atendimento da demanda.

A morosidade também se deve à possibilidade de interposição de inúmeros recursos, protelando o processo em flagrante ausência de boa-fé, geralmente da parte sucumbente, cujo fato também foi amenizado pelo novo código de processo civil, na medida em que extinguiu alguns recursos e incidentes, valorizando boa-fé processual.

Paralelamente a isto, não se pode esquecer as condições estruturais dos tribunais, os quais, com poucas exceções, enfrentam uma carência de servidores e apresentam estruturas físicas deficitárias, cuja deficiência não acompanha ao volume de processos que são ajuizados diariamente.

Apenas a título de esclarecimento, mais uma vez, oportuno trazer à baila dados do CNJ, o qual registrou, acerca da litigiosidade no país, que “[...] em 2015, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 71,2 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior aos ingressados. E estima-se, portanto, que ao final de 2016 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando assim 72 milhões de processos pendentes [...]”⁸².

Neste ponto, o sistema de precedentes judiciais vem no sentido de tentar amenizar este volume de demandas judiciais, uniformizando o entendimento acerca de determinada matéria, o que também já era feito nos recursos repetitivos, mas com uma nova roupagem.

Nessa esteira, como efeito dominó, a *demora processual* é um grande impasse para a tutela jurisdicional, prejudicando a efetividade dos direitos fundamentais, notoriamente o *acesso à justiça* em suas esferas formal e material.

Por conseguinte, muitas justificativas são usadas pela comunidade jurídica e sociedade organizada no afã de justificar tal imbróglia. Observa-se a imputação da culpa ao excesso de

⁸¹ Cabe aduzir, diante de determinado caso concreto no exercício da advocacia, que empresas de grande porte, ao celebrarem contratos de prestação de serviços perante empresa menores, especialmente no ramo da construção civil, impõem cláusula arbitral como forma de dirimir eventuais conflitos. No entanto, diante da hipossuficiência financeira da contratada, ingressar perante Tribunal Arbitral, muitas vezes em outro ente federativo, representa um desestímulo à própria tutela jurisdicional.

⁸² CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017. p. 48-56.

recursos – o que já foi tratado alhures –, à falta de interesse de políticas públicas, aos governantes para valer-se da demora do processo para prestar uma obrigação, bem como a própria atuação do réu, o qual vale-se da demora do processo para protelar o cumprimento da obrigação ou até mesmo para aumentar o poder de barganha diante do dever de reparar um dano.

Não é raro, aliás, extremamente corriqueiro, conforme afirmou Calamandrei⁸³, o autor cuja vida depende do bem jurídico em litígio se sentir obrigado a ceder parte de seu direito diante da demora do processo, o que confere ao réu condições para a estruturação de estratégias de protelação e, em outras palavras, a possibilidade de abusar do seu direito de defesa.

No entanto, dentre as inúmeras justificativas levantadas, não se revela mais injusta e descabida, imputar ao magistrado a responsabilidade pela demora do processo. Trata-se de um reducionismo imperdoável⁸⁴, uma vez que a demora passa por uma questão muito mais profunda, que gira em torno da própria crise de representatividade quando da elaboração de nossas normas, até uma cultura enraizada e estruturada para que o conceito de justiça tenha tal viés.

De conseguinte, podemos demonstrar empiricamente o anseio dos próprios legisladores no que concerne à demora do processo, a partir da aplicação do instituto da prescrição intercorrente no âmbito dos direitos penal e tributário.

O direito brasileiro, *permissa venia*, tem um viés essencialmente burguês, pois as únicas hipóteses que se admitem a prescrição intercorrente, extinguindo a punibilidade e extinguindo o dever de pagar uma exação fiscal, têm como maiores atingidos as classes mais favorecidas economicamente.

De uma simples análise da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, os tipos penais incriminadores com maiores volumes de penas em abstrato atingem 05 (cinco) e 08 (oito) anos, respectivamente. Até mesmo na parte especial do Código Penal, referente aos crimes contra a Administração Pública, os tipos penais mais graves possuem uma pena em abstrato de, no máximo, 12 (doze) anos.

⁸³ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Padova: Cedam, 1954 In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015. p. 220.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2000, p. 33.

Não há dúvida de que isto incide no prazo prescricional em face dos agentes delituosos, que são geralmente pessoas mais favorecidas economicamente e intelectualmente, réus primários, com bons antecedentes, e que praticam o delito numa esfera mais específica de considerável grau de posição na Administração Pública e esfera privada, diferentemente daqueles que atentam contra o patrimônio privado e contra a vida.

Não se visa aqui estabelecer uma maior ou menor importância à determinados tipos de delito, mas enaltecer que o *acesso à justiça* passa por uma questão muito mais profunda, a exemplo da crise de representatividade, decerto, sendo um equívoco teratológico imputar a demora do processo e conseqüentemente prestação jurisdicional ao magistrado.

Muito embora percebamos alguns obstáculos à efetividade da garantia do *acesso à justiça*, não se pode deixar de lado outras iniciativas por parte do Estado em promovê-la, valendo da abdicação de um instrumento processual para atender à justiça material.

Nesse passo, a atuação das partes e órgãos estatais são imprescindíveis para a tutela de direitos, seja participando, promovendo ou defendendo direitos e garantias fundamentais, enaltecendo o *acesso à justiça* não só em sua esfera formal, mas também material. E isto, na própria atuação da atividade judicante.

É o que passamos a denominar de *Acesso à justiça formalmente negativo*, que já se verifica no âmbito das instituições estatais e jurídicas, ainda que de forma tímida, consubstanciados em enunciados, resoluções e demais deliberações de cunho normativo que promovem o *acesso à justiça* – substantivo e procedimental –, reconhecendo o direito em face do bem jurídico em litígio, seja pela simples abstenção de um ato processual ou por meio de composição.

A nomenclatura ora proposta de *acesso à justiça formalmente negativo* tem por objetivo denominar todo e qualquer conduta que se abstenha a parte e/ou a Administração Pública por meio de seus órgãos jurisdicionais, em deixar de buscar a tutela jurisdicional para solução de conflitos perante o Poder Judiciário, haja vista a formalização de autocomposição ou convenções processuais, sejam elas unilaterais ou bilaterais.

A título de exemplo do quanto delineado, a Advocacia Geral da União frequentemente estabelece enunciados que promovem o *acesso à justiça formalmente negativo* na medida em que, unilateralmente, reconhece situações fático-jurídicas, seja por meio de jurisprudência pacífica ou pela promoção de direitos de prestação e defesa do indivíduo, mas que de uma forma ou de outra desestimula a litigância ou confere efetivamente o *acesso à justiça* ao jurisdicionado. Isto é uma prática que deve ser incentivada e certamente a será a partir da

aplicação de um sistema de precedentes obrigatórios vinculados à defesa de direitos e garantias fundamentais.

Ainda que tais condutas possam ser enxergadas como um dever ou obrigação, e realmente é, não se pode deixar de reconhecer a sua importância para efetividade do *acesso à justiça* e o devido processo legal em sua duração razoável.

Ao tempo que promove tal garantia não litigando perante o Poder Judiciário, abrindo mão de recursos, defesas e impugnações, consequentemente, tutela o bem da vida posto no processo, confirmando direitos e garantias fundamentais. Isto ocorre de forma mais corriqueira na esfera do Direito Previdenciário, como se pode atestar em alguns enunciados da Advocacia Geral da União:

Enunciado nº 19, de 05 de dezembro de 2002 – Não se recorrerá da decisão judicial que declarar a inconstitucionalidade da contribuição social de servidor público civil inativo e de pensionista dos três Poderes da União, instituída pela Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999.

Enunciado nº 18, de 19 de abril de 2002 - Da decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso.

Enunciado nº 15, de 19 de abril de 2002 - Da decisão judicial que restabelecer benefício previdenciário, suspenso por possível ocorrência de fraude, sem a prévia apuração em processo administrativo, não se interporá recurso.

Enunciado nº 11, de 19 de abril de 2002 - A faculdade, prevista no art. 557 do CPC, de se negar seguimento, monocraticamente, a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou dos Tribunais Superiores, alcança também a remessa necessária.

Como se pode notar nos enunciados transcritos alhures, a própria Administração Pública se abstém de uma conduta processual, abrindo mão do suposto direito de petição em nome da defesa e/ou promoção de uma determinada garantia fundamental. No caso, um benefício previdenciário, promovendo a dignidade da pessoa humana em seu mínimo existencial, amparado pelo Estado.

A um só tempo, confere, celeridade processual, efetiva a tutela jurisdicional, segurança jurídica e respeito ao direito e responsabilidade pessoal. Em outras palavras, a segurança jurídica decorre também do formalismo valorativo, repise-se, ao passo que a União deixa de procrastinar o processo, cumprindo um papel fundamental para estancar a litigância em massa perante o Poder Judiciário. Isto, abrindo mão de recursos e petições, em seu conteúdo, essencialmente protelatórios.

No mesmo sentido, corrobora ao conceito de *acesso à justiça formalmente negativo* a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público

(CNMP), o qual expõe as razões da referida norma enaltecendo a garantia fundamental do *acesso à justiça*, abrangendo o acesso ao Judiciário e Ministério Público, estando este último comprometido com a proteção e efetivação de direitos individuais e sociais.

CONSIDERANDO que o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive o acesso ao Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais (art. 127, *caput*, da CR/1988).

Ainda nesse corolário, a referida Resolução já prevê a possibilidade de *convenções processuais* como forma de conferir tutela jurisdicional aos interesses materiais envolvidos, bem como a proteção de direitos fundamentais processuais. A ver:

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e **efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.**

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, **celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.**

Como se vê, o *acesso à justiça formalmente negativo*, ora denominado, reflete não só as condutas ou abstenções processuais que estejam baseadas em jurisprudências e/ou precedentes judiciais, mas por meio de convenções processuais, o que também foi inserido no Código de Processo Civil atual – artigo 190 –, já citado anteriormente.

De uma forma ou de outra, o *acesso à justiça formalmente negativo* traduz-se numa conduta unilateral ou até mesmo bilateral por parte de órgãos públicos ao abster-se de acionar o Poder Judiciário, original ou incidentalmente, efetivando ou defendendo direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de uma concepção jurídica baseada no dever de cooperação, uma vez que não é razoável protelar uma demanda judicial, onde não mais se discute o direito ao bem jurídico almejado pelo autor. Indiscutivelmente, tais condutas devem ser mais promovidas, evitando decurso de tempo desnecessário, precipuamente quando envolve bens jurídicos intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana e o seu mínimo existencial.

3.5 MEIOS ALTERNATIVOS PARA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Outrossim, não podemos deixar de mencionar os meios alternativos de solução de conflitos, os quais atingem as esferas formal e material da garantia do *acesso à justiça*, não se resumindo, necessariamente, em “bater às portas” do Poder Judiciário.

Pelo amor ao debate, não é demais evidenciar que a doutrina estrutura, sem sempre de maneira uniforme, a qualificação e denominação dos meios alternativos de solução dos conflitos existentes no direito pátrio. Há divisões de forma simples e objetiva como métodos *heterocompositivos* e *autocompositivos*, bem como traz ao mundo jurídico outras hipóteses de nomenclaturas, como *equivalentes jurisdicionais*⁸⁵, divergindo, inclusive quanto à natureza jurídica de alguns institutos, a exemplo da condição da arbitragem como jurisdição ou não.

Contudo, não é objeto deste trabalho enumerar todas as divergências estruturais acerca dos meios alternativos de solução de controvérsias, no entanto, haverá o cuidado de tratá-los como forma de proporcionar o amplo conhecimento sobre os institutos jurídicos.

Adotar-se-á, portanto, a estrutura tratada por Luiz Guilherme Marinoni, o qual leciona que os conflitos existentes entre as partes podem ser resolvidos pela *heterocomposição* ou *autocomposição*. O primeiro ocorre quando uma terceira pessoa resolve o impasse entre as partes, efetivando o direito material em litígio; e, na segunda hipótese, quando as próprias partes resolvem seus conflitos⁸⁶.

Os métodos *heterocompositivos*, em regra, conforme entendimento pacífico na doutrina, referem-se à jurisdição e à arbitragem (Lei 9.307/1996), cujos conflitos postos à apreciação serão julgados por uma terceira pessoa, seja pela própria atribuição a atuação estatal ou por particular, investido de poderes legais para julgar determinado caso concreto, sem olvidar, registre-se, os direitos e garantias fundamentais – materiais e processuais –, para atingir uma solução justa, sob pena de nulidade do próprio procedimento⁸⁷.

A *jurisdição* está atrelada à atuação do Estado-Juiz, o qual tem como fundamento a soberania estatal e a Constituição, cujo julgamento dar-se-á por pessoa aprovada em concurso público (regra aplicada à primeira instância), revestidas de garantias constitucionais que

⁸⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit., p.173; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 155-171.

⁸⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit.; DIDIER JR., Op. Cit.; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. 3 ed. Editora Atlas: São Paulo. 2009; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. Editora Malheiros: São Paulo. 2013.

⁸⁷ Artigos 32 e 33 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

garantem a sua imparcialidade, autonomia e independência, sendo indelegável e inafastável a sua atuação diante de um caso concreto.

No que tange à *arbitragem*, foi institucionalizada, no Brasil, pela Lei 9.307/1996, cujo objetivo seria permitir outro método de solução de conflitos afastados da atuação estatal, admitindo a sua adoção por “*peçoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”, conforme o artigo 1º, da referida lei. Ou seja, a autonomia da vontade é fator preponderante à atuação das partes envolvidas, atuando de modo condizente ao projeto neoliberal, almejando uma interferência mínima do Estado.

Tal atuação pode estar prevista de forma prévia e abstrata entre as partes, o que denomina-se de *cláusula compromissória* ou de forma incidente, quando um litígio já se encontra formado, o que é estabelecido por meio de um *compromisso arbitral*.

Oportuno salientar que o instituto da arbitragem revela-se extremamente útil diante da volatilidade e dinamicidade dos acordos e negócios empresariais da modernidade (ou pós modernidade), notadamente daqueles que tratam de grandes investimentos e vultuosa quantidade de dinheiro envolvido.

Estas operações mercantis não podem ficar à mercê da morosidade e problemas estruturais que atualmente enfrentam o Poder Judiciário brasileiro, onde se aguarda anos e anos para o deslinde de uma demanda.

Corroborando à assertiva acima, a Lei 9.307/1996 admite inclusive sua incidência nos contratos administrativos, prevendo que “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”, outorgando poderes à “*autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações*”. O que deve ser permitida por lei.

Considerando a natureza jurídica da permissão legal descrita alhures (por entender ser norma que depende de regulamentação), a Administração Pública ainda depende de nova autorização legislativa, tendo em vista as peculiaridades da atividade (des)envolvida. Assim, observa-se no ordenamento jurídico pátrio a regulação estatal, permitindo a arbitragem como forma de solução de divergências na Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (que dispõe sobre a organização, criação e funcionamento dos serviços de telecomunicações), Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997 (que dispõe sobre a política energética nacional e atividades relativas ao

monopólio de petróleo e gás natural) e Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada)⁸⁸.

Em qualquer caso, é imprescindível coexistir entre as partes o *formalismo valorativo* tanto tratado neste trabalho, pois o cumprimento das sentenças arbitrais partem, necessariamente, do *dever de cooperação e boa-fé objetiva e processual* da parte sucumbente. Evitando, dessa forma, insegurança jurídica e desvirtuação do próprio instituto, uma vez que o árbitro é desprovido de poderes executórios. Assim, a inexistência de cumprimento da obrigação estabelecida em sentença arbitral, necessitará, conseqüentemente, da tutela do Poder Judiciário.

Apropriadamente, Fredie Didier Jr. aduz que a lei de arbitragem atribui competência ao árbitro apenas para certificar direitos e não para efetivá-los⁸⁹.

Observe, paulatinamente, que o comportamento das partes envolvidas num processo judicial ou não, mas que coloquem à mesa a disposição de dirimir uma controvérsia, é de fundamental importância, inclusive, para efetivação da segurança jurídica.

Obter dictum, certamente, urge a necessidade de se passar por uma profunda mudança de mentalidade e cultura na esfera das conformações jurídicas e jurisdicionais, notadamente ao *acesso à justiça* de forma ampla, no sentido de esperar o cumprimento das obrigações decididas pelos meios de solução de conflitos. É nesse sentido que a esperança no homem jamais deve sucumbir ao relativismo moral de cunho individualista, especialmente quando interesses próprios estão sendo colocados em questão.

Outra forma heterônoma de solução de conflitos é verificada quando o próprio Estado, por meio dos tribunais e órgãos administrativos, julgam processos que versam sobre direitos, obrigações e deveres dos administrados. Tal método, como é de conhecimento geral, não exclui, por opção do constituinte originário, a apreciação e controle por parte do Poder Judiciário⁹⁰, haja vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No que tange aos meios *autocompositivos* de resolução de conflitos, a doutrina os classificam como *espontânea* (transação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia de direitos) ou *estimulada* (conciliação e mediação).

⁸⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**. Editora Fórum: Belo Horizonte. 2012, p. 35;

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 175.

⁹⁰ PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Shroder. **Direito Processual Tributário. Processo Administrativo Fiscal e Execução à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8 ed. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2014, p. 09; MARINS, James. **Direito Processual Tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 4 ed. Editora Dialética: São Paulo. 2005. p. 350; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. Atlas: São Paulo. 2015, p. 287-309.

A *autocomposição espontânea* pode ocorrer através de condutas unilateral ou bilateral das partes envolvidas, atingindo o próprio bem jurídico posto em litígio. Apenas a título de esclarecimento, este meio alternativo não possui qualquer relação com os negócios jurídicos processuais previsto no artigo 190, do CPC/15, pois este último instituto refere-se aos procedimentos do processo e não versa sobre o direito material em si.

Na *autocomposição estimulada* haverá a participação de um terceiro – conciliador ou mediador –, cuja figura tomou novos contornos no atual Código de Processo Civil, contudo, este não resolverá a lide, pois seu papel é auxiliar as partes a encontrar um meio termo à sua resolução, o que diferencia da *heterocomposição*.

A *mediação e conciliação*, tendo em vista tratar-se de importantes institutos, os mesmos vêm sendo utilizados como uma questão de política pública pelo Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2010, com Resolução nº 125.

Tendo como principal organizador desta política, no âmbito do Poder Judiciário, o CNJ, este impõe em face dos tribunais, a criação de centros de solução de conflitos; regulamenta a atuação dos mediadores e conciliadores; cria um código de ética; e, define os requisitos curriculares mínimos para atuação dos mesmos.

Ademais, ainda que de forma não cogente, mas diretivo e orientador, o conteúdo dos “*considerandas*” do texto normativo revela sua importância, ressaltando aqui o *acesso à justiça* como vetor à uma ordem jurídica justa por meio de soluções efetivas⁹¹.

Nesse passo, os institutos *autocompositivos* mereceram destaque no Título IV, Capítulo III, Seção V, do Código de Processo Civil vigente, complementando a garantia do *acesso à justiça* ante os institutos já demonstrados no item 3.3 deste capítulo.

Inclusive, o artigo 166, do CPC/15, prevê, taxativamente, que a mediação e conciliação são regidos pelos princípios da independência, imparcialidade, autorregramento da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada. O que não exclui, *permissa venia*, outros mandados de otimização que versem sobre o processo e deveres de informações às autoridades estatais quando incidentes no caso concreto situações jurídicas penais e tributárias, relativizando a confidencialidade.

A *conciliação* se caracteriza por haver uma participação mais ativa do terceiro no processo de negociação, podendo sugerir solução para pôr fim à controvérsia jurídica entre as

⁹¹ Resolução n. 125/2010, Conselho Nacional de Justiça, “*CONSIDERANDO que o direito ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além de sua vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*”.

partes, sendo mais indicada quando as partes envolvidas não possuem vínculos jurídicos anteriores⁹².

No entanto, figura igualmente importante, mas mais inovadora, refere-se à *mediação*. Isto porque, dada a sua importância, o referido instituto obteve regramento legal específico com a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, cuja vigência se deu em poucos meses após a promulgação do novo CPC.

Diferentemente do papel do conciliador, o mediador exerce uma atribuição mais neutra, servindo como um veículo de comunicação entre as partes, proporcionando o diálogo, tentando fazer com que as partes enxerguem as questões e interesses em conflito para que eles mesmos possam alcançar um denominador comum, renunciando e promovendo benefícios mútuos⁹³.

De tudo quanto exposto até então, ainda que de forma perfunctória, no que concerne às figuras jurídicas da *conciliação* e da *mediação*, imperioso trazer ao presente estudo, além dos princípios que aplicam aos institutos simultaneamente, os princípios da isonomia; busca do consenso; e boa-fé, previstos nos incisos II, VI e VIII, do artigo 2º, da Lei 13.140/2015, respectivamente.

Com exceção do *princípio da busca do consenso*, que é mais específico ao instituto da *mediação*, todos os demais são fundamentais e aplicados no âmbito do processo. Mas chama a atenção da aplicação do princípio da isonomia, consubstanciado no artigo 10º, § único, da Lei 13.140/2015, o qual dispõe que “*comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas*”.

Isto nada mais é do que o princípio da igualdade formal e a aplicação do *princípio da paridade de armas* no procedimento de solução *autocompositiva* de conflitos e indo mais fundo, observa-se o *dever de cooperação* que deve existir entre as partes na medida em que o acompanhamento de profissional técnico proporciona o fortalecimento de diálogo, objetivo da *mediação*.

Evidente, portanto, que o *acesso à justiça* no direito brasileiro tem avançado de forma mais efetiva, não apenas limitando-se à abertura do Poder Judiciário, assim como foi feito, somente a título de exemplo, quando da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 às ações de massa.

⁹² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 274.

⁹³ DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 274.

4 TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DE GEORGE JELLINEK E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Direitos fundamentais são atribuídos a toda e qualquer pessoa, de toda e qualquer sociedade organizada cumpridora de suas leis e que estejam em consonância com as normas internacionais de tutela da dignidade da pessoa humana, cujo processo de conquistas e defesas de direitos alcançaram um patamar de condições mínimas de existência e essenciais para a efetividade do *mínimo existencial*.

O processo histórico de conquistas de direitos revela a característica e a essencialidade de seu povo, cujo processo de transformação não pode ser aniquilado ou afastado, não só por comprometer a ordem econômica, jurídica e social, gerando insegurança e incertezas aos jurisdicionados, mas, sobretudo, por representar um retrocesso do próprio direito e ao povo à ele vinculado.

Tal entendimento vem sendo acompanhado pela doutrina, em especial a constitucionalista, como J. J. Gomes Canotilho (*Constitucionalismo Autogenerativo*), repise-se, onde explica que o constituinte originário não pode desprender-se dos valores e conquistas da sociedade na formação da primeira Constituição ou dos direitos alcançados na Constituição superada⁹⁴. Ou seja, tais direitos se restauram ainda que com o advento de uma nova ordem constitucional.

Isto demonstra a importância das conquistas sociais, direitos e garantias fundamentais e no presente caso, mais especificamente as normas relacionadas aos processos em geral, judicial ou administrativo, onde e quando a tutela almejada esteja em congruência com o *acesso à justiça* em todas as suas formas.

Ou seja, as normas processuais devem estar condizentes com os mandamentos constitucionais, sendo estas fontes irrenunciáveis ao trâmite processual e procedimental, de modo a garantir regras claras e seguras no processo e equalização de litígios, sempre sob a égide do *formalismo-valorativo* (boa-fé, lealdade e probidade no processo)⁹⁵ e dever de cooperação entre as partes, promovendo, defendendo ou até mesmo sopesando direitos e garantias fundamentais em rota de colisão.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4 ed. São Paulo Saraiva. 2010.

Nesse ponto, não se pode olvidar as lições de *George Jellinek*⁹⁶, o qual defende que os direitos fundamentais possuem as funções de defesa, de prestação e participação, relacionando-os à teoria dos quatro *status*, passivo, ativo, positivo e negativo. *(i)* O *status* passivo é aquele em que o indivíduo encontra-se em posição de subordinação com relação aos poderes públicos. Dessa forma, o Estado tem competência para vincular o indivíduo, através de mandamentos e proibições; *(ii)* O *status* ativo, por sua vez, representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado. Sendo clara manifestação, os direitos políticos. O *status* ativo do indivíduo concretiza-se principalmente através do voto e porque não dizer, na autonomia da vontade quando a lei não proíbe comportamentos; e *(iii)* O *status* negativo representa o espaço que o indivíduo tem para agir livre da atuação do Estado, podendo autodeterminar-se sem ingerência estatal; por fim, *(iv)* o *status* positivo, que consiste na possibilidade do indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor.

Seguindo esta linha de entendimento, a consagração de direitos materiais na ordem constitucional também deve refletir nos ritos processuais e procedimentais, onde o devido processo legal formal (direito de ser ouvido) e substancial (direito de poder influir na decisão), conferem efetividade ao *acesso à justiça* de maneira ampla. Além, é claro, de representar a aplicação de direitos fundamentais constitucionais no processo, o que condiz com o *neoprocessualismo*.

No mesmo corolário, a formação do precedente deve observar tais premissas, fato que não se verifica maiores celeumas em nosso ordenamento pátrio, mas, nesse desiderato, o Estado-Juiz ao confrontar-se com um caso concreto, cujos efeitos da decisão possam ter caráter abstrato, tal decisão deve estar associada à necessidade de tutelar o jurisdicionado nos moldes dos direitos e garantias fundamentais, ainda que se valendo da técnica da ponderação de interesses.

Destaca-se aqui o papel do Poder Judiciário em dizer o direito, tutelando o jurisdicionado na *defesa* em prol de direitos e garantias fundamentais, evitando discricionariedade ou até mesmo arbitrariedades que estejam fora de tais moldes. Como também *prestando* a tutela jurisdicional no sentido de efetivar e garantir que direitos consagrados não sejam olvidados, inclusive, interpretando a norma sob este viés.

Notadamente, não se pode falar em direitos de *defesa* e de *prestação* sem evidenciar a segurança jurídica que se busca na formação do precedente, uma vez que a linha de entendimento diante da *ratio decidendi* que se depara, quando baseados em premissas

⁹⁶ Jellinek, George. **Teoría general del Estado**. Buenos Aires. Editorial Albatros: 1954. p. 145.

constitucionais, tem o condão de atribuir à ordem normativa maior previsibilidade e segurança, repise-se.

Não por outra razão leciona Luiz Guilherme Marinoni⁹⁷ que para existir segurança jurídica há de se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade. Inclusive, a previsibilidade está intrinsecamente ligada à confiança.

Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade (a exemplo daquele que comete um ilícito penal, tendo a perspectiva de ser recolhido ao cárcere), cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências de suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos do ato do poder público, complementa o autor.

Na mesma linha de raciocínio, J. J. Gomes Canotilho⁹⁸ eleva a *segurança jurídica* e a proteção da confiança a lugar de destaque. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está em conexão com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

Diante destas considerações, é oportuno enaltecer que os direitos de *defesa e prestação*, defendidos por George Jellinek, como forma de evitar que o Estado viole direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, seja no exercício de seu poder de polícia ou por meio de políticas públicas, também engloba o Estado-Juiz no desempenho de sua função típica, a prestação jurisdicional, especialmente na formação do precedente judicial, de modo que a *ratio decidendi* esteja condizente com as normas constitucionais, não só no seu plano material, mas, também, formal. Uma vez que oportunizar o direito de ser ouvido é questão basilar à efetividade do devido processo legal e conseqüentemente o *acesso à justiça*.

Tal direcionamento, quando observado, atendem ao conceito de *neoprocessualismo*, o que pode ser extraído das lições de Wilson Alves de Souza⁹⁹, malgrado não adote o autor tal terminologia. Para tanto, pede-se *venia* para transcrição:

Do ponto de vista hierárquico, o mais relevante estatuto normativo é a constituição, impregnada de princípios (explícito ou implícitos), a partir, no que se refere ao direito processual, do princípio do processo devido em direito, alguns deles também caracterizados como garantias e direitos fundamentais, dentro os quais se insere o

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011. P. 136-137.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra; Almedina, 2002. p. 257.

⁹⁹ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Ed. Dois de Julho. Salvador: 2011, p. 80.

princípio do acesso à justiça. Segue-se o código de processo civil, principal estatuto regulamentador da constituição no que diz respeito ao processo em geral e ao processo civil em particular, outros códigos de processo e leis processuais extravagantes. Abaixo dessas leis surgem outros diplomas regulamentadores, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais. Ao mesmo tempo a constituição possui dispositivos prescrevendo competências de órgãos jurisdicionais, controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, etc. Fala-se, na **primeira hipótese**, em Direito Constitucional Processual, e, na **segunda hipótese**, em Direito Processual Constitucional em sentido estrito. Os dois aspectos em conjunto envolvem o que se denomina de Direito Processual Constitucional em sentido amplo.

Justamente na segunda hipótese trazida pelo autor mencionado alhures, qual seja, o Direito Processual Constitucional, pode-se identificar o *neoprocessoalismo*, o qual, baseado no dever do Estado-Juiz de zelar pelas garantias e direitos fundamentais, *defendendo-os* e/ou *prestando-os*, é possível conferir maior segurança jurídica no desempenho da atividade jurisdicional, especialmente na formação do precedente a partir da *ratio decidendi*.

Desta forma, o elo central entre a teoria dos quatro *status* de Jellinek, ao definir os direitos de prestação e defesa, juntamente com o conceito de *neoprocessoalismo* e segurança jurídica, reside na observância e efetiva aplicação dos direitos fundamentais, diante do caso concreto, tendo tal proteção como pilar e premissa básica na formação do precedente.

Assim, proporcionará, como consectário lógico, efetividade do princípio do *acesso à justiça* em seu sentido mais amplo, pois atingirá em sua forma os procedimentos adotados para as tomadas de decisões, bem como, em sua substância, já que a *ratio decidendi* extraída da análise do caso concreto estará amparada na ordem constitucional, em especial nos direitos e garantias fundamentais, contendo um efeito cogente aos jurisdicionados. Daí sua importância.

4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Estado Democrático de Direito deve ter como princípio orientador a segurança jurídica. Fato. Indiscutivelmente, a segurança jurídica é um passo essencial à estabilização das relações jurídicas num Estado cumpridor de suas leis, não só quando da aplicação vertical dos direitos e garantias fundamentais, mas também em sua aplicação horizontal. Isto, diante do senso comum de observância de tais garantias nas relações particulares, concretizando de forma abrangente o conceito de cidadania.

No mesmo sentido, a estabilização das relações jurídicas passa necessariamente pela estabilização jurisprudencial, uma vez que a certeza jurídica propicia que os jurisdicionados

vivam com autonomia e sob circunstâncias de confiança e respeito mútuos¹⁰⁰, diante de um conhecimento prévio em face de determinada circunstância fático-jurídica.

Desdobramento lógico do princípio da segurança jurídica são os axiomas da *estabilidade e previsibilidade*, pois, em tais valores, ou até mesmo podendo qualifica-los como subprincípios, confere-se a importância necessária à efetividade dos mandamentos de otimização. Nesse passo, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰¹ leciona que a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, gerando tranquilidade no jurisdicionado, podendo o indivíduo moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. Ou até mesmo calculabilidade.

Imperioso chamar a atenção de que a previsibilidade também decorre da disposição legal de uma coerção, valendo-se da Teoria Pura do Direito de *Hans Kelsen*¹⁰², o que em certa medida não se pode negar que também promove a segurança jurídica necessária para a tão almejada pacificação social.

E é justamente a previsibilidade e estabilidade, sem prejuízo das formas de mudança dos precedentes judiciais e *acesso à justiça*, que conjuntamente observadas têm grande importância para os operadores do direito: advogados, defensores públicos, promotores, procuradores etc., pois a consultoria de forma segura e baseada na estabilização das decisões judiciais enseja na prevenção de conflitos, viabilização de investimentos e seus custos.

Destarte, mais uma vez oportuna as lições de Luiz Guilherme Marinoni¹⁰³, quando afirma que o maior responsável pela orientação jurídica é o advogado, pois nos Estados Democráticos de Direito cabe à classe de causídicos a responsabilidade de orientar os cidadãos acerca de seus direitos, deveres e obrigações. Acrescenta ainda, que é prejudicial à sociedade, comprometendo, inclusive o *acesso à justiça*, a impossibilidade de orientar seus clientes acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito. Exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Poder Judiciário.

Isto é essencial num Estado Democrático de Direito, pois uma sociedade segura em suas relações jurídicas é passo primordial para a formação de uma sociedade que busca o bem-estar social.

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2006.

¹⁰¹ ARRUDA, Teresa Alvim Wambier. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **RePro**, vol. 172, p. 6. São Paulo: Editora RT, jun. 2009 (versão on-line).

¹⁰² KELSEN, Op. Cit.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. Rev. e ampliada. São Paulo: Ed. RT. 2013. p. 177.

4.1.1 Conceito

Conceituar o princípio da segurança jurídica é uma tarefa árdua, pois somente é possível quando observado elementos que definem a sua abrangência no corpo normativo, a natureza jurídica enquanto norma, seu conteúdo e grau de cognoscibilidade, seja por parte do operador do direito, do legislador e quando da atuação do poder executivo.

Indiscutivelmente, essa vinculação dos três Poderes, decorre do quanto prescrito pelo Art. 5º, § 1º, da Carta Política de 1988, haja vista a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁰⁴. Ou seja, partindo da premissa que o princípio da segurança jurídica é uma garantia fundamental. E realmente é. O Estado tem o dever de buscar tal efetividade.

Nessa linha de raciocínio, a segurança jurídica, seja por razões normativas ou teóricas, dependem de uma construção que está relacionada às atividades doutrinária e/ou jurisprudencial, consoante explica José Souto Maior Borges, considerando, ainda, nas lições de Eros Roberto Grau¹⁰⁵, que “*não existem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados de uma linha de montagem, para os problemas jurídicos*”.

Tais entendimentos, inclusive, encontram amparo nas lições de Ronald Dworkin, ao afirmar que “*a prática legal, diferentemente de tantos outros fenômenos sociais, é argumentativa. Cada ator na prática compreende que o que permite ou o que requer depende da verdade de certas proposições, que somente recebem sentido por meio da ou na prática; a prática consiste em larga medida no emprego e na arguição dessas proposições*”¹⁰⁶.

Seguindo as lições de Humberto Ávila, conceituar o princípio da segurança jurídica implica necessariamente em observar os aspectos finalísticos da segurança, os quais reunidos conformam o conceito desejado. Nesse passo, questiona-se a normatividade da segurança jurídica, se norma-regra ou norma-princípio; o conteúdo material em que está alicerçado; e as abrangências, subjetiva e temporal da garantia fundamental¹⁰⁷.

Nos termos do *caput*, do artigo 5º, da CF/88, ao garantir aos brasileiros e estrangeiros o direito à *segurança* ao lado da *liberdade*, *igualdade* e *propriedade* atribui à expressão conteúdo

¹⁰⁴ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2015, p. 456.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2006, p. 36; BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. Editora Saraiva: São Paulo. 2005, p. 10.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Editora Martins Fontes: São Paulo. 2014, p. 65-66.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2016, p. 267-268.

jurídico de valor com conotação de âmbito social e objetivo num Estado Democrático de Direito. E dada a sua importância na estruturação do Estado e sociedade, pressupõe que conferindo maior amplitude em seu significado e abrangência, é possível estabelecer uma conformação social baseada em perspectivas confiáveis, evitando, deste modo, a surpresa. Logo, oportuno a análise dos aspectos normativo, material, subjetivo e temporal do princípio da segurança jurídica.

4.1.1.1 *Aspecto normativo*

O aspecto normativo da segurança jurídica qualifica-se como uma *norma-princípio*, uma vez que contém ordem descritiva e finalística¹⁰⁸. Além de um conteúdo axiológico.

Ou seja, possui uma normatividade de previsão de um comportamento que se adequa a uma norma – subsunção do fato à norma –, bem como uma pretensão de complementaridade, dependendo de uma avaliação diante do caso concreto e análise de determinado bem jurídico envolvido, promovendo um bem comum.

É o que o autor denomina como um dever imediato de “*adoção de conduta descrita*” e “*promoção de um estado ideal de coisas*”, respectivamente¹⁰⁹.

4.1.1.2 *Aspecto material*

A segurança jurídica está calcada em 04 (quatro) bases de estado: *cognoscibilidade*, *confiabilidade*, *calculabilidade* e *efetividade*.

A *cognoscibilidade* está atrelada a uma indeterminação da linguagem, haja vista não ser possível apresentar ou concluir por significados totalmente prontos, dependendo, de forma imprescindível, de uma atividade interpretativa, capaz de compreender alternativas, material e intelectual, para se alcançar uma aplicação razoável, que atenda uma situação abstrata de modo a conformar uma realidade social, concretizando a garantia da segurança jurídica.

Decifrar a partir da análise de um caso concreto a morada da segurança jurídica, revela-se imprescindível ao julgador na função de *dizer o direito*, especialmente por residir estruturalmente na fundamentação do *decisum*, o que deságua, inevitavelmente, na *confiabilidade* e *calculabilidade*.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2016, p. 270.

A *confiabilidade* traduz-se num desdobramento lógico de segurança, em sentido *stricto*, embora não signifique ou implique na imutabilidade do conteúdo valorativo das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Tal observação é deveras importante, pois ainda que a Constituição Federal possua normas imutáveis – cláusulas pétreas –, tal “engessamento” não atinge o seu conteúdo valorativo. E tal conteúdo está intrinsecamente ligado às mudanças econômicas, políticas, sociais, ambientais, dentre outros aspectos, de uma sociedade organizada em constante transformação.

A exemplo do quanto esposado, podemos rememorar as transformações ocorridas no conceito de família, meio ambiente sustentável, função social da propriedade, livre concorrência e dignidade da pessoa humana e o próprio conceito de *acesso à justiça* no bojo da CF/88. E o rol é meramente exemplificativo.

Nota relevante ao presente ponto refere-se à reinterpretação do princípio da presunção de inocência conferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, o que será tratado adiante.

Por fim, a *calculabilidade* apresentada por Humberto Ávila substitui a noção de *previsibilidade*, já tratada anteriormente, uma vez que o autor entende de que a denominação estagna o processo dialético do direito, dando a entender que não é possível o processo de reconstrução argumentativa¹¹⁰ do direito. Nesse corolário, defende autor:

O que se defende, aqui, é a compreensão do Direito como uma harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas: **a atividade do operador do Direito parte de reconstruções de significados normativos por meio de regras de argumentação – contudo tem sua aplicação dependente de postulados hermenêuticos e aplicativos.** O Direito assim, ao contrário de ser mero objeto cuja realização independe de estruturas argumentativas, ou simples atividade argumentativa sem qualquer heterolimitação decorrente de significados normativos que o antecedem; é uma espécie de “objeto-atividade”, pois requer, para sua realização, a reconstrução de significados e de estruturas argumentativas de legitimação e fundamentação.

De todo modo, está ligada à capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas de futuras normas a fatos jurídicos regulados por outras disposições legais. E aqui não obsta a independência do Poder Legislativo em inovar no universo jurídico, mas, este tem o dever de preservar direitos e garantias fundamentais, como forma, inclusive, de promover a segurança jurídica¹¹¹.

¹¹⁰ ÁVILA, Op Cit., p. 270.

¹¹¹ ÁVILA, Op. Cit. p. 270-271.

Ainda nesta senda, a *calculabilidade* se apresenta numa outra vertente, qual seja, pela capacidade do agente jurisdicionado ou operador do direito vislumbrar o modo e contexto histórico, social e econômico das normas jurídicas na medida que passíveis de reconstrução e reinterpretações.

Neste quesito, muito mais adequado a utilização de *calculabilidade* no âmbito dos precedentes judiciais, pois empenha um significado mais dinâmico, o que não importa, necessariamente, em instabilidade jurídica.

Assim, observa-se que há dois modos de enxergar a *calculabilidade*: uma, pela produção legislativa – não só por meio do Poder Legislativo, mas também dos demais poderes –; outra, sob a ótica do jurisdicionado e operador do direito, a partir das qualificações jurídicas e análise dos órgãos aplicadores do direito.

Por derradeiro, a segurança jurídica está condicionada à capacidade de *efetividade* da norma. Ter o conhecimento da norma (*cognoscibilidade*), *confiabilidade* e *calculabilidade*, contudo, sem *efetividade*, toda a estrutura normativa se esvai, retornando ao *status a quo ante*, de incerteza e descrédito, o que explica a razão pela qual a ideia de segurança jurídica está ligada ao sentimento de que a ordem normativa não deve ser violada¹¹².

Logicamente, toda *lesão ou ameaça a direito* – garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXV, CF/88 – seria *flatus vocis*, não havendo razão de existir, pois desprovido de coerção¹¹³, impositividade e autoridade. Isto pois, a natureza existencial de um Estado Democrático de Direito também passa pela ideia de que o Estado e seus jurisdicionados são cumpridores de suas leis, não olvidando ao fato de que sua estrutura normativa somente será considerada segura pela capacidade de se impor acaso haja ameaça ou violação a bem jurídico¹¹⁴.

4.1.1.3 Aspecto subjetivo

A segurança jurídica também deve ser avaliada na perspectiva do destinatário. Deste modo, pode assumir 02 (duas) esferas de extensão: uma de cunho objetivo e impessoal, o que está ligado a um interesse coletivo e geral, outra numa esfera de abrangência individual, de

¹¹² COING, Helmut. **Grundzug der Rechtsphilosophie**. 5 ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 145. apud MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23.

¹¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23; ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250-256.

cunho subjetivo e pessoal, diferenciando-as quanto aos efeitos, abstratos e concretos, respectivamente.

Percebe-se o atendimento a interesses individuais, a partir da aplicação do Direito a partir de situações fáticas-jurídicas concretas ou até mesmo por meio da aplicação de institutos legais como a coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, dentre outras garantias. Noutra banda, interesses socialmente relevantes são verificados quando o Direito é endereçado a uma camada maior de destinatários, ampliando subjetivamente a eficácia da norma jurídica.

Nesse passo, mister trazer à baila a diferenciação principiológica que faz Humberto Ávila no que tange à abrangência do aspecto subjetivo da segurança jurídica, atribuindo o *princípio da segurança jurídica* à eficácia *erga omnes* da norma jurídica, e o *princípio da proteção da confiança* quando a eficácia da norma jurídica tem aplicação de cunho pessoal, individual¹¹⁵.

Justifica o supracitado autor que o princípio da segurança jurídica tem como fundamento a proteção “das confianças” – dos cidadãos em geral –, ao passo que o princípio da proteção da confiança constitui uma garantia “da confiança”, considerando uma manifestação do direito mais específica. Tanto é verdade, que prefere denominar de direito subjetivo à proteção da confiança do que qualificá-lo como princípio.

Desta forma, mensurar a extensão do aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica corrobora com a essência de um sistema jurídico baseado na força dos precedentes judiciais, pois o tripé do aspecto material, já tratado alhures, enseja no desestímulo à litigância, notadamente quando situações concretas, abstratas ou concretas, já foram objeto de manifestação do Poder Judiciário. Isto, registre-se, sem prejuízo da dinâmica dos precedentes judiciais no que concerne à possibilidade de aplicação ou modificação.

4.1.1.4 Aspecto temporal

Quanto ao aspecto temporal, o princípio da segurança jurídica tem abrangência no *passado*, no *presente* e no *futuro*. E não podia ser diferente, uma vez que as conformações jurídicas e sociais necessariamente passam por um processo histórico de transformações e conquistas de direitos, sob influências econômicas, culturais e políticas, dentre outros.

Indiscutivelmente, direito deve acompanhar as transformações de seu tempo, conforme leciona Alf Ross¹¹⁶. E aqui reside a observância de uma “segurança rítmica”, especialmente

¹¹⁵ ÁVILA, Op. Cit. p. 279.

¹¹⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro. 2007, p. 91.

quando se depara com cláusulas abertas do Direito. Ou seja, o processo de transformação normativa e interpretativa deve acompanhar o ritmo da sociedade, mas sem se afastar da preservação de direitos e garantias fundamentais - estrutura basilar de todo o ordenamento jurídico num Estado Constitucionalmente Democrático.

Olhar para o passado no âmbito da aplicação de determinada norma revela-se precípua importância para atualização da atividade jurídica, pois de forma sequencial, observando a estrutura normativa do presente, é possível, por meio da *calculabilidade*, traçar o grau de vinculação das normas no amanhã.

4.1.2 Dimensões da segurança jurídica

A segurança jurídica, ainda nos moldes da doutrina de Humberto Ávila, pode-se elencar duas dimensões. Quais sejam, *estática* e *dinâmica*¹¹⁷.

A dimensão *estática* deve ser compreendida como uma questão estrutural, o que não quer dizer que seja imóvel, pois estabelecer elementos estruturais atribui ao Direito uma concepção que servirá de guia de conduta para regulação das relações jurídicas interpessoais, assim como fundamento e limite do exercício do poder jurisdicional.

Neste último caso, – fundamentos e parâmetros ao exercício do poder jurisdicional –, tratando da segurança jurídica como elemento estrutural na aplicação e formação dos precedentes, a *ratio decidendi* não pode se desprender de garantias mínimas para efetivação e promoção de direitos fundamentais.

No bojo deste trabalho, a dimensão *estática* significa na observância de requisitos estruturais aptos a promover a eficácia e legitimidade de direitos fundamentais, no presente caso, o *acesso à justiça*. É o que se pretende fixar: parâmetros essenciais.

De conseguinte, tratar da dimensão *dinâmica*, ao contrário da dimensão *estática*, tem como viés examinar os requisitos relativos aos atos indispensáveis para aplicação da norma¹¹⁸, o que está diretamente ligado às questões da ação e conduta no tempo e transição do direito.

A estabilidade do Direito e, portanto, a segurança jurídica, liga-se à uma necessidade de observar questões temporais, uma vez que o que era aplicado no passado ainda pode se aplicar no presente ou já indicar uma mudança no futuro.

¹¹⁷ ÁVILA, Op. Cit., p. 279.

¹¹⁸ ARCOS RAMÍREZ, Federico. La seguridad jurídica: una teoría formal. Libros Dykinson: Madrid. 2000, p. 54. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2016, p. 357.

É o que se dá quando a dimensão *dinâmica* da segurança jurídica se depara com a dinâmica das formas de alteração de um precedente judicial – aqui, a “técnicas de sinalização” –, onde o tribunal julgador sinaliza no corpo da decisão que determinadas questões deverão ser tratadas, em casos futuros, sob determinada linha de entendimento jurídico (veremos adiante).

Não por outras razões, a presente conceituação encontra total consonância entre a relação jurídica coerente que deve existir entre o princípio da segurança jurídica e os precedentes judiciais, de modo a estruturar a ordem jurídica no sentido, como dito, de orientação.

E nesse corolário, estruturas basilares sólidas, a exemplo de construções de conteúdos essenciais na promoção e defesa de direitos, estarão sempre atreladas à dimensão *dinâmica*, pois a própria interpretação da norma vai estar condizente com as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais na sociedade hodierna. E assim, tende e deve ocorrer quando da formação dos precedentes judiciais.

4.2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como esposado alhures, especificamente no que tange ao conceito de segurança jurídica proposto por Humberto Ávila, a partir das dimensões *estática* e *dinâmica*, não se duvida a relação umbilical entre os precedentes judiciais e o princípio da segurança jurídica.

Tal análise permitiu observar que valores relevantes para a previsibilidade e estabilização das decisões judiciais são essenciais para promoção da segurança jurídica, pois nos mais variados ramos da ciência jurídica, estabelecer valores e comportamentos fomenta o desenvolvimento econômico e social, promove a igualdade, fortalece as instituições estatais, incentiva a racionalidade econômica, além de respeito e responsabilidade pessoais.

Destarte, a importância do precedente não se restringe à conferir uma maior autonomia e independência do Poder Judiciário ao proferir suas decisões e conseqüentemente criando normas jurídicas. Sua importância também é vislumbrada na coerência da ordem normativa, passando a atribuir ao arcabouço jurídico e judicial seguranças necessárias à garantia fundamental do *acesso à justiça*. Sendo assim, algumas benesses são indicadas por Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁹. A saber.

¹¹⁹ MARINONI, Op. Cit. p. 166/189.

4.2.1 Segurança e coerência jurídica na ordem normativa

A partir do momento em que o juiz cria o direito, deixando de ser a “boca da lei”¹²⁰, automaticamente deixa de expressar apenas a vontade do legislador para passar a modelar os contornos sócio-jurídicos a uma ordem normativa constitucional, baseado nos princípios e premissas de tutela do bem-estar social – (*welfare state*)¹²¹. Melhor dizendo, a tutela da pacificação social.

Não sendo o caso de alguma das formas de modificação ou distinção de um precedente judicial, fomentar a litigiosidade acarretará a perda de tempo e dinheiro. O devedor ou o litigante contumaz não mais valerá, ou ao menos diminuirá as estratégias jurídicas, para protelar o cumprimento de uma obrigação.

Além disso, a *confiabilidade* na jurisdição estatal revelar-se-á um poderoso artifício para a promoção dos direitos e garantias fundamentais. E isto guiará, ou deverá guiar, o exercício das funções típicas e atípicas dos demais poderes. Justamente pela calculabilidade e estabilidade das relações jurídicas.

4.2.2 Desestímulo à litigância

Aqui devemos esclarecer que o *acesso à justiça* não compreende o significado no direito subjetivo de litigar, embora tal entendimento ainda seja enraizado no nosso contexto sócio-jurídico brasileiro, como já esposado alhures.

A partir do precedente, confiabilidade e estabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, desestimula o caráter da litigiosidade, ensejando numa segurança jurídica e estabilidade que somente poderá ser superada, modificada ou diferenciada diante de um precedente, pelas técnicas dinâmicas de superação (o que será tratado no capítulo 5).

Tais institutos somente enobrecem o *acesso à justiça*, pois confiabilidade e estabilidade não ensejam em imutabilidade. E é neste ponto que se destaca a dimensão *dinâmica* da segurança jurídica, pois no âmbito de aplicação da norma poderá haver pelo operador do direito reinterpretações, novos significados e adequação do Direito face às novas conjecturas sociais, econômicas, culturais e etc.

Como leciona o autor Thomas Lee:

¹²⁰ MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

¹²¹ MARINONI, Op. Cit., p. 170.

Um sistema que melhora a estabilidade do corpo de precedentes da Corte desencoraja os gastos com litígios que visam a perturbá-lo. (No original: A system that enhances the stability of the Court's body of precedent discourages expenditures on litigation aimed at disrupting it).¹²²

Não é demais chamar a atenção que o desestímulo à litigância também seguirá com o processo de mudança cultural, mas que em boa parte também será influenciado a partir da obediência do indivíduo em relação aos precedentes judiciais. Logicamente haverá irresignações consubstanciadas em meios específicos de impugnações, mas o conhecimento da *ratio decidendi* diante do caso concreto, revelará a conduta das partes e advogados em buscar outros meios de solução de conflitos, quiçá a justa e eficiente *auto* ou *heterocomposição*.

4.2.3 Favorecimento de acordos

Diante de uma situação fática-jurídica, a celebração de composição é estimulada ante a confiabilidade do pronunciamento do Poder Judiciário ante determinado caso concreto, já precedido de um precedente judicial, sem prejuízo, em alguns casos pela *calculabilidade* dos termos de uma futura decisão judicial. Repise-se.

As ações judiciais não mais servirão como meios para protelar o cumprimento de obrigações contratuais e legais, também desestimulando o litigante contumaz a utilizar o aparato estatal judiciário para retardar sua responsabilização, incorrendo nos elevados gastos do processo, atualmente carregado de penalidades processuais, haja vista a não obediência do princípio da boa-fé processual.

Nesse passo, enaltece o instituto do *neoprocessualismo* o formalismo-valorativo. Pois a conduta das partes, advogados, serventuários e magistrados devem estar pautadas na boa-fé e deveres anexos, não do contrato, mas do processo em si como as garantias do dever de cooperação, lealdade, honestidade e paridade de armas. Isto, para um processo realmente efetivo, justo e dialético, tutelando direitos e garantias fundamentais.

Oportuno enaltecer, mais uma vez, a segurança jurídica como também uma conduta proba, honesta e leal na condução do processo judicial, tendo em vista que tais valores são preponderantes à promoção da *estabilidade* da relação processual, o que tem efeito positivo diante de uma pretensão processual temerária.

¹²² LEE, Thomas R. **Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent.** North Carolina, Law Review, nº 78, 2000. Disponível em: <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srqid=3B15&doctype=cite&docid=78+N.C.L.+Rev.+643&key=fbacaa4f401a80c496989c14da65a3c>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

4.2.4 Despersonalização do litígio

Nesse diapasão, litígios passam a perder sua feição personalíssima, passando a ter um caráter *erga omnes*, tendo em vista a abstrativização dos efeitos da decisão, a exemplo daquelas proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, bem como das ações coletivas, ensejando sua aceitabilidade e afirmação do poder estatal enquanto legítimo órgão *produtor* de normas jurídicas.

Tal característica é premissa lógica, de modo a incentivar, repise-se, as partes litigantes em eventual composição, evitando prolongamento de processos ou interposição de demandas que tenham identidade com a *ratio decidendi* paradigma. Ou até mesmo, evitando o próprio litígio.

Nota-se aqui a passagem de uma dimensão *dinâmica* para a dimensão *estática* da segurança jurídica, como defendido no item 4.1.2, pois com a formação do precedente judicial em sede de ações coletivas, as ações de caráter individual passam a suportar os efeitos daquela.

4.2.5 Duração razoável do processo

Aqui, o *acesso à justiça* passa a se destacar também como uma garantia fundamental de cunho substancial – *substantive due process* –, na medida em que confere aos litigantes um direito ao deslinde do caso posto.

Logicamente, estando a tutela jurisdicional ligada diretamente aos direitos de prestação e defesa (Jellinek), ainda que sob a órbita da técnica de ponderação dos interesses, a solução do conflito também confere aos jurisdicionados uma solução rápida e segura. Isto, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Maior¹²³, o qual denota uma dupla dimensão do devido processo legal, seja como *direito* ou como uma *garantia*.

Nesse sentido, na medida em que o princípio do devido processo legal possui natureza constitucional bifronte¹²⁴ – *substantive due process* e *procedural due process* –, o Estado no seu mister de promover direitos e garantias fundamentais, também os preserva contribuindo para uma solução rápida, segura e efetiva do litígio judicial. Ou seja, o princípio da duração razoável do processo chancela o direito processual, bem como o direito material, numa só ótica.

¹²³ Art. 5º. 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.

¹²⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo. Tutela Processual dos Direitos Humanos Fundamentais e Inflexões do “Due Process Of Law”**. São Paulo: Editora LTR. 2016, p. 526.

4.2.6 Eficiência do Poder Judiciário

Corolário lógico, o respeito ao precedente atribui ao Poder Judiciário maior celeridade, economia e presteza, no exercício de sua função típica, efetivando as garantias constitucionais do *acesso à justiça* e o devido processo legal em sua dimensão da duração razoável.

Evidente a importância dos precedentes judiciais, mas estes não devem ser aplicados de forma discricionária, muitas vezes até arbitrária, priorizando políticas públicas e/ou medidas estatais que estejam em rota de colisão com os direitos e garantias fundamentais.

Assim, visando também não deixar o Poder Judiciário cometer os mesmos erros dos Poderes Legislativo e Executivo na promoção de direitos fundamentais, mister se faz estabelecer parâmetros na formação do precedente quando presente a garantia fundamental do *acesso à justiça*. Tais parâmetros, de cunho eminentemente constitucionais, ensejarão, em razão de sua não observância, a invalidade absoluta da decisão judicial. Para alguns autores, inclusive, a própria inexistência da decisão judicial, haja vista uma fundamentação desprovida do caráter constitucional em face do direito aplicado.

Uma decisão que não se encontra condizente com a promoção e defesa de direitos fundamentais não pode permanecer no ordenamento jurídico, sob pena de ferir a *confiabilidade* e *calculabilidade* das decisões judiciais.

Chancelar decisões sob este viés violador, desconfigura o papel das decisões judiciais no sistema de precedentes, afetando a credibilidade do Poder Judiciário e gerando insegurança jurídica. Consequentemente não proporcionará certo nível de pacificação social, tão almejada num Estado Democrático de Direito.

4.3 HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E A AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Diante de tais entendimentos, oportuno trazer à baila a atual manifestação do Supremo Tribunal Federal no que tange ao entendimento firmado pelo seu órgão máximo – pleno –, acerca da execução provisória de acusado em ação penal, quando confirmada sentença penal condenatória por Tribunal de segundo grau de jurisdição.

Passemos a analisar um embaraçoso caso de insegurança jurídica, desprovido de qualquer *ratio decidendi* que permita a adoção ou fundamentação razoável acerca das técnicas existentes de modificação, alteração ou distinção de precedente judicial. A saber.

No Habeas Corpus nº 126.292/SP¹²⁵, em votação unânime, foi decidido pela 2ª Turma do Pretório Excelso que o julgamento do *mandamus*, por sua relevância e repercussão geral, seria afeto ao Plenário da Corte para julgamento. Em 17 de fevereiro de 2016, por 07 (sete) votos contra 04 (quatro), após longa discussão acerca da extensão e aplicação do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna a Corte maior de justiça do país chegou a um consenso.

Discutiu-se e assentou-se no referido feito que os acusados em ação penal que tenham sentença e/ou acórdão penal condenatório confirmada por Tribunal de 2ª instância estão sujeitos à execução provisória da pena, devendo o réu considerado culpado ser recolhido ao cárcere, tendo em vista a conclusão de que tal medida não violaria o princípio da presunção de inocência.

Dentre os fundamentos, verificou-se a menção de que tal interpretação estava condizente com o Direito comparado, a exemplo de países como Portugal, Espanha e Estados Unidos, o que ensejaria, também, no conhecimento geral do grau de reprovabilidade por parte do Estado em face daqueles que cometiam um tipo penal incriminador.

Cogitou-se também, na esfera penal, além das observâncias de direitos e garantias processuais fundamentais, a duração razoável do processo seria fator essencial para extinguir o sentimento de impunidade que assola a sociedade, sendo o caso de tal interpretação um típico caso de *mudança constitucional*.

Não vamos, tampouco é objetivo deste trabalho, adentrar ao mérito do *decisum* proferido pela Suprema Corte brasileira, contudo, não se pode olvidar que 04 (quatro) meses mais tarde, em sede de decisões monocráticas, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Levandowski¹²⁶, em completa inobservância do precedente judicial firmado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, deferem liminares para suspender a execução provisória da pena em 02 (dois) processos distintos.

E não foi só. Na mesma linha de comportamento, o Min. Marco Aurélio de Melo também profere decisões destoante do quanto decidido no órgão plenário, gerando, desta forma, uma verdadeira *instabilidade* e ausência de *confiabilidade* perante a jurisdição estatal, de onde deveria advir *confiabilidade* e *estabilidade* no que tange à todo o processo discursivo,

¹²⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

¹²⁶ *Habeas Copus* nº 135.752/PB e HC nº 135.100/MG.

persuasivo, com observância das garantias processuais, da dimensão *dinâmica* da segurança jurídica.

Mas esta novela ainda não se esgotou. No dia 05 de outubro de 2016, data em que se comemora a promulgação da Constituição Federal de 1998, o plenário do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, colocou em pauta o julgamento de ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs nº 43/DF¹²⁷ e 44/DF¹²⁸, esta última tendo como advogado do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Lênio Luiz Streck), para discussão do mesmo tema, sendo decidido por 06 (seis) votos a 05 (cinco) – haja vista a mudança de entendimento do min. Dias Toffoli – que cabível a execução provisória da pena que tenha sentença e/ou acórdão penal condenatório confirmada ou proferida por Tribunal de 2º instância.

Entretanto, a ratificação do entendimento já esposado 05 (cinco) meses atrás não convenceu o min. Marco Aurélio em deferir, no dia 07.10.2016, medida cautelar em sede de *habeas corpus*, suspendendo a prisão – diante da confirmação de sentença penal condenatória em 2º grau de jurisdição –, autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse diapasão, oportuna a descrição de trecho da fundamentação utilizada pelo nobre ministro, ao deferir a medida cautelar. *In verbis*:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiad, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A maioria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Tóffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida república! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática. A resistência republicana.

Qual a segurança jurídica e respeito ao precedente judicial – obrigatório - estabelecido em decisão colegiada pelo órgão máximo de justiça do país? Nenhuma.

Num Estado Democrático de Direito divergir de entendimento firmado pelo maior órgão jurisdicional do país, sem a observância de qualquer técnica de superação, modificação ou

¹²⁷ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF, min. Relator Marco Aurélio, 05.10.2016, DJ em 11.10.2016.

¹²⁸ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF, min. Relator Marco Aurélio, 05.10.2016, DJ em 11.10.2016.

distinção do precedente firmado, é colocar o princípio da segurança jurídica no *status* de mera norma decorativa, desprovida de qualquer característica cogente, colocando à margem da jurisdição a confiabilidade e estabilidade necessárias à pacificação social.

Não se está discutindo aqui o acerto e justiça da decisão proferida no referido *mandamus* pelo Órgão Plenário do STF. Até porque, divergências doutrinárias têm para todos os gostos, mas como conferir um grau de confiabilidade e segurança jurídica se membros da própria corte não respeita as decisões proferidas pelo órgão plenário?

5 PRECEDENTES JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Sob o viés do princípio do *acesso à justiça* por uma perspectiva de base constitucional – e não podia deixar de ser outra, haja vista a importância de promover e defender os direitos e garantias fundamentais nelas previsto de forma implícita e explícita –, não se pode desprender como principal fonte do direito: a Constituição vigente.

As fontes do direito traduzem naquilo que lhe dá origem ou produz, cuja criação pode advir de um fato social ou normativo, o que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica capaz de abranger aos jurisdicionados, estabelecendo direitos e obrigações, geralmente, seguida de uma coerção¹²⁹. Isto, com o fim de atender o objetivo da pacificação social.

Conforme aduzem Tercio Sampaio Ferraz e Miguel Reale, entende-se por “*fonte do direito*” todo o processo, fato social ou atuação estatal em que as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, mediante eficácia e vigência no bojo de uma estrutura normativa¹³⁰.

Nesse passo, a doutrina divide as *fontes do direito* em *fontes imediatas* (ou *diretas*) que são as *Constituições* e *costumes*. Nota interessante refere-se aos costumes, pois para parte da doutrina não é considerada *fonte imediata*, o que não se deve concordar, *permissa venia*. Isto porque nos países em que têm como base normativa o Direito consuetudinário, não colocar tal espécie como *fonte imediata* seria o mesmo que negar toda a base normativa de tal sociedade, a exemplo das Constituições Inglesa e estadunidense.

Entretanto, não é objeto deste estudo aprofundar-se nesta controvérsia, mas não se pode deixar de enaltecer o entendimento de que os *costumes* têm se despontado como relevante fonte para o Direito Constitucional, pois serve como orientação ao exercício do poder estatal (seja nas funções típicas ou atípicas dos três poderes), bem como, fonte que permite uma interpretação da norma constitucional para a conformação social¹³¹.

De conseguinte, quanto às *fontes mediatas* (ou *indiretas*), é uníssono o entendimento acerca das presenças das atividades desenvolvidas pela *doutrina* e *jurisprudência*¹³², ambas como fonte do direito.

¹²⁹ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015, p. 59; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

¹³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 233.

¹³¹ CUNHA JR., Op. Cit., 2015, p. 60.

¹³² Adverte José Rogério Cruz e Tucci que o conceito de jurisprudência comporta vários significados, sendo oriunda do Direito Romano, o qual denominava de *iurisprudencia*, sendo atribuída o significado de

Nesse ponto, importante ressaltar que falar em *fonte mediata* ou *indireta*, significa atribuir à condição de *fonte do direito* – *jurisprudência* e *doutrina*, repise-se –, uma importante via para interpretação da norma jurídica, contudo, sem força coercitiva. Ou seja, apenas auxilia o intérprete do Direito, proporcionando um meio à melhor compreensão das normas jurídicas e conceitos para subsunção das normas aos fatos jurídicos sociais.

No entanto, num contexto de valorização dos precedentes judiciais, onde o julgador passa a dizer o direito, colocar a *jurisprudência* na condição de *fonte indireta* significa desconstruir toda uma conjectura ‘normativa’ a partir da atuação jurisdicional. E isto deve-se à própria estrutura do sistema *civil law*, onde a jurisprudência tinha o condão de esclarecer os comandos legais, evidentemente, período ainda com raízes na escola exegese.

Mas o direito em si também significa a percepção do processo de transformação social, como já afirmado, e os países que adotam o sistema do *civil law* também sofrem influências do sistema *common law*, notadamente no Brasil quando a atuação jurisdicional passou a desempenhar seu papel como mais autonomia. Neste ponto, veremos adiante as relações existentes os referidos sistemas e seu processo de evolução histórica.

Destarte, ainda que o Poder Judiciário, especificamente os Tribunais Superiores, sejam desprovidos de competência para inovar no mundo jurídico por meio de processo legislativo *stricto sensu*, a atuação jurisdicional atual ganha força, na medida em que admite a produção de precedentes judiciais com força obrigatória, ganhando maior aplicação a partir do CPC vigente. E isto somente é possível a partir do exercício da atuação jurisprudencial quando *diz o Direito*, a partir do comando judicial.

Assim, no reluzente contexto de valorização dos precedentes judiciais, cabível manejar a *jurisprudência* para compor a estrutura conceitual de *fonte de direito imediata* ou *direta*, enaltecendo a atividade jurisdicional e demais operadores do direito como uma via relevantíssima para a promoção da garantia do *acesso à justiça*. Fato que não se pode desprender.

E aqui oportuna as lições de Daniel Mitidiero ao dizer que “*em uma sociedade com forte assento na liberdade, nada mais importante do que saber como é concretamente exercido o poder e como é possível controlá-lo. Vale dizer: saber como é o raciocínio jurídico, como é*

“*conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto*” por Ulpiano em 533 d.C., mas foi atribuído o sentido de ciência do direito, o que denominou as faculdades de Direito na Itália como *Facoltà di Giurisprudenza*. in TUCCI, José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do direito, São Paulo: Editora RT, 2004, p. 09.

possível prever o conteúdo das decisões estatais nos processos judiciais e como é possível promover uma permanente vinculação ao direito”¹³³.

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Estruturar a evolução histórica dos precedentes judiciais, mister se faz retomar aos conceitos de justiça e observância da estrutura do poder judiciário nos países de colonização inglesa – onde é comum a adoção do modelo *common law* –, de conseguinte sua influência nos ordenamentos de origem românica – *civil law*. Por fim, estabelecer suas relações e interações, uma vez que os processos histórico e evolutivo de cada um não significaram universos paralelos e incomunicáveis.

5.1.1 Aspectos históricos do sistema *common law*

Tratar do sistema *common law* é falar precipuamente do direito inglês e de conseguinte destacar o mesmo sistema no âmbito do universo jurídico dos Estados Unidos da América. Este último, por se tratar de país fundado na colônia de povoamento de ingleses que fugiam da intolerância religiosa e nutridos pelo sentimento de liberdade, mas sob a influência dos dogmas, princípios e modelos estruturais do sistema judicial e judiciário da Inglaterra.

Nas lições de Patrícia Perrone Campos Mello¹³⁴, a história do direito inglês possui 04 (quatro) períodos que se destacam: (i) período do direito anglo-saxão, anterior ao ano da conquista normanda por Guilherme ‘O conquistador’ em 1066; (ii) período compreendido entre 1066 à 1485, onde se formou o *common law*; (iii) período entre 1485 à 1832, quando se originou um sistema jurisdicional complementar denominado de *equity*; e, (iv) período posterior a 1832, quando se verifica substancial desenvolvimento da lei. A saber.

O primeiro momento, consubstanciado à época do direito anglo-saxão, refere-se a um período pouco conhecido, onde a organização política era eminentemente tribal, havendo muitas normas consuetudinárias em decorrência da rudimentariedade social. Com a conquista

¹³³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

¹³⁴ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 355-356.

normanda em 1066, passou haver o desenvolvimento da Inglaterra a partir da constituição de um poder centralizado em contraposição às práticas costumeiras heterogêneas¹³⁵.

O segundo período, que parte da conquista normanda em 1066 e vai até 1485 destaca-se pela formação do direito comum, superando a complexidade de normas consuetudinárias, o que denominou de *common law*. Surge neste período os Tribunais Reais, também conhecidos como os Tribunais de Westminster, que se caracterizava como tribunais de exceção julgando os casos que necessitavam a intervenção da realeza. Aqui se destacou as normas processuais, pois havia o senso comum de que a garantias precediam os direitos e era essencial para alcançar a melhor decisão (*remedies precede rights*)¹³⁶.

Ainda neste período, o qual durou aproximadamente quatro séculos, os Tribunais Reais exerciam o controle da jurisdição, fixando entendimentos que deveriam ser observados pelas cortes senhoriais. Como se vê, o Tribunal Real estabelecia o precedente a ser seguido pelas cortes inferiores e isto ensejou questionamentos, uma vez que nas jurisdições locais, a conveniência e discricionariedades, para não falar em arbitrariedades, eram enraizadas aos homens da terra, cujos costumes e práticas comerciais nos “*burgos*” fomentava o processo de circulação de riquezas.

Desta forma, visando conter os avanços dos Tribunais Reais, promulgou-se, após consistente processo de lutas e conquistas, o Estatuto de Westminster II, em 1285, limitando a criação de outras normas – denominadas de *writs* –, e somente deveria ser aplicado o precedente se houvesse casos semelhantes anteriormente decididos.

Noutras palavras, houve a estagnação do processo de produção jurisprudencial e das normas jurídicas *stricto sensu*, uma vez que os *writs* não mais seriam concedidos para aplicação no âmbito local. Nesse sentido, oportuna a transcrição das lições de Celso Anicet Lisboa:

Da pressão exercida pelos barões sobre o monarca, surge o *statute of Westminster II* (Segundo Estatuto de Westminster), de 1285, que é considerado o documento mais importante do direito inglês, inclusive em confrontação com a Magna Carta. Por ele fica proibida a criação de outros tipos de *writs*, limitando-se este aos já existentes até então. O máximo que se admite é a ‘emissão de *writs in consimili casu (on the case)*, nas hipóteses que apresentem grande semelhança com outras espécies que já anteriormente deram lugar à emissão de *writs*¹³⁷.

¹³⁵ CAMPOS MELLO, Op. Cit., 2008, p. 14-15.

¹³⁶ RABASA, Oscar. El derecho anglo-americano: Estudio expositivo y comparado del ‘common law’. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 67-68 apud DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 357 e ss.

¹³⁷ LISBOA, Celso Anicet. O processo como manifestação primígena do Direito e as Grandes Codificações na antiguidade pré-romana. Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos – Common law w Civil Law. **Revista de processo**: São Paulo, v. 22, nº 86, p. 269-284, abr./jun. 1997; LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história** – lições introdutórias. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2002, p. 79.

Nesta senda, as transformações sociais, que são contínuas, reclamaram para novos anseios por justiça. E assim surge o terceiro estágio, que se dá a partir de 1832, e que representou uma necessidade de avanço do direito, ensejando numa necessidade de ampliação do ramo jurídico, cujo período denominou-se de *equity* ou julgamento por equidade¹³⁸.

De forma a flexibilizar a rigidez do Estatuto de Westminster II, o chefe absolutista designava chanceleres – que eram eclesiásticos – para julgar as demandas por equidade, marcando tal período por uma mistura do *common law* com o *civil law*.

Anos mais tarde, os chanceleres foram substituídos por advogados, os quais passaram a reaproximar dos dogmas do *common law*, não olvidando, mas minorando a aplicação do julgamento por equidade.

Finalmente, o quarto período, compreendido ainda na primeira metade do século XVII, ocorreram reformas eleitorais significativas na Inglaterra, revelando a ruptura com o poder absolutista como centralizador do poder judicante, sistematizando a democracia no país.

Nesse passo, corroborando ao quanto esposado até então, o significado do *precedente* no direito inglês passou por uma série de significados, os quais podem ser sintetizados em 03 (três) expressões: *ilustração*, *persuasão* e *vinculação*¹³⁹.

O precedente pelo *aspecto meramente ilustrativo* tinha como característica o papel de auxiliar o ensino jurídico e explicar as decisões judiciais. Eram completamente desprovidos de método decisório, pois desempenhava a função de analisar os casos e a experiência judicial no julgamento com o fito de refletir o *common law*¹⁴⁰.

Desde então, os precedentes de cunho meramente *ilustrativos* passaram a ser registrados nos *Years Books*, que eram coletâneas para estudos dos casos e discussões acadêmicas, decerto que passou a ser o primeiro passo para seguir à fase seguinte dos significados e historicidade dos precedentes.

Tais registros possibilitaram a verificação de que os casos decididos (*Case law*) eram fontes para julgamentos em casos futuros e idênticos, vislumbrando uma ligação entre os

¹³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. Cit., p. 78-80.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.

¹⁴⁰ MITIDIERO, Op. Cit, p. 29; TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 154.

*ostumes imemoriais*¹⁴¹ do cidadão inglês e a *teoria declaratória da jurisdição (declaratory theory of judicial decision)*¹⁴².

A partir disto, os precedentes começam a servir de critério para julgamento dos casos futuros, desde, é claro, que se tratem de casos semelhantes e que a decisão passada não viole o ordenamento em vigor.

Neste momento, o direito inglês passava por uma transformação, obviamente, mas a disputa teórica em questão referia-se entre o *direito* e a *razão*. De um lado, a perspectiva de utilização de um precedente em face de caso concreto e do outro a convicção do julgador em utilizá-lo, mediante o livre convencimento de que tal precedente não se revelava *absurdo* ou *injusto*¹⁴³.

E aqui se destaca o Juiz *William Blackstone*, o qual defendeu que caberia ao magistrado a aplicação do precedente, conforme seu convencimento acerca da justeza da decisão e ausência de absurdos, como forma de alcançar um direito justo. Aqui predominava o caráter *persuasivo* dos precedentes judiciais.

Ou seja, o precedente passava pelo crivo na convicção do julgador para sua incidência, cujo método cognitivo passava pelo juízo de conveniência do juiz responsável para solução do caso. Isto representava uma margem de discricionariedade que fomentava a insegurança jurídica, pois no exercício da jurisdição não havia métodos para estabelecer a pacificação social com previsibilidade e estabilidade da norma jurídica.

Consequentemente, ao longo do século XIX o precedente passa a se revestir de novos contornos, atribuindo-lhe um caráter *vinculante*, por ser vislumbrada como uma *norma jurídica*¹⁴⁴.

¹⁴¹ Trata-se de complexo de princípios que são extraídos das decisões proferidas pela Justiça Real (Tribunais Reais) in GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 207-220.

¹⁴² O que significa dizer que o Estado-Juiz apenas declara suas decisões, no *common law*, oriundo dos costumes gerais do homem inglês. Tal teoria conferia a impossibilidade do julgador de inovar no universo jurídico, dizendo o direito. Tal teoria foi posteriormente superada pela teoria constitutiva da jurisdição, defendida por Austin e Bentham, onde partia da premissa que o juiz criava o direito (*Judge make law*) in GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 207-220.

¹⁴³ “Situada em meio a uma disputa teórica mais abrangente a respeito das relações entre o precedente e a razão, a posição de *Blackstone* sobre o assunto era clara: ‘*precedents and rules must be followed, unless flatly absurdo or unjust*’. Vale dizer: precedentes devem ser seguidos, ao menos que evidentemente absurdos ou injustos. Em outras palavras, isso quer dizer que os juízes teriam que se convencer que o precedente não é absurdo ou injusto para aplicá-lo. Sendo absurdo ou injusto, o precedente poderia ser descartado como norma para solução do caso. O precedente – pelas suas razões – deveria convencer o juízo a respeito da bondade da sua solução para o caso.” In BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England (1765-1769). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, Vol. I, p. 70-71 apud MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

¹⁴⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm. 2015, p. 49-60.

Sob a influência da doutrina de Jeremy Bentham e John Austin o *precedente*, como *norma jurídica*, foi alcançada no *common law*, chegando ao ponto de afirmarem que a existência de um direito retroativo – onde o *precedente* estacionava na mera técnica da *persuasão* –, equivaleria a um “*dog law*”, o que significa dizer que seria um direito desprovido de comando próprio, estando vinculado ao juízo de conveniência do seu aplicador, ensejando, como consequência lógica, na pedra fundamental que se busca atingir num sistema de precedentes judiciais: a segurança jurídica¹⁴⁵.

Indiscutivelmente, a constituição do precedente como norma jurídica, ou seja, com efeito cogente, visou atender aos problemas de acessibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade na atuação jurisdicional, gerando, volta-se a dizer, calculabilidade e segurança no comportamento dos jurisdicionados.

Nesse passo, estabelecer uma estrutura hierarquizada do Poder Judiciário passou a ser corolário lógico para atribuir competência aos órgãos jurisdicionais, de modo a dimensionar as autoridades das decisões. E isto foi desde logo tratado no *Judicature Acts* (1873-1875), o qual unificou as jurisdições de *common law* e *equity* na *High Court of justice* e *Court of Appeal*.

5.1.2 Aspectos históricos do sistema *civil law*

O sistema *civil law* tem sua base no Direito Romano, em tempos anteriores ao nascimento de Cristo. Sofreu transformações que decorreu desde o período arcaico (750 a.C, aproximadamente) com leis que regulavam o cotidiano da cidade até o período clássico (130 a.C. à 230 d.C.), abrangendo a República quando se estabeleceu a adoção do processo formular (*per formulas*) e julgamentos por pretores.

A atividade dos pretores, dentre elas julgar, também destacava-se pelo fato dos sacerdotes serem fonte de conhecimento do saber jurídico, numa clara mistura entre o direito e religião. No período clássico, os pretores eram figuras centrais, pois cabiam-lhes a solução dos conflitos, fixando os limites da controvérsia, destacando-se aqui a criação de fórmulas capazes de fixar os pontos do processo e conferir razão àquele que melhor demonstrassem os fatos, cujo

¹⁴⁵ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation** (1789), edição coordenada por J. H. Burns e H. Hart, com introdução de F. Rosen. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 8; AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*, edição coordenada por Sarah Austin e R. Campbell. London: John Murray, 1885, p. 634; apud MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38-39.

juízo se dava a partir de uma valoração jurídica (fases *in iudicium* e *in iure*, respectivamente)¹⁴⁶.

Além disto, elaboravam os *editos*, que tinha natureza de lei de modo a permitir que todos os cidadãos pudessem ter conhecimento das normas que incidiram para solução dos casos postos à apreciação. E neste ponto, a utilização dos recursos aptos a influenciar na solução da controvérsia como a argumentação e considerações de razoabilidade, já se faziam presentes¹⁴⁷.

Aqui, não se pode deixar de mencionar que os julgamentos tinham como fonte normativa a construção dos julgamentos dos casos anteriores, o que se assemelha ao sistema de *common law*, o que é razão suficiente para atestar a existência, ao menos em alguns momentos da história, que tais sistemas possuem pontos de interseção na construção da ciência jurídica.

Por conseguinte, visando estabelecer uma ordem normativa centralizadora, ao contrário do que ocorria nos períodos arcaicos e clássico, em 530 d.C. o Imperador Justiniano determina a reunião de normas (*Codex*) e trabalhos jurídicos (*Digesto* e *Pandectas*), manuais de introdução (*Institutas*), inclusive as normas por ele editadas (*Novellae*), criando o *Corpus Iuris Civilis*, base paradigma para a organização jurídica do Direito Romano-germânico¹⁴⁸.

A partir de então, a valorização pelo direito posto deixa de lado a busca pelo conhecimento da prática jurídica originada pelo exercício jurisprudencial, seguindo pelo Direito Canônico à época das invasões bárbaras e criação de códigos, enaltecendo nas universidades a tradição de que a fonte *mor* do direito seria a lei, sistematizando a ciência jurídica, até superação da escola exegese, em que o julgador se afasta do exercício simplório de apenas dizer a lei – “boca da lei” e passando a interpretar o direito e superar um método que perdurou por grande parte da modernidade.

5.1.3 A relação entre os sistemas *common law* e *civil law*

Como destacado acima, os sistemas *common law* e *civil law* possuem interseções no processo histórico evolutivo do direito. No processo de construção da ciência do direito, em

¹⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história** – lições introdutórias. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2002, p. 45-54; PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rebovar. 1997, p. 63-64.

¹⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, v. 1, p. 193-208.

¹⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia – Síntese de um milênio*. 3 ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2003, p. 92-93 apud CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42; PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira. Interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24; MACÊDO. Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm. 2015, p. 29-38.

algum ponto da história, se verifica a utilização de dogmas de um em outro, mas sempre como uma forma de alcançar o meio mais condizente com os fatores sociais e reais de poder à época. Fruto, logicamente, do processo de construção de uma sociedade organizada, carente por um ordenamento que mais se ajustasse ao contexto social, político, econômico, cultural vivido no período, visando, em regra, a pacificação social.

Muito embora se verifique no processo histórico dos sistemas *civil law* e *common law* pontos de interseção, cada um seguiu sua trajetória, não obstante ainda tenham se cruzado em determinados momentos¹⁴⁹.

E no direito brasileiro, forte foi a influência da Revolução Francesa para a adoção do sistema *civil law*, onde se valorizou a codificação das leis e do constitucionalismo. Ou seja, o positivismo jurídico do *civil law* tinha como principal fonte a *lei*, estando o Estado-Juiz vinculado a esta, atuando e exercendo a atividade judicante como mero reproduzidor delas, época em que predominava a escola exegese, onde o juiz era a “boca da lei”, o que já fora mencionado algumas vezes neste trabalho.

Mas a influência do constitucionalismo norte americano foi fundamental na aproximação dos sistemas, vez que além de adotar dogmas do *common law*, valorizando a atividade judicante ao *dizer o direito*, também se verificou emendas constitucionais que estabeleciam, ainda que se tratando de conceitos abertos, uma norma positivada com conteúdo diretivo num Estado Constitucional – a exemplo do “*Due process of law clauses*”. Ou seja, nos Estados Unidos da América, o *common law* original sofreu adaptações por adoções de conceitos típicos do *civil law*, muito embora tenha deixado alta carga de eficácia e independência ao Poder Judiciário ao *dizer o direito*¹⁵⁰. E isto é relevante, pois a própria produção legislativa não acompanha a dinamicidade social, muito mais próxima do Poder Judiciário, haja vista a função de dirimir conflitos.

¹⁴⁹ “Por paradoxal que possa parecer, vem assinalando que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (precedentes verticais), como, e. g. os *arrets de régleme*nt do Parlamento francês; os julgamentos das ‘causas maiores’ da Rota Romana, da Itália pré-unitária; o regime de assentos da Casa de Suplicação em Portugal; o *prejulgado* trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam *precedentes judiciais*; e a inusitada regra constante art. 1º, al. 2, do Código Civil suíço, que outorga o juiz, diante da lacuna da lei, o poder de criar a regra ao caso concreto. (...) Se olharmos ainda mais para o passado, iremos verificar que o *usus do precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam”. In: TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 22-24.

¹⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 23-24; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52-53; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33-88.

Aduz Cappelletti que países como a Alemanha, Espanha e Itália, tipicamente do *civil law*, sofreram tais influência quando passaram a conferir efeitos obrigatórios e gerais às decisões de suas cortes constitucionais que reconhecessem a inconstitucionalidade de normas¹⁵¹. E o Brasil ao passar dos anos também não fugiu à regra¹⁵².

No entanto, desaguaríamos num extremo reducionismo acreditar que a relação entre o *civil law* e *common law* é uma *via de mão única*, seja de um lado ou de outro. Como visto pela própria adaptação do direito norte-americano, a valorização do direito positivado tem sido observada diante das ideias democráticas e tendências estatais dirigidas à necessidade de implementar mudanças sociais rápidas – o que não é acompanhado muitas vezes pela marcha processual a ponto de alcançar uma decisão judicial definitiva –, além de cumprir com compromissos internacionais e relações econômicas supranacionais¹⁵³ ante a dinâmica global entre Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas e indivíduos¹⁵⁴.

Corroborando de forma ainda mais incisiva, Antônio Gambaro compreende que a “*existência de lei não se opõe ao common law, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes*”¹⁵⁵. Hoje, percebe-se que são institutos que se aproximam e se complementam.

¹⁵¹ “Trata-se, evidentemente, de um conjunto de normas e de institutos constitucionais que representam a confluência de um movimento político-ideológico-cultura cuja origem remonta pelo menos ao século XVII e que certamente não permaneceu um fenômeno restrito aos confins italianos. Aquelas normas e institutos encontraram analogias bem notáveis e frequentes geralmente nos ordenamentos jurídicos do chamado mundo ‘ocidental’ e, em particular, nos ordenamentos de países de ‘common law’. Mas naquilo que no fim da presente apresentação, pode ser de interesse mais específico é o fato de que essas analogias foram (e são suscetíveis de serem ulteriormente) reforçadas pelo crescente que não apenas a doutrina, mas apropriada jurisprudência vem mostrando na Itália (e não menos que na Itália, por exemplo na Alemanha) por certas expressões fundamentais do constitucionalismo anglo-americano; por exemplo, pela ‘due process of law clause’ da Constituição dos Estados Unidos. Pode acontecer que seja também este um dos múltiplos sintomas daquele movimento grandioso de unificação jurídica, ou pelo menos de aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, que foi na maior parte auspiciado, ou previsto ou assinalado” In: CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro de contraposição “Civil Law” – “Common law”: Apontamentos histórico-comparativos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, nº 100, p. 409-442, dez. 2005.

¹⁵² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, p. 13-40; VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2007, p. 113.

¹⁵³ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52-53; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54

¹⁵⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2 Ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2010, p. 141-146.

¹⁵⁵ GAMBARO, Antonio. Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto. *Revista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, Número Speciale: Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law, 2009, p. 11 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37;

Ainda nesse raciocínio, oportuna as lições de Mauro Cappelletti, o qual nos anos 80, já afirmava a ocorrência de efetivo e poderoso movimento recíproco de avizinhamento entre as duas grandes famílias jurídicas, com efeitos significativos no plano do ordenamento jurídico e suas leis e do direito da jurisprudência¹⁵⁶.

Não se pode negar, ou melhor, não se pode fechar os olhos e deixar de vislumbrar que atualmente os sistemas se reaproximaram com maior intensidade, ao menos no Brasil, a partir do CPC/15, pois malgrado a existência da força vinculante às decisões das Cortes Superiores de Justiça, ainda assim necessitou-se da positivação de regras processuais que valorizam a força dos precedentes, para conferir maior eficácia.

Por fim, também não se pode olvidar outros diversos fatores que fizeram a influência do sistema *common law* no ordenamento pátrio, fato também atribuído diante do intercâmbio acadêmico entre juristas e à necessidade de atender uma política econômica cada vez mais globalizada, consubstanciadas em blocos econômicos e submissão em face de jurisdições internacionais que também adotam a jurisprudência como fonte direta do Direito.

5.2 PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO BRASILEIRO

A elaboração do novo código de processo civil brasileiro – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 –, teve como relevantes destaques a ideia de que a solução para a crise que passa a justiça brasileira passaria por uma necessidade de resolver a (i) duração excessiva dos processos; e a (ii) insegurança dos resultados da prestação jurisdicional, haja vista as inúmeras interpretações dos tribunais na aplicação da mesma norma legal¹⁵⁷.

Desse modo, importar o sistema de precedentes judiciais do *common law* para o sistema brasileiro, onde a eficácia das decisões judiciais tem maior incidência no âmbito das decisões decorrentes dos julgamentos das ações de controle de constitucionalidade abstrato ou difuso, significou valorizar a jurisprudência, em maior grau, no plano das fontes do direito, na medida em que o direito pátrio ainda carrega fortes tradições romanísticas.

Justamente por isso, chama a atenção alguns doutrinadores que tal passo deve ser feito sob o conhecimento das diferenças existentes entre o *common law* e o *civil law*, não

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor. 1999, p. 124.

¹⁵⁷ THEODORO JR., Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coord.). **Processo em jornadas**. XI jornadas brasileiras de direito processual, XXV jornadas ibero-americanas de direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 454-465.

descuidando das condições históricas e culturais de cada país, sobretudo da construção histórica do ordenamento jurídico, dos movimentos doutrinários, assim como a experiência e adaptação dos tribunais em torno da matéria¹⁵⁸.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior disserta que o método dos precedentes é algo que se construiu lentamente na cultura jurídica americana, dispensando a autorização legislativa, tendo como fundamentos mais relevantes as garantias fundamentais de igualdade e segurança jurídica¹⁵⁹.

Como já mencionado alhures, os sistemas *common law* e *civil law* tiveram influências recíprocas. E no Brasil não foi diferente. Muito embora a força vinculante dos precedentes judiciais é algo ainda bem recente, não só pela recente constituição vigente no país, mas também pelas transformações ocorridas no seio social, o que ensejou algumas reformas, no código de processo civil de 1973. Nesse ponto, foi necessária positivação de uma norma para aplicação de um sistema de precedentes obrigatórios.

Com a colonização portuguesa, o Brasil adotou o sistema romano, tendo como principal fonte do direito a lei. Mas neste processo evolutivo também se assentou enunciados judiciais com caráter normativo, o qual perdurou, em maior e menor medida, conforme os períodos normativos constitucionais que se teve.

Mas foi com a promulgação da Carta Política de 1988 que o papel da jurisprudência deu significativo passo, cujos fatos devem-se à “*redemocratização do país, a guarida normativa no texto constitucional aos direitos e garantias fundamentais, métodos inovadores de hermenêutica constitucional e instrumentos processuais aptos para o exercício do judicial review*”¹⁶⁰.

Ainda nesse sentido, a nova ordem constitucional ampliou o acesso ao Poder Judiciário, especificamente no que tange ao Supremo Tribunal Federal, por meio das ações de controle de

¹⁵⁸ “A integração dos precedentes judiciais nos países de cultura *civil law* deve ocorrer sem que os operadores do direito se descurem das diferenças que marcam a sua polarização com o *common law*. Por esta razão, a aproximação entre eles devem ocorrer de forma gradual, respeitando-se a tradição histórica e cultural do sistema jurídico de cada país. Isso, no entanto, não impedem que eles se influenciem mutuamente, tornando-os permeáveis aos benefícios e às vantagens que cada um pode oferecer.” In CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 249, p. 445, nov/2015.

¹⁵⁹ THEODORO JR., Humberto. *Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coord.). **Processo em jornadas**. XI jornadas brasileiras de direito processual, XXV jornadas ibero-americanas de direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 462.

¹⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma releitura da jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122-123; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

constitucionalidade, ampliando a legitimação subjetiva antes adstrita ao Procurador Geral da República. E, neste quesito, as decisões judiciais passaram a usufruir de efeitos abstratos – abstrativização dos efeitos da decisão judicial –, o que também se aplicava em sede de controle de constitucionalidade pela via difusa, havendo, em qualquer caso, eficácia *erga omnes*.

Tamanha foi a importância desta construção jurisprudencial, conferida por meio de instrumentos previstos na CF/88, que, na esfera de controle difuso, já se tem como dispensável a aplicação do artigo 52, inciso X, do referido Diploma¹⁶¹, o qual necessita da atuação do Senado Federal para suspensão de execução de lei, total ou parcial, declarada inconstitucional em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Anos mais tarde, duas reformas ocorridas no Código de Processo Civil de 1973, enaltecem ainda mais a força dos precedentes judiciais, elevando a jurisprudência como fonte imediata do Direito.

De início, a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentou os artigos 543-A e 543-B, prevendo hipótese de observância de requisito intrínseco de admissibilidade ao recurso extraordinário, qual seja, a existência de repercussão geral, traduzido pela presença da transcendência dos limites subjetivos da demanda e sobrestamento destas quando versarem sobre o mesmo objeto. De competência do Supremo Tribunal Federal¹⁶².

No mesmo dia, ainda foi promulgada a Lei 11.417/2006, a qual regulamenta o artigo 103-A, da Constituição Federal, e altera a Lei 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal), disciplinando a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Pretório Excelso, o qual:

[...] de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

¹⁶¹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

¹⁶² Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Mais adiante, pouco menos de 02 (dois) anos após a vigência das leis supracitadas, foi promulgada a Lei 11.672, de 08 de maio de 2008, introduzindo ao Código de Processo Civil de 1973, o artigo 543-C¹⁶³, o qual fixou o mesmo procedimento de solução de controvérsias da Lei 11.418/2006, mas, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, denominado de *recursos repetitivos*.

Previa a norma em comento, o julgamento de recurso representativo, ante a existência e multiplicidade de recursos sobre o tema, com fundamento em idêntica questão de direito, sobrestando em âmbito nacional as demandas que tenham identidade de objeto e causa de pedir. Após o julgamento pelo órgão especial ou seção do STJ, todas as demandas que versassem sobre a questão de direito decidida deveriam seguir o posicionamento da Corte de Justiça.

Como se vê, foi necessária a vigência de leis – tendo em vista a cultura enraizada baseada no sistema *civil law* – para reconhecer, autorizar e conferir força vinculante à jurisprudência – instituto que é valorizado no sistema *common law* –, o que se verifica, de forma clara, que o Brasil adota um sistema misto.

À época muito se discutiu na doutrina sobre a verdadeira intenção do legislador, nitidamente influenciado pelo Poder Judiciário, se desejava aplicar uma ritualística existente no sistema *common law*, sob o argumento de conferir segurança jurídica ou simplesmente tinha como objetivo eliminar e limitar a quantidade de recursos perante os tribunais superiores (?).

Tal discussão, não há razão de ser, pois o conteúdo da matéria posta sob a égide de recursos repetitivos – seja especial ou extraordinário, estes não exatamente repetitivos, mas

¹⁶³ Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

também com eficácia *erga omnes* – abarcava uma dupla função; (i) firmar posicionamento jurídico e jurisprudencial acerca de determinada matéria, e como consequência lógica, (ii) desafogar o Poder Judiciário com inúmeros recursos a partir de uma posição jurídica sobre o tema.

De uma forma ou de outra, incorreria na promoção da garantia do *acesso à justiça*, seja pela duração razoável do processo, seja pela previsibilidade e calculabilidade da decisão judicial com efeito *difuso*.

E assim, o método de solução de controvérsia, a partir da análise dos recursos especial e extraordinário, valorizando e atribuindo força vinculante aos precedentes judiciais perdurou inclusive na lei que instituiu o novo CPC/15, conforme já mencionados no capítulo 3 deste trabalho.

Decerto, o novo Código de Processo Civil inseriu o sistema de precedentes em nosso ordenamento processual civil mecanismos de identificação da tese jurídica, além de traçar importantes regras com o objetivo de aprimorar a técnica de formação dos julgados e formulação das súmulas jurisprudenciais, quais sejam: (i) Aos tribunais se impôs o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 936). Se os julgados se destinam a formular, na medida do possível precedentes, a prevalecer para casos futuros e iguais, é preciso que as exigências em questão sejam bem acatadas e fielmente cumpridas; (ii) As fundamentações das decisões judiciais devem estar condizentes com o quanto previsto no artigo 489, § 1º, de modo à compreensão das questões postas em questão a partir de uma linguagem clara e coerência com os limites e fundamentos jurídicos expostos na causa; (iii) Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (Art. 926, § 2º); e, assim como, (iv) Nos recursos repetitivos, o relator, antes de conduzir a causa à apreciação do colegiado do STF ou STJ, cuidará de “identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento” (Art. 1.037, I)¹⁶⁴.

Ou seja, irrefutável a adoção de um sistema de precedentes judiciais como forma de estabelecer segurança jurídica, estabilidade e calculabilidade das decisões judiciais, pois ganha a sociedade, o Poder Judiciário, fortalecendo a economia com novos investimentos e coerência entre a norma posta e as diretrizes constitucionais, fonte primeira no Ordenamento Jurídico pátrio.

¹⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coord.). **Processo em jornadas**. XI jornadas brasileiras de direito processual, XXV jornadas ibero-americanas de direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 464.

5.3 A DINÂMICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

A dinâmica dos precedentes judiciais¹⁶⁵ compreende a sua *aplicação, rejeição, distinção e superação*, onde se destaca o papel do magistrado e das partes, pois imperiosa ampla dialeticidade entre estes no processo, sendo imperiosa e irrefutável a observância dos fundamentos que amparam a formação do precedente.

No que tange à *superação* do precedente, ainda pode-se verificar o modo em que se dá, vez que pode ser uma *superação total ou parcial, transformação, modulação dos efeitos, superação antecipada e sinalização*.

A *aplicação* do precedente será feito de forma não obrigatória (*precedente persuasivo*) ou obrigatória (*precedente vinculante*), conforme verificamos no processo de evolução dos precedentes, no item 5.1.1 deste capítulo.

O *precedente persuasivo* é empregado quando utilizado pelo julgador, como um reforço à argumentação jurídica do *decisum* proferido, devendo o magistrado fundamentar e demonstrar de forma analítica a adequação do precedente ao caso concreto, ou seja, com a demonstração da identidade da tese jurídica em questão e os fatos que embasam a controvérsia¹⁶⁶. Em suma, sua utilização não é obrigatória, contudo, ao utilizar um precedente não vinculante (*persuasivo*), deverá atender ao quanto disposto no artigo 489, § 1º, inciso V, do CPC/15¹⁶⁷.

No que tange ao *precedente vinculante* a aplicação pelo órgão julgador é obrigatória, esteja ou não o caso jurídico paradigma no âmbito das convicções do magistrado, exceto quando entender de que o precedente vinculante paradigma não se aplica ao caso concreto, devendo, em qualquer caso, oportunizar o contraditório às partes envolvidas, não só pela observância do devido processo legal, bem como determinação normativa prevista no artigo 927, § 1º, do CPC/15¹⁶⁸.

A *rejeição* do precedente incorrerá o magistrado, também, na aplicação do artigo 489, do CPC/15, devendo fundamentar analiticamente a não aplicação do precedente ao caso posto, devendo, por conseguinte, justificar a hipótese de distinção ou superação do mesmo. Isto, sendo

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 11 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 500.

¹⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 139.

¹⁶⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹⁶⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

o precedente vinculativo ou persuasivo, imposto o dever de fundamentação neste último caso quando o precedente for invocado por uma das partes.

A *distinção* ou *distinguishing*, como também é denominado, é uma das formas de rejeitar o precedente, justamente por decorrer de uma comparação do caso sob julgamento e os fundamentos da decisão paradigma. Como aduzem Dierle Nunes e André Frederico Horta, “*raciocinar por precedentes, é essencialmente raciocinar por comparações*”¹⁶⁹.

Trata-se de uma declaração negativa, uma vez que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento, evidenciando o papel do julgador em não somente apontar que os fatos são distintos, mas demonstrar fundamentadamente que a diferenciação também gira em torno do direito material em si¹⁷⁰.

Importante também acrescentar que a não adoção do precedente, não implica dizer que houve a superação, revogação ou até mesmo equívoco do seu conteúdo, mas, em verdade, é um caso de não aplicação *stricto sensu*, pura e simplesmente. De todo modo, sempre expressado numa decisão fundamentada de forma analítica, comparando os casos paradigma e o posto à apreciação.

Há ainda quem diga que na dinâmica dos precedentes judiciais, deve-se atentar-se à *técnica de redação*, pois não é de bom grado constar na *ratio decidendi* e enunciados sumulados a existência de expressões e termos vagos, abstratos e gerais. Isto, pelo fato de possuir os precedentes judiciais perspectiva de aplicação aos casos futuros, razão pela qual sua redação deve ser concisa, precisa e desprovida de dúvidas¹⁷¹.

Como se pode depreender, a dinâmica dos precedentes judiciais possui íntima relação com a garantia do *acesso à justiça*, na medida em que valoriza princípios processuais constitucionais, como os princípios da motivação dos atos jurisdicionais, o devido processo legal em sua dimensão da oportunidade do contraditório e, consectário lógico, a publicidade da decisão.

Ou seja, a importação do sistema de precedentes do *common law* valoriza a ampla discussão acerca da eventual aplicação da *ratio decidendi* paradigma ao caso posto sob julgamento. E mais, é revestido pelo amplo grau de participação das partes, o que fomenta o

¹⁶⁹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedente e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Editora Juspodivum, 2015, p. 310.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 328-329.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 11 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 503.

processo dialético e formalismo-valorativo (sob a ótica do dever de cooperação) no curso do processo.

Não se pode olvidar que mesmo diante da aplicação de um precedente vinculativo, a sua oportunidade de impugnação, por qualquer das partes, é conferida *ab initio*. Logo, a garantia do *acesso à justiça*, formal e material, é atendida – e não pode ser diferente –, num sistema dual como o brasileiro – de aplicação dos sistemas do *civil law* e *common law*.

No entanto, quanto à *superação* dos precedentes judiciais, oportuno explicitar sua estrutura conceitual, o que se passa a verificar a seguir.

5.4 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A superação do precedente judicial pode assumir algumas formas no universo jurídico, não desprendendo ao fato de que o Direito em si está em constantes transformações e, conseqüentemente, a jurisprudência também deve estar atenta e condizente com as conformações sociais de seu tempo.

A norma jurídica decorrente da atividade judicante, nesse passo, se insere num importante papel e função à pacificação social. Notadamente quando se depara com o Poder Legislativo desprovido e descompromissado a acompanhar as mudanças sociais, seja por falta de interesse, excesso de burocracia ou até mesmo pela evidente crise de representatividade que o país enfrenta.

No mesmo sentido, é de fácil observação a incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender uma produção normativa adequada ao texto constitucional e condizente com as mudanças sociais, não promovendo os objetivos traçados na Carta Política, o que enseja, inexoravelmente, em intensa discussão nos âmbitos acadêmico, político e jurisprudencial¹⁷². E neste ponto é relevante o papel dos tribunais ao *dizer o direito*, teoricamente, mais apto tecnicamente em atribuir interpretações diante da norma posta, conforme as orientações constitucionais.

Não por outras razões, imprescindível ressaltar, mais uma vez, que as técnicas de superação dos precedentes se coaduna com a garantia do *acesso à justiça*, não havendo de se falar em engessamento do Direito, haja vista o fomento da dialeticidade no processo de produção normativa jurisprudencial.

¹⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Atvismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

5.4.1 Superação total ou parcial (Overruling e overriding)

A superação do precedente, que enseja na revogação do mesmo, pode ser total ou parcial, denominando a doutrina norte-americana como *overruling* e *overriding*, respectivamente. Inclusive, tais terminologias também foram adotadas pela doutrina brasileira, inclusive para as outras técnicas a serem demonstradas no que tange à linguagem alienígena¹⁷³.

A revogação total (*overruling*) ocorre quando o precedente judicial é substituído por outro, seja pela corte de justiça que o criou ou por outra, desde que esta última seja hierarquicamente superior àquela.

Na revogação parcial (*overriding*), o precedente tem sua aplicabilidade restringida parcialmente, especificamente no que tange à um conceito ou interpretação jurídica, modificando-o não integralmente, mas de todo modo reduzindo a sua incidência.

Seja de uma forma ou de outra, a doutrina vê com cautela tal técnica, uma vez que além do órgão julgador ter o dever de fazer uma fundamentação analítica, em obediência ao quanto disposto no artigo 489, do CPC/15, deve ser uma medida excepcional – porém, não imutável –, sob pena de ferir a confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico já defendido por Humberto Ávila¹⁷⁴.

Inclusive, o *novel* Código Adjetivo elenca, em seu artigo 927, § 4º, que “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”, não se admitindo assim a superação implícita. Isto, sob pena de violar os princípios da especificidade e adequação da motivação da decisão judicial.

Entendemos que a superação do precedente, seja parcial ou total, deve conter, na fundamentação do *decisum*, um fator jurídico-social em que o precedente deve se conformar de maneira a se manter atualizado com os ditames sociais.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 327-419; CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 145-163; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 377-417; DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 11 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 504-520; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivum, 2015, p. 197-240.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2016.

A própria conjectura social e o processo de transformação do direito deve ser um fator relevante e devidamente fundamentado, de modo a preservar a segurança jurídica em seus aspectos de confiabilidade e calculabilidade.

De todo modo, a atividade jurisdicional na esfera da superação do precedente judicial – *overruling* ou *overriding* –, equipara-se aos institutos da ab-rogação (revogação total) e derrogação (revogação parcial), pois não se pode afastar do entendimento de que a decisão judicial, em sentido *lato sensu*, equivale a uma norma jurídica, sobretudo, quando se verifica efeitos vinculativos e *erga omnes*.

5.4.2 Transformação (*Transformation*)

Esta técnica foi construída por Melvin Aron Eisenberg, sob o argumento de que a *transformação* é a modificação do precedente para aplicá-lo ou não ao caso concreto¹⁷⁵, negando o tribunal o conteúdo do precedente, mas sem explicitar isso.

Nesse passo, oportuno as considerações de Ronaldo Cramer, ao referir-se à técnica como uma verdadeira *superação implícita*, o que é vedado pelo artigo 927, § 4º, do CPC/15, haja vista os princípios da adequação e especificidade que devem haver na fundamentação judicial.

Noutra banda, também pode-se concluir que a *transformação* do precedente, ao modifica-lo para aplica-lo ou não, conforme a discricionariedade do julgador, não estaríamos diante de um *precedente vinculante*, mas *persuasivo*. Este seria, portanto, o único modo de enxergar o instituto, qualificando como uma mera orientação jurisprudencial.

De uma forma ou de outra, não se pode deixar de evidenciar que estaria conferindo uma flexibilidade de aplicação a um precedente vinculativo, ensejando, irrecorrivelmente, na inobservância da confiabilidade e calculabilidade. Logo, melhor seria a revogação total (*overruling*).

5.4.3 Modulação dos efeitos (*Prospective overruling*)

Em regra, toda forma de superação do precedente tem eficácia retroativa, ou seja, efeitos *ex tunc*, alcançando situações passadas, presentes e futuras. Inclusive, o Fórum Permanente de

¹⁷⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 133 apud CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, p. 153.

Processualistas Civis editou o Enunciado nº 55, o qual entende que “*pelos pressupostos do § 3º do artigo 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto*”.

Isto, sem dúvidas, pode gerar uma situação fática-jurídica inesperada, incorrendo o jurisdicionado numa surpresa diante da possibilidade de ser julgado por uma norma inexistente ao tempo de sua conduta.

Deste modo, o artigo 927, § 3º, do CPC/15, admitiu a modulação dos efeitos da superação do precedente, contudo, somente se aplica tal dispositivo no que tange aos precedentes vinculativos. Ou seja, obrigatórios.

Inclusive, isto é uma técnica já conhecida no ordenamento jurídico pátrio, conforme se verifica no artigo 27, da Lei 9.868/1999 e artigo 11, da Lei 9.882/1999, cujas normas tratam das ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), respectivamente.

Assim, a modulação pode ser aplicada da seguinte forma: (i) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, incluindo o caso que houve a superação; (ii) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, excluindo o caso que houve a superação; ou, por fim, (iii) aplicar o novo precedente a partir de uma determinada data ou condição, podendo referir-se a determinado fato jurídico já transcorrido¹⁷⁶.

5.4.4 Superação antecipada (*Anticipatory overruling*)

A superação antecipada, em verdade, não tem qualquer natureza de superação do precedente¹⁷⁷, pois trata-se da não aplicação do precedente pelo tribunal hierarquicamente inferior, tendo em vista manifestações ou indicações do tribunal superior de que o precedente em questão encontra-se em processo de superação.

Mais uma vez, a fundamentação deve ser analítica e trazer ao feito as manifestações do tribunal superior, acórdãos monocráticos ou colegiados do tribunal que criou o precedente, indicando sua tendência em superá-lo.

Como será visto a seguir, a *superação antecipada* é uma técnica que legitima a *sinalização de superação dos precedentes judiciais*, notadamente quando o tribunal superior

¹⁷⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivum. 2015, p. 312.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 403-410.

indica em seus julgados a possibilidade de superação do precedente. É o que veremos no instituto denominado *signaling*.

5.4.5 Sinalização (*Signaling*)

A *sinalização* é uma técnica que visa conferir segurança jurídica e evitar a surpresa em julgamentos futuros, uma vez que, ao invés de superar o precedente correspondente ao caso sob julgamento, apenas sinaliza o tribunal de que poderá modificá-lo nos casos futuros.

Tal medida fortalece a *confiabilidade* no Poder Judiciário e *calculabilidade* de suas futuras decisões por parte dos operadores do direito, muito embora não haja uma vinculação à sinalização, podendo superar ou não o precedente. É o que Antônio do Passo Cabral denomina de “*julgamento-alerta*”¹⁷⁸.

De forma, ao não atingir os limites objetivos da demanda posta sob julgamento, *obiter dictum*, o tribunal indica à comunidade jurídica a possibilidade de superação do precedente, revelando-se uma técnica que prestigia a segurança jurídica¹⁷⁹, não sendo um verdadeiro caso de superação.

5.4.6 Superprecedente (*The power of precedente*)

Questão interessante vem destacando a doutrina norte americana no que tange aos precedentes judiciais: os denominados superprecedente.

A conceituação do superprecedente – de Michael J. Gerhardt¹⁸⁰ – tem fundamento numa ótica de processo de conquistas de direitos fundamentais na medida em que cria-se ou incrementa uma garantia fundamental a partir de uma decisão judicial de competência de uma corte constitucional. Oportuno trazer à baila as lições do referido autor:

¹⁷⁸ CABRAL, Antônio do passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, nº 221. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 2013, p. 39.

¹⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivum. 2015, p. 224.

¹⁸⁰ “*Super precedents are not exclusive to the courts, but are constitutional decisions in which public institutions have invested heavily, been repeatedly committed and consistently endorsed for various periods of time. These are decisions that have been repeatedly and so widely quoted for so long that they have their significance and value increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded in our culture and national consciousness, so it seems anti-American to attack them as well as formally reconsider them. These decisions are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent - consistency, stability, predictability and social trust - are convincing.*” In GERHARDT, Michael. J. *The power of precedente*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 178.

Super precedentes não são exclusivos para os tribunais, mas sim são decisões constitucionais nas quais as instituições públicas investiram fortemente, foram repetidamente confiadas e consistentemente aprovadas por vários períodos de tempo. Estas são decisões que têm sido repetidamente e tão amplamente citadas por tanto tempo que têm o seu significado e valor aumentados a ponto de serem garantidas por redes duradouras. Elas estão profundamente e irrevogavelmente incorporadas em nossa cultura e na consciência nacional, de modo que parece antiamericano o ataque a elas, bem como reconsiderá-las formalmente. Estas decisões são as instâncias mais claras em que os valores institucionais promovidos pela fidelidade ao precedente - a consistência, estabilidade, previsibilidade e confiança social - são convincentes.

Tal direito, face sua importância e abrangência, se enraíza à cultura de uma sociedade, de modo a tornar-se imutável, endossando, pela sua própria natureza jurídica e em eventual hipótese de revogação, o princípio da vedação do retrocesso e obstando a aplicação de uma dinâmica de precedente capaz de restringir a norma jurídica fundamental.

Cita o autor como exemplos de superprecedentes o clássico caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual se criou o *judicial review*, admitindo o controle de constitucionalidade pela via difusa, bem como o caso *Brown v Board of Education* (1954), em que a Corte Suprema dos Estados Unidos proibiu a segregação racial em escolas públicas¹⁸¹.

Como se vê, tratam-se de decisões judiciais num sistema de precedentes que possuem eficácia vinculante, onde a tentativa de superá-los ensejará, caso ocorra, num retrocesso em face da interpretação normativa constitucional em que os direitos e garantias fundamentais jamais devem ser restringidos, mas sempre ampliados – art. 5º, § 2º, da CF/88.

Nesse passo, considerando que a decisão judicial num sistema de precedentes judiciais tem força normativa, o superprecedente seria uma *cláusula pétrea fruto do exercício da jurisdição*¹⁸², tendo uma natureza jurídica antirreformadora ante a inteligência do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/88. Ou seja, direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação, sendo, portanto, imutáveis.

Leciona ainda o autor – Ronaldo Cramer –, que a *cláusula pétrea da jurisdição* somente seria superada ante a hipótese de uma nova ordem constitucional, haja vista o poder ilimitado do poder constituinte originário.

Máxima vênia ao entendimento do ilustre professor, mas ousamos discordar, sob o fundamento, já exposto anteriormente, no que tange à teoria *constitucionalismo autogenerativo*,

¹⁸¹ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55 e 246; GERHARDT, Michael. J. **The power of precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 170-180; FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 130-144; CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 163-164.

¹⁸² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 165.

de J. J. Gomes Canotilho¹⁸³, onde norma de direitos e garantias fundamentais, os quais são fruto de um processo histórico de conquistas sociais se autorregeneram, ainda que sob a perspectiva de uma nova constituição. Frise-se e repise-se.

Deste modo, não se pode fechar aos olhos que num sistema de precedentes judiciais, superprecedentes passem a figurar como uma espécie normativa voltada a proteger e promover direitos e garantias fundamentais – conforme propõe a teoria de George Jellinek (já esposada no capítulo 04) –, pois seria o Poder Judiciário responsável por tal tarefa, notadamente ante a crise de representatividade e/ou omissão por parte do Poder Legislativo.

E mais. Por que não admitir, futuramente, à condição de *superprecedente* o precedente firmado, no Habeas Corpus nº 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal – demonstrado no capítulo 04, item 4.3 –, uma vez que atinge toda a sociedade em caráter vinculante o que passaria a instaurar a estabilidade e confiança em face e pelos gestores públicos no manejo do dinheiro dos contribuintes, estando certo de que estará sujeito a severas punições em caso de corrupção (?).

Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro ainda está aprendendo a andar no sistema de precedentes judiciais, mas não se pode voltar as costas para uma realidade que atualmente encontra-se positivada, de observância obrigatória pelos aplicadores do direito e que tem como objetivo, dentre tantos, a pacificação social e segurança nas relações jurídicas.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

6 O CONTEÚDO ESSENCIAL DA GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA

Considerando as premissas estabelecidas até o momento, a partir da análise de um processo de conquistas de direitos que passa por uma preocupação e conseqüente positividade de fixação de direitos e garantias fundamentais na esfera internacional, no direito comparado, no direito brasileiro – ante a historicidade normativa das constituições já existentes –, tudo isto atrelado à necessidade de prestigiar o princípio da segurança jurídica num sistema de precedentes judiciais, atualmente expresso em lei, oportuno encaixar a garantia do *acesso à justiça* na atual conformação jurídica e social.

Tais considerações deságuam na formulação e estruturação normativa e principiológica do conteúdo essencial da garantia do *acesso à justiça* a partir de 03 (três) enfoques: A *lei*, o *processo* e a *decisão judicial*, utilizando, por analogia, o arcabouço proposto por Luigi Ferrajoli e sua teoria do garantismo penal, no qual o autor estabelece uma série de *axiomas* (princípios) a serem observados para a preservação e proteção de direitos e garantias fundamentais na esfera penal.

Não distintamente, estabelece aqui princípios mínimos, cuja existência proporciona a efetividade do *acesso à justiça*, formal e material, sob a intenção de prestar e defender direitos e garantias fundamentais no âmbito da prestação jurisdicional. A saber.

6.1 A INFLUÊNCIA DAS ONDAS REFORMADORAS DO ACESSO À JUSTIÇA DE MAURO CAPPELLETTI

Mauro Cappelletti sempre se demonstrou um grande observador da questão sociológica no processo, identificando as experiências do direito civil e do sistema *common law* a partir dos grandes conflitos valorativos, notadamente aqueles que envolviam direitos e garantias fundamentais, destacando-os por seus enfoques – do processo e procedimentos –, à luz dos anseios sociais.

Nesse diapasão, na década de 1970, juntamente com Bryant Garth, publicaram o livro *Acesso à justiça*, merecendo destaque para as “*ondas reformadoras*” como sugestões de soluções práticas para superação aos problemas do *acesso à justiça*, cujo debate já se encontrava posto “*em mesa*” desde 1965.

A primeira onda reformadora foi a *assistência judiciária gratuita*. Aqui, a base doutrinária para o efetivo *acesso à justiça* tinha como objetivo alcançar as classes menos favorecidas a buscar a tutela estatal para proteção e promoção de seus direitos e garantias, haja

vista os obstáculos econômicos, significativamente custosos, para uma devida prestação jurisdicional.

Uma consulta com profissional do direito era privilégio de poucos, restringindo à uma camada economicamente mais favorecida, o que também envolvia os custos processuais para ingresso com a ação e, via de regra, também era exigido para a produção de provas, como peritos, assistentes, avaliações e demais atos cartorários.

Nesse passo, disserta os autores que a assistência judiciária gratuita envolvia, desde a necessidade de acesso a um profissional do direito – advogados, defensores públicos –, os quais seriam custeados pelo Estado, até à gratuidade de custas judiciais e demais gastos no curso do processo. Esta foi uma primeira solução, numa tentativa de democratizar o *acesso à justiça*, o que ainda se resumia na esfera meramente formal. Seria, em tese, o próprio direito de ação, uma garantia fundamental, que até então estava não efetivada pela discrepância entre os níveis populacionais economicamente distantes.

Enaltece os autores que muitos modelos foram criados nos países europeus, a exemplo do modelo britânico, cuja disponibilidade do Estado para o custeio da demanda, muitas vezes, estava atrelado à viabilidade da causa, uma vez que o advogado credenciado para tal desiderato tinha a faculdade de aceitar ou não o patrocínio da demanda, não por outra razão, verificando a possibilidade de êxito¹⁸⁴. Isto se revelaria previsível, ante um sistema baseado nos precedentes judiciais obrigatórios. Frise-se.

Oportuno ressaltar, que dentro de um sistema de precedentes judiciais – modelo britânico –, ainda que a demanda não fosse realmente deflagrada perante o Poder Judiciário, o “aconselhamento jurídico” estaria, de certa forma, proporcionando o *acesso à justiça*, à uma camada populacional até então distante da possibilidade de tal aconselhamento. Não se discute aqui um avanço, mas outras questões ainda seriam levantadas, o que levou à segunda onda reformadora.

A segunda onda reformadora foi a *representação jurídica para tutela dos interesses difusos*. Tal representação jurídica significou um óbice diante de uma visão clássica do processo civil – autor x réu, individualmente caracterizados –, na medida em que as conformações sociais passaram a ser vislumbradas como um conjunto de pessoas, e não somente por meio de demandas judiciais onde conflitos particulares visavam atender apenas uma, das duas partes

¹⁸⁴ “No moderno programa britânico, por exemplo, um requerente, verificada a viabilidade financeira e de mérito de sua causa, pode escolher seu advogado em uma lista de profissionais que concordaram em prestar esses serviços”. In: CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p, 35.

envolvidas. Ou seja, a sociedade estava se organizando, assumindo papéis e representatividade por meio de seus sindicatos, organizações civis, dentre outras formas de aglutinação.

A visão individualista do devido processo judicial passou a ceder lugar a uma concepção coletiva, de modo a atender uma camada e/ou segmento social, que passou a necessitar de uma representação adequada para a defesa de seus direitos transindividuais¹⁸⁵. Justamente, ante a necessidade de abranger a plurisubjetividade do direito em questão. E a esta altura, não era possível individualizar as demandas para atender um grupo de pessoas, ligadas por uma circunstância fática e/ou jurídica comuns.

Não se pode perder de vista que a tutela de interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos está relacionada à atuação estatal, de forma positiva ou negativa, no que tange às políticas públicas, pois não só as pessoas menos favorecidas economicamente são excluídas do processo de tomada de decisões, mas boa parte da sociedade. Exemplo disto referem-se às questões da degradação ambiental e à necessidade de desenvolvimento sustentável, questões consumeristas, segurança, educação, saúde pública e outros direitos diretamente ligados à promoção e defesa de direitos e garantias fundamentais.

Oportuno ressaltar que o processo de conquista de direitos ocorre por meio da união de pessoas com pautas e reivindicações específicas. Evidente, portanto, uma pertinência temática diante dos seus anseios.

No Brasil, o problema da representação adequada foi enaltecido por José Carlos Barbosa Moreira¹⁸⁶, nos anos de 1977 a 1981, ao descrever artigos, cujos assuntos giravam em torno da necessidade de incentivar o debate sobre ações coletivas, o que também passou a criticar o pouco uso da ação popular, a qual é datada do ano de 1965 e que já aspirava a tendência das demandas plurais e que atualmente faz parte do microsistema do processo coletivo.

Até hoje, infelizmente, pouca importância é conferida à ação popular. E percebe-se que é uma questão cultural no âmbito jurídico, chegando-se ao ponto de alegarem o seu desuso. Mas tal discussão não é objeto deste trabalho.

Hoje, transcorrido mais de 35 (trinta e cinco) anos, ao pioneirismo do professor José Carlos Barbosa Moreira, o processo coletivo no Brasil é uma realidade, seja nas esferas acadêmica, legislativa ou jurisprudenciais, malgrado ainda parem temas que levam os estudiosos ao desconforto, seja no plano prático ou teórico, não se afastando do objetivo de

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p. 51.

¹⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**: primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-123.

aprimorar o processamento, legitimação e efeitos destas demandas¹⁸⁷. Isto, de modo a permitir segurança jurídica e calculabilidade diante de um sistema de precedentes judiciais, haja vista a abrangência e efeitos práticos oriundas da decisão judicial também nesta esfera de atuação. Obviamente.

Por fim, a terceira onda referiu-se ao *enfoque ao acesso à justiça* de maneira ampla, objetivando conferir novas linhas conceituais, ante as bem-sucedidas ondas reformadoras anteriores. E não por outra razão, uma consequência lógica do processo evolutivo e interpretativo da garantia fundamental, cuja característica de cláusula aberta, significa a constante remodelagem de tais institutos ante as mudanças e contornos sociais de seu tempo.

Inclui-se aqui a presença e papel de advogados público e privado, nas esferas judicial e extrajudicial, indo além, no sentido de centrar a atenção no conjunto normativo, mecanismos de solução de conflitos, instituições, pessoas e procedimentos para processar e até mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Uma conscientização inevitavelmente atrelada ao tempo e gradativamente incorporada no universo jurídico e cultural.

E isto não exclui os benefícios já alcançados nas ondas reformadoras anteriores. Apenas muda-se o foco, de uma questão econômica (assistência judiciária gratuita) e processual (representação nas causas coletivas), para questões mais abrangentes. Esse tipo de abordagem foi muito bem descrita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸⁸, cujo texto peço vênha para transcrição:

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de um breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, **esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios.** Esse enfoque, em suma, não recebe inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Deste modo, com respeito aos entendimentos contrários, mas o novo código de processo civil atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se dentro das perspectivas da *terceira onda* reformadora, como se pode atestar no quanto descrito nos itens 3.3; 3.4; 3.5 do capítulo 03, onde se vê instrumentos processuais aptos para estabelecer um sistema de

¹⁸⁷ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos.** MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 19.

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, p. 71.

precedentes judiciais que, ao mesmo tempo, proporciona segurança jurídica e, na outra banda, garante mecanismos de modificação de tais precedentes. Sem dúvida, um sistema coeso, estável que proporciona o processo dialético do direito, não mais limitando-se a indicação de jurisprudência lastreada, pura e simplesmente, na leitura e transcrição de ementas.

Acrescenta os autores que as reformas devem estar atreladas a 04 (quatro) aspectos: (i) promoção de acessibilidade geral; (ii) tentativa de equalizar as partes, promovendo a solução rápida do litígio; (iii) a alteração do estilo de tomada de decisões – aqui o sistema de precedentes e as decisões dos meios alternativos de solução de conflitos também se inserem como uma reforma substancial; e, (iv) a simplificação do direito aplicado.

Inquestionável a relevância da obra e propostas formuladas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Note que a obra foi publicada na década de 1970, mas algum tempo levou para tais ideias serem absorvidas pela comunidade jurídica brasileira, sobretudo, no que concerne ao acompanhamento legislativo, a exemplo do processo coletivo.

Neste ponto, pela importância do tema, não se pode olvidar a necessidade de a cada dia fortalecer os princípios, atribuindo-lhes força cogente e, dentro de uma estrutura conceitual, estabelecer requisitos mínimos para efetivação de direitos e garantias fundamentais.

É o que denominamos neste trabalho de conteúdo essencial, também podendo ser chamado de conteúdo mínimo, que significa elencar um conteúdo básico, um alicerce, uma viga mestra a partir do qual é possível construir e revitalizar o direito, os fenômenos sociais que o amparam e o *acesso à justiça*. Vejamos.

6.2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E GARANTISMO PROCESSUAL DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANALOGIA ESTRUTURAL

Na construção dos paradigmas mínimos para concreção do *acesso à justiça*, não se pode deixar passar em branco os dogmas e estrutura normativa do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*¹⁸⁹.

O arcabouço teórico, de relevante papel para a proteção e fomento de direitos e garantias fundamentais, na esfera penal, também é um paradigma para alcançar o objetivo do presente trabalho – fixar o conteúdo essencial para o *acesso à justiça*.

À primeira vista, pode-se achar estranho buscar no garantismo penal a construção doutrinária para defesa de direitos e garantias fundamentais na esfera cível. Mas não é.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013.

Sobretudo porque, em ambos os casos, as bases conceituais a serem utilizadas são de cunho essencialmente principiológico e de base constitucional. Trata-se de uma analogia estrutural para estabelecer um conteúdo mínimo e diretivo para a efetividade da garantia do *acesso à justiça*.

Inclusive, a funcionalidade do direito hodierno não comporta mais tamanha distância entre os seus variados ramos da ciência do Direito, quando permitem também interconexões, pois o *diálogo das fontes* – idealizado na Alemanha e trazido pela jurista Cláudia Lima Marques¹⁹⁰ –, permite por meio de técnicas de interpretações atingir a eficácia de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da defesa do consumidor, conforme propôs a referida autora, valendo de conceitos e dogmas do direito civil para proteger o consumidor numa economia de grande escala.

Dando seguimento, oportuno trazer breves considerações acerca da Teoria do Garantismo Penal proposto por Luigi Ferrajoli e fixar, por analogia e apenas estruturalmente, premissas fundamentais para efetivação do *acesso à justiça*.

O autor italiano, ao construir a Teoria Garantista, tem como objetivo rechaçar o abuso do direito de punir do Estado (*jus puniendi*), bem como uma liberdade selvagem, desprovida de regras. Nesse passo, leciona um modelo de *liberdade regrada*, o que estaria no meio termo entre o abuso da punição estatal e a liberdade animalésca, proporcionando um equilíbrio entre o direito fundamental da liberdade e o dever-poder do Estado, no exercício de sua função coercitiva penal.

Para tanto, o autor constrói *técnicas de minimização* do Poder Institucionalizado, que essencialmente tratam-se de direitos de defesa, baseado em 10 (dez) axiomas legais divididos nos seguintes preceitos: *(i)* garantias relativas à *pena*; *(ii)* garantias relativas ao *delito*; e, *(iii)* garantias relativas ao *processo*. Ei-los:

(i) As garantias relativas à pena, estão baseadas nos princípios: *nulla pena sine crimine* (só haverá pena se houver prática de um crime); *nulla pena sine lege* (não há pena sem crime e não há crime sem lei); e, *nulla lex penalis sine necessitatis* (não há lei penal sem necessidade).

(ii) As garantias relativas ao delito, tem amparo nas seguintes premissas: *nulla necessitatis sine injuria* (não há crime sem relevante e concreto perigo de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado); *nulla injuria sine actione* (não se deve preocupar com o autor, mas com os fatos praticados por este); e, *nulla actio sine culpa* (não há crime sem culpa).

(iii) As garantias relativas ao processo, por derradeiro, elencam princípios em razão do direito instrumental quando: *nulla culpa sine judicio* (quem verifica a existência

¹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

ou não da culpa é o órgão judicial); **nullo iudicio sine accusatione** (o juiz não pode agir de ofício); **nulla acusatione sine probatione** (não há acusação sem prova); e, por fim, **nulla probatione sine defensione** (ampla defesa e contraditório).

Importante ressaltar que todos os princípios pertencentes à formulação do garantismo penal estão previstos na Constituição brasileira, a qual é considerada, por consequência lógica, uma Constituição garantista, ante o rol exemplificativo de defesa de direitos e garantias fundamentais¹⁹¹.

Pretende-se estabelecer uma estrutura básica para a efetividade do *acesso à justiça*, fazendo da mesma forma daquela realizada pela Teoria do Garantismo Penal, estabelecendo conteúdo essencial/mínimo, de modo a endossar a terceira onda reformadora proposta por Cappelletti, notadamente ao papel de orientação de tais premissas perante a atividade estatal, no exercício das funções, seja nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim, vislumbra-se importantes pontos dentro dos instrumentos que possuem o Estado para desempenho de suas funções, atingindo a atividade legislativa e jurisdicional, neste último caso, considerando o fortalecimento do sistema de precedentes judiciais no Ordenamento Jurídico pátrio. Desta forma, a efetividade do *acesso à justiça*, em seu grau mínimo, deve alcançar a (i) garantia do *acesso à justiça na lei*; (ii) garantia do *acesso à justiça no processo*; e, (iii) garantia do *acesso à justiça na decisão judicial*.

6.2.1 Garantia do acesso à justiça na lei

A garantia do *acesso à justiça* na lei divide-se em 02 (dois) enfoques, muito embora se trate de atos inerentes à atividade legiferante, que é a elaboração da lei em si e o processo legislativo que o precede. Ou seja, tratá-los de forma separada seria dividir gêmeos siameses ligados por único órgão vital.

Destarte, visando delimitar a abrangência da efetividade do *acesso à justiça na lei*, oportuno se faz restringir a construção dogmática posta ao processo legislativo *stricto sensu*, referindo-se ao procedimento previsto na constituição, muito embora suas conclusões possam ser levadas em consideração nas esferas Estadual, Municipal e demais procedimentos administrativos normativos nas esferas dos outros poderes, infraconstitucionais e infralegais,

¹⁹¹ O que não significa dizer que tais axiomas, também previstos na Carta Magna de 1988, implícita ou explicitamente, não possam sofrer interpretações pela Corte Constitucional diante dos acontecimentos sociais, resguardando e/ou promovendo direitos e garantias fundamentais, dando-lhe novos significados, sem, contudo, alterar o texto constitucional (mutação constitucional).

tendo em vista que estas acepções também têm o dever de proteger e promover direitos e garantias fundamentais.

Em regra, toda elaboração normativa em si tem como precedente um processo legislativo que lhe confere e impõe determinado procedimento a ser seguido, sob pena de invalidade formal e conseqüentemente material, sem prejuízo também de verificação dos deveres de *motivação*, o que geralmente vem constante na exposição de motivos, e *publicação*, o que confere vigência e efeitos à norma, colocando à disposição e conhecimento de todos.

Atendo-se ao processo legislativo no âmbito das casas legislativas – Federal, Estadual e Municipal –, ainda que patente a crise de representatividade e desvirtuação da atividade legislativa dos parlamentares, a observância do princípio do Estado Democrático de Direito¹⁹² a ser devidamente aplicado neste processo, confere dialeticidade, participação e pluralidade, ratificando o espírito de uma sociedade organizada que tem como propósito o bem estar social.

Nesse condão, o princípio do *devido processo legal legislativo constitucional*, amparado sobre valores jurídicos como *justiça, segurança, certeza, ordem, paz social e solidariedade*¹⁹³, dão ensejo ao culturalismo jurídico¹⁹⁴. E isto pode ser percebido pelo conteúdo do preâmbulo da Carta Política de 1988, onde acolhe o valor da justiça como valor do próprio Direito, como coexistência harmônica e livre das pessoas, sob a égide da *proporção e igualdade*¹⁹⁵.

E sob tais valores que sustentam o culturalismo jurídico, o ideal democrático assume diversos significados, mas não se afasta da observância de regras e procedimentos quando do processo legislativo, o qual deve ser observado em sua inteireza de modo a conferir validade e legitimidade à norma em elaboração. É conferir, em outras palavras, valorosa dimensão constitucional, e não podia ser diferente, ao devido processo legal legislativo, uma vez que a vertente processual constitucional – *neoconstitucionalismo* – se aplica em todas as suas órbitas.

De conseguinte, o devido processo legal legislativo também está alicerçado no princípio do interesse público, o que significa colocar o legislador em sintonia com os anseios sociais,

¹⁹² O princípio do Estado Democrático de Direito encontra-se no sentido de que é o Estado Constitucional submetido à Constituição vigente, amparada sob os valores humanistas nela consagrados, implícita ou explicitamente. In: CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015, 430-431. Acrescente-se, por seu turno que a elaboração normativa, que vai desde os legitimados à proposta de lei até a publicação, deve atender interesses gerais e abstratos, promovendo e defendendo direitos e garantias constitucionais, valorizando discussões e anseios da sociedade organizada, não sendo válido, tampouco, legal, parlamentares desempenharem papel de prepostos em face de interesses privados.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 1004.

¹⁹⁴ “A Constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o conteúdo axiológico” In: SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 1003-1004.

¹⁹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 245.

atendendo a finalidade geral e abstrata que estes necessitam. Revela-se aqui a preocupação com a primazia do interesse público, com o processo de conquistas de direitos a partir de uma patente ausência do Estado num determinado segmento social ou diante de circunstâncias fáticas em abstrato, onde políticas públicas não alcançaram ou sequer foram implementadas.

Não se visa neste passo fixar um rol interminável de direitos e garantias fundamentais, incorrendo numa *prodigalidade legislativa*¹⁹⁶ desamparada pela capacidade econômica de promoção destes direitos pelos cofres públicos. Mas, estabelecer diretrizes das quais o legislador não deve se desprender. Isto é, baseada em valores e princípios que prestam guarda e estabelecem limites aos direitos de defesa, como já defendido por Jellinek (Capítulo 04).

É neste viés que o princípio da vedação do retrocesso se insere, pois o Estado deve ter como diretriz a promoção de direitos e garantias (Direito de Prestação) e ao mesmo tempo conferir instrumentos para defesa destes direitos por parte do próprio Estado (Direitos de Defesa).

Deste modo, o conteúdo essencial da garantia do *acesso à justiça* na *lei* é basilar a obediência ao (i) princípio do devido processo legal legislativo constitucional; (ii) princípio da finalidade pública; e, (iii) princípio da vedação do retrocesso.

6.2.1.1 Princípio do devido processo legal legislativo constitucional

O princípio do devido processo legal legislativo constitucional está atrelado ao cumprimento de regras e procedimentos que evitem um vício de forma, e consequente invalidade da norma.

O devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo e pode ser estudado sob algumas perspectivas, a exemplo dos processos judicial e administrativo. Contudo, o viés do devido processo legal legislativo constitucional estabelece uma hermenêutica mais específica, sendo possível identificar subprincípios norteadores: (i) publicidade; (ii) oralidade; (iii) separação da discussão e votação; e, por fim, (iv) exame prévio dos projetos de lei pelas comissões parlamentares¹⁹⁷.

O *princípio da publicidade* possui 03 (três) vertentes: a primeira, que as deliberações das Câmaras ocorrem de maneira aberta ao público, a segunda, que o levantamento das atas de

¹⁹⁶ MENDES; Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 205.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 669-671.

deliberações que são públicas possam ter acesso ao público, e terceiro, publicação à imprensa oficial dos atos e documentos deliberados pelas Câmaras.

Malgrado as exceções ao princípio da publicidade¹⁹⁸, o mencionado princípio ainda carece de ampla efetividade. Nesse sentido, imperiosa a necessidade de representatividade parlamentar adequada, na medida em que todos os votos dos parlamentares deveriam ser públicos, de modo a legitimar o voto daqueles que os elegeram e, além de demonstrar à sociedade a sua atuação legislativa. Infelizmente, isto ainda é utópico, malgrado tenha se alcançado avanços significativos em algumas casas legislativas distribuídas pelos entes federativos.

Já o *princípio da oralidade* consubstancia-se no momento da realização dos debates, os quais são feitos pelo pedido da palavra e pronunciamentos que poderão ser publicados na imprensa oficial. Este princípio está atrelado ao princípio da publicidade, pois a manifestação do voto e opiniões, de maneira ampla, são reflexos de um Estado Democrático de Direito, essencial para a identificação representativa no exercício da função parlamentar.

O *princípio da separação da discussão e votação* refere-se a um procedimento de ordem cronológica, no qual a votação somente se inicia após findada a discussão, impedindo ainda que novas deliberações sejam feitas no momento da votação. Uma espécie de preclusão consumativa, de modo a estabelecer um procedimento a ser seguido, evitando manobras protelatórias ou outro meio ardil para fazer impor a vontade contrária.

Quanto ao *princípio do exame prévio do projeto por comissões parlamentares*, tem, por objetivo, a verificação da constitucionalidade da norma a ser posta sob discussão e votação. Trata-se de um exame preventivo de constitucionalidade, cujos pareceres apesarem de não terem força vinculativa, é orientadora e geralmente acolhida pelo plenário.

Trata-se de uma fase que precede à deliberação e votação, cujo princípio foi acolhido pelo direito parlamentar brasileiro¹⁹⁹.

Outrossim, mister trazer à baila os novos contornos da atividade legislativa quando diante de uma precedente obrigatório, não obstante, não se deva aprofundar no tema, também deve ser levado em consideração quando da elaboração normativa, a ponto de não obstruir a autonomia e independência do Poder Legislativo, mas, também, não desconsiderar uma norma jurídica fruto de um longo processo dialético do Direito, amparado sob garantias constitucionais.

¹⁹⁸ Exceção ao princípio da publicidade, encontram-se previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Artigos. 92-94) e no Regimento Interno do Senado Federal (Artigos 190-198).

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 50-52.

6.2.1.2 Princípio da finalidade pública

Para definir o *princípio da finalidade pública* como um requisito essencial à garantia do *acesso à justiça na lei*, é preciso partir de uma premissa de que o Estado, ainda que na função típica do Poder Legislativo, tem como finalidade, e isto é, uma circunstância inerente, o atendimento do interesse público.

A Administração Pública, tem como finalidade, seja em caráter público ou especial, atender os interesses da coletividade, sob pena de incorrer em desvio de finalidade, o que acarreta a invalidade do ato administrativo²⁰⁰. No presente caso, a invalidade da própria norma.

No âmbito do Poder Legislativo, esta regra não deve ser afastada, pois o interesse público aqui deve ser entendido pelo dever de prestação de direitos e garantias fundamentais, conferindo aos administrados o estado de bem-estar social (*Welfare State*). Nesse passo, as leis devem sempre atender os direitos e garantias constitucionais, pois desta forma é possível efetivar o *acesso à justiça*, seja em suas óticas formal ou substancial. É a própria atividade legiferante ligada aos ditames constitucionais.

À luz do constitucionalismo, a atividade estatal e as relações jurídicas pactuadas, seja nas esferas pública ou privada, devem trilhar esta linha garantista, prestando ou defendendo direitos fundamentais, de modo a sempre perquirir os anseios constitucionais, sobretudo por estar sob a égide de uma constituição dirigente e, como dito alhures, essencialmente garantista.

E o próprio sistema de freios e contrapesos corroboram com tal entendimento, pois um projeto de lei dificilmente passará por um duplo grau de controle de constitucionalidade – preventivo e/ou repressivo –, quando violar direitos e garantias fundamentais. Muito embora já tenhamos presenciado tais violações no ordenamento jurídico pátrio, esta não deve ser a regra, e tal prática deve ser rechaçada pela comunidade jurídica.

Logo, o interesse público, antes de mais nada, e em caráter precedente, tem por objetivo a promoção e defesa de garantias fundamentais, efetivando, repise-se, o *acesso à justiça*, que deve partir, desde a elaboração da norma, até a concretização de direitos, se coadunando com o princípio da soberania popular, pois conforme se inicia a Constituição Federal de 1988, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁰¹ (Art. 1º, parágrafo único, CF/88).

²⁰⁰ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015, p. 766; FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2015, p. 34.

²⁰¹ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015, p. 431.

6.2.1.3 Princípio da vedação do retrocesso

Como assentado, a atividade legislativa deve ser contemporânea aos ditames sociais. Isto significa dizer que os direitos e garantias fundamentais devem estar condizentes com as conformações sociais hodiernas, sendo vedado restrições normativas de modo a retroceder no processo de conquistas de direitos.

É o princípio da vedação do retrocesso. A magnitude deste princípio transcende ao universo nas normas constitucionais e atua de forma a impedir que se esvazie o núcleo essencial de um determinado direito ou garantia fundamental.

Em verdade, trata-se de um limite à liberdade do legislador, expurgando-lhe a possibilidade de revogar, total ou parcialmente, determinadas normas de modo a subnutrir dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação. É o caso da garantia do *acesso à justiça*²⁰².

Enaltecendo a importância de tal princípio, vale salientar a estreita relação com as garantias fundamentais do *direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito*, assim como toda e qualquer limitações de ordem constitucional – a exemplo do princípio da irretroatividade da lei tributária –, de atos retroativos, ou mesmo garantias com restrições legislativas dos direitos fundamentais, já demonstra a importância da previsão normativa em nosso ordenamento jurídico pátrio²⁰³.

Tanto é verdade que surge a seguinte pergunta: uma vez estabelecida a positividade de um determinado direito fundamental, seguido de medidas concretas no intuito de efetivar tal direito, poderia haver a restrição ou supressão nas elaborações legislativas futuras²⁰⁴? Evidentemente, trata-se de um pergunta retórica aos adeptos do princípio em questão, cuja resposta negativa ecoa aos quatro cantos.

Mas não é só. Ainda que não expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, o princípio da vedação do retrocesso, a sua importância normativa e eficácia cogente como norma implícita já foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio, possuindo íntima relação com o princípio da segurança jurídica. Isto também se deve, ante tantas influências doutrinárias, ao entendimento comum na doutrina constitucional contemporânea de que a segurança jurídica

²⁰² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 49.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 453.

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**: Passo Fundo, v.14, n.14, 2000, p. 33.

é expressão umbilical ao Estado de Direito, pois, por conseguinte, um princípio estruturante e fundamental do Estado de Direito²⁰⁵.

E, estando os direitos fundamentais, inserindo a garantia do *acesso à justiça*, corroborado pela doutrina de Jellinek, no sentido de prestar e defender tais direitos, mister trazer à baila, *permissa venia*, as lições de Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁶:

Que o direito à segurança jurídica, por sua vez, constitui apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança, já que este, para além da segurança jurídica, abrange o direito à segurança pessoal e social, mas também um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente.

E, por derradeiro, para aqueles que não entendam pelo reconhecimento do princípio da vedação do retrocesso no Ordenamento Jurídico brasileiro, a doutrina especializada elenca dentre outros argumentos os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *máxima efetividade e eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais* (artigo 5º, § 1º, CF/88)²⁰⁷. Ou seja, o reconhecimento da proibição do retrocesso está a impedir a frustração da efetividade constitucional²⁰⁸, haja vista o conteúdo dirigente da Carta *Fundamentallis*.

6.2.2 Garantia do acesso à justiça no processo

O processo, seja judicial ou extrajudicial, sob a ótica da Teoria da Norma Jurídica – considerando o sistema de precedentes judiciais –, é o método apto à produção de normas jurídicas, sejam elas leis, atos administrativos, decisões judiciais ou negócios jurídicos processuais.

E como é objetivo deste trabalho, não se pode afastar a garantia do *acesso à justiça* e sua relação com os precedentes judiciais. Isto porque a construção de um conteúdo mínimo à garantia fundamental supramencionada será diretriz quando da formação de um precedente judicial, evitando a criação de uma norma jurídica que esteja destoante o *princípio da máxima efetividade e eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais*.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 252 e ss.; CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 452.

²⁰⁷ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 199 e ss.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

Não por outra razão, nos importa enxergar o processo como meio ao exercício da jurisdição, uma vez que a decisão judicial fruto do *processo devido* – que observa suas garantias constitucionais processuais –, ensejará numa norma jurídica individualizada ou com eficácia *erga omnes*.

De conseguinte, o conteúdo essencial para a garantia do *acesso à justiça* no processo encontra guarida no (i) princípio do devido processo legal; (ii) princípio da paridade de armas; e, (iii) Princípio da duração razoável do processo.

6.2.2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está enraizado no ordenamento e cultura jurídica do Direito brasileiro. Inclusive, previsto de forma taxativa no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se de uma cláusula aberta, positivada em tratados internacionais e festejada no direito comparado, pois denota um tratamento que se deve observar num processo judicial justo, equitativo e imparcial. Inclusive, o “*due process of law*”, originário do direito inglês, assumiu outras denominações – Para os portugueses: *processo equitativo*; italianos: *processo giusto*; e em alguns países europeus: *fair trial* –, contudo, não se desprende do real significado que a garantia deseja expressar: um julgamento justo. Muito embora haja outras interpretações²⁰⁹.

A importância do princípio do devido processo legal leva o interessado a buscar suas linhas históricas, observando alguns séculos atrás: o Decreto Feudal Alemão de 1.037 d. C (que visava proteger os súditos de arbítrios do Imperador Conrado II), o texto de Eduardo II, então Rei da Inglaterra, desde 1.354 d. C, o qual, dentre outros, inspiraram a Carta Magna de 1215 entre o Rei João e os Barões, submetendo o rei inglês ao *law of the land*, que tinha o mesmo significado do *due process of law*²¹⁰.

E ao longo dos séculos, a abrangência do princípio do devido processo legal tomou novas dimensões, incluindo novas premissas e princípios que conferiam efetividade ao princípio. Foi nesse sentimento que o devido processo legal passou a englobar outros direitos e garantias fundamentais, os quais ensejaram, inevitavelmente, na preservação de garantias

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 65; FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo. Tutela Processual dos Direitos Humanos Fundamentais e Inflexões do “Due Process Of Law”**. São Paulo: Editora LTR. 2016, p. 93 e ss.

²¹⁰ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-27; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 66-67.

mínimas ao processo devido. E por se transformar numa norma princípio de conteúdo diversificado e complexo, não é possível, dentre tantas garantias existentes, deixar de mencionar os princípios do contraditório e ampla defesa, o dever de cooperação e a boa-fé processual.

6.2.2.1.1 Contraditório e ampla defesa

Em regra, o processo em si, seja em qualquer grau de jurisdição e, inclusive, nas relações privadas, deve observar o contraditório, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LV, da Carta Política vigente: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

O dever de oportunizar a oitiva da parte *ex adversa* revela uma segurança num Estado Democrático de Direito, no sentido de evitar decisões surpresas, além de proporcionar a possibilidade de influência na decisão do juiz.

Fredie Didier Júnior ainda classifica o princípio do contraditório sob duas dimensões: a formal e a substancial. A primeira, refere-se à ciência de conhecimento de uma demanda judicial ou administrativa, que traduz no direito de ser ouvido, uma comunicação para poder participar do processo. Já a segunda dimensão refere-se à questão substancial, que significa a possibilidade de poder, a partir de um pronunciamento, influenciar a decisão do juiz²¹¹.

No mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal reconhece que o artigo 5º, inciso LV, da CF/88 abarca, de forma implícita, o *devido processo legal substancial*, enaltecendo os princípios de justiça sob a luz da razoabilidade (*reasonableness*) e proporcionalidade (*rationality*).²¹²

Como toda regra exceções são bem-vindas, justamente para confirmar a regra. E situações excepcionais são admitidas na legislação pátria, de modo a preservar outros direitos tão importantes à garantia processual, cujo rol é extenso acerca das possibilidades de liminares em sede de mandado de segurança e tutela provisória de urgência e evidência, mas que não significa violação ao princípio do contraditório, mas um diferimento, o qual deverá ser oportunizado de forma consequencial e imediata. Isto também se deve à plausibilidade e alta

²¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 81-82.

²¹² ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Plenário, DJ DE 6-62003 In: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 661.

probabilidade do êxito da demanda, não olvidando o dever de demonstração de tais circunstâncias pela parte interessada.

Outrossim, o princípio da ampla defesa também se insere no conteúdo constitucional do artigo 5º, inciso LV, sendo observado pela doutrina que o direito de defesa se insere no âmbito do princípio do contraditório substancial²¹³, pois as partes – e deve-se ressaltar que é um direito de todos aqueles envolvidos no processo –, têm o direito de se defender por meio de provas, recursos, audiências, sustentação oral e demais atos que proporcionem a explanação de seus argumentos e convencimento destes.

Sob outro viés, a ampla defesa também se insere ao princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição, do qual se extrai a possibilidade de utilização de meios recursais no intuito de buscar maior segurança nas decisões judiciais.

Assim sendo, os princípios do *contraditório* e *ampla defesa* devem, e aqui é razoável afirmar a sua absoluta necessidade, estar presentes em toda e qualquer relação jurídica processual, judicial ou administrativa, nas esferas pública ou privada, pois alcançam e têm eficácia horizontal e vertical no rol de direitos e garantias fundamentais. Portanto, um núcleo duro e indissociável do princípio do devido processo legal.

6.2.2.1.2 Dever de cooperação

O dever de cooperação está intrinsecamente ligado a uma estrutura equilibrada e organizada do processo ao fim de se alcançar o bem da vida por meio de um processo devido, justo e em tempo razoável. E isto envolve a todos aqueles que são responsáveis pela marcha processual: juiz, partes e serventuários.

Corroborando à assertiva acima, o artigo 6º, do Código de Processo Civil, de 2015, dispõe que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Não se pode negar que o dever de cooperação sempre existiu no CPC/1973, o qual decorria de uma análise sistemática dos deveres das partes e juiz, no curso do processo, de modo a obtenção de uma solução justa e célere, havendo a previsão de penalidades processuais em

²¹³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-103; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**, v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 501-502; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 89.

face de alguma das partes que agisse de modo temerário, obstando a busca pela verdade real e cumprimento aos procedimentos legalmente previstos.

No CPC/2015, conteúdo mais volumoso foi atribuído ao *princípio da cooperação*, de modo a estabelecer uma comunidade de trabalho entre as partes e o juiz, o qual, frise-se, possui um dever-poder mais dinâmico, assumindo novo papel na condução do processo.

Este modelo de cooperação atribui ao magistrado a feição isonômica na condução do processo, porém assimétrico quando impõe suas decisões²¹⁴. Observe, desta forma, que o papel do magistrado é de função peculiar, pois tem o dever de estabelecer um equilíbrio na relação processual com a partes (e não ‘perante’), organizando o processo de forma célere e justa.

E aqui, oportuna trazer as lições de Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que o papel de colaboração do *juiz para com as partes* é fundamental, uma vez que não há de se falar de colaboração entre as partes, pois estas possuem interesses divergentes e antagônicos, o que seria impossível atender ao dever de colaboração entre elas, simplesmente por possuírem interesses de cunho estritamente individualistas e contrários. Sempre visando o detrimento da parte *ex adversa*²¹⁵.

Justamente por isso, atribui ao papel do magistrado os deveres de *esclarecimento* (dúvidas sobre alegações e pedidos das partes – artigo 139, VIII, CPC/15²¹⁶), *diálogo* (oportunar o contraditório, cujo diálogo é fundamental para tomada de decisões), *prevenção* (prevenir as partes do perigo do resultado de seus pleitos – artigo 139, III, CPC/15²¹⁷) e *auxílio* (sempre auxiliar as partes à superação de eventuais dificuldades e ônus processuais – artigo 772, III, CPC/15)²¹⁸.

Malgrado o entendimento do autor acerca da impossibilidade de cooperação das partes no processo, por possuírem interesses antagônicos, passo a discordar de tal posicionamento. Não pelo fato de estarem as partes dispostas e não cooperar pela busca da verdade real e alcançar uma prestação jurisdicional justa e célere, mas sob a ótica dos deveres processuais diante de um

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 496; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora *Juspodivm*: Salvador. 2016, p. 127.

²¹⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit., p. 497.

²¹⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

²¹⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

²¹⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-66; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit., p. 497; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora *Juspodivm*: Salvador. 2016, p. 129.

comportamento ético mínimo, o que deve ser observado e esclarecido pelos patronos que atuam no feito. Explico.

A cooperação pelas partes deve partir de seus advogados, procuradores e defensores, evitando demandas temerárias, recursos meramente protelatórios e embaraços na fase instrutória, de modo a não obstar a atuação da justiça, pautando-se em valores morais como ética e honestidade.

Inclusive, o novo Código de Processo Civil evidenciou a necessidade de aplicação de penalidades processuais quando observadas condutas de má-fé, a exemplo dos artigos 79; 80; 81; 96; 100; 142; 536; 702, §§ 10º e 11 e 777, o que deverá ter os olhos atentos do magistrado, haja vista o novo papel deste na condução do processo. Valorizar o processo e seus procedimentos é valorizar a justiça, não obstante também estabelecer precedentes obrigatórios de conteúdo formal.

De conseguinte, o dever de cooperação, em que pese desaguar no mesmo conceito valorativo, tem algumas abordagens pela doutrina quanto à sua origem, as quais são complementares e não excludentes entre si.

Para Daniel Mitidiero a colaboração se estrutura a partir de *pressupostos culturais*, sob os pontos de vista *social* (onde o Estado-juiz não deve ser compreendido como Estado-inimigo, pois numa sociedade democrática, o Estado deve também exercer seu papel de cooperação para atingir os fins constitucionais), *lógico* (o processo passa a ter uma feição argumentativa, passando da lógica apodítica para uma lógica dialética) e *ético* (a colaboração deve ser pautada na busca da verdade)²¹⁹.

Já para Fredie Didier, o modelo cooperativo vem de modelos de processos na civilização ocidental, sendo um terceiro modelo, fruto da existência dos modelos dispositivo e inquisitorial.

O modelo *dispositivo*, típico de uma política liberal, assumia uma forma de disputa adversarial entre as partes, da qual o órgão jurisdicional permanecia passivo restringindo a sua função em apenas decidir o caso sob julgamento.

No modelo *inquisitorial*, o órgão jurisdicional se destacava por ser o grande protagonista, agindo *ex officio*, ficando as partes como meras expectadoras²²⁰.

²¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-115.

²²⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora *Juspodivm*: Salvador. 2016, p. 122.

6.2.2.1.3 Boa-fé processual

Preceitua o artigo 5º, do CPC/15, de forma expressa a boa-fé objetiva como um dever processual ao estabelecer que “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”. Isto decorre de uma cláusula geral de boa-fé, não havendo a necessidade de enumerar condutas desleais, pois as possibilidades ao longo do processo são imprevisíveis²²¹.

O referido dispositivo, apenas a título de esclarecimento, não tem um caráter abrangente no sentido de tratar a boa-fé em suas dimensões *subjetiva e objetiva*. Apenas objetivamente. Ao se referir à participação de qualquer das partes no processo, depara-se com uma norma que impõe o dever de agir de forma leal e ética ao fim de perquirir um processo devido, justo e célere. Não se extrai da norma (artigo 5º, CPC/15) a preocupação com as intenções, boas ou más de qualquer dos envolvidos, mas estabelecer uma regra de conduta no procedimento e trâmite processual. Caso contrário, estaríamos diante do princípio da boa-fé subjetiva.

A importância do tema é consagrada no texto processual vigente a partir dos artigos 79 *usque* 81, na medida em que fixa penalidades processuais decorrentes da litigância de má-fé, que também se espalha em outros dispositivos ao longo do diploma.

Obter dictum, podemos afirmar que o *acesso à justiça* também se efetiva por meio de condutas repressivas, de cunho sancionatório. Corroborava ainda o caráter educativo para o início de um processo de mudança cultural, não só por atentar-se para a observância de um precedente – ou possibilidade de mudança deste –, mas também no intuito de evitar demandas temerárias, valendo-se da justiça e aparato judicial para protelar o cumprimento de deveres e obrigações.

Entretanto, o princípio da efetividade deve ser observado e empreendido de forma mais habitual, sem prejuízo, logicamente, do dever de motivação da decisão judicial – artigo 489, CPC/15. Não adianta, por exemplo, a fixação de astreintes irrisórias, ou até mesmo, multas substanciais que posteriormente são reduzidas pelos tribunais, estando, deste modo, o Poder Judiciário auto sabotando-se. Não conferindo credibilidade às suas próprias decisões, ante a certeza de que penalidades serão futuramente abrandadas.

Para Brunela Vieira de Vicenzi e Antônio do Passo Cabral, o princípio da boa-fé processual decorre do princípio do contraditório, fundamento seus entendimentos em que, além

²²¹ LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. **Revista de processo**. São Paulo, n° 19, 1980, p. 61; CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, n° 126, p. 69.

do papel de conferir o poder de influenciar nas decisões judiciais, teria “*uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição*”²²².

Noutra banda, para uma visão mais voltada para a Constituição Federal, o fundamento da boa-fé objetiva é encontrado nos artigos 1º, inciso III e/ou 3º, inciso I, da CF/88, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e o objetivo da República Federativa do Brasil na construção de uma sociedade justa e solidária, respectivamente.

Particularmente não consigo estabelecer uma distância nas abordagens formuladas pela doutrina, tampouco deve ser também a intenção dos doutrinadores fazer isto. Talvez “puxando a sardinha” para suas preferências disciplinares, mas de uma forma ou de outra, a funcionalidade entre as disciplinas são patentes, notadamente quando se tem na Carta Fundamental a diretriz/dirigismo, dentre tantos aspectos, o objetivo de alcançar uma justiça justa e célere, e resolve-se a sociedade, finalmente, aproximar-se cada vez mais deste viés.

6.2.2.2 *Princípio da paridade de armas*

Em que pese posições contrárias, a vigência do novo código de processo civil positivou valores até então assentado na jurisprudência, mas ainda assim, muitas vezes esquecidos no dia a dia da aplicação do direito.

E aqui se destaca o princípio da paridade de armas, também conhecido como princípio da igualdade processual, descrito no artigo 7º, do CPC/2015, assegurando “*às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”. Em outras palavras, as partes devem ser tratadas com igualdade no processo.

A igualdade processual somente é alcançada se as partes têm suporte do direito à paridade de armas no próprio processo. E isto se efetiva quando possuem as mesmas oportunidades e os mesmos meios para atuação no processo.

Como se vê, trata-se de uma exigência que recai sobre o legislador – de garantir igualdade, formal e material, quando do exercício legislativo – e o juiz – que tem o dever de conduzir o processo de forma paritária, fomentando o diálogo e nas suas decisões de forma assimétrica. Esta é uma estrutura que preserva a segurança jurídica e efetiva, garantindo direitos

²²² CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, n° 126, p. 62-63; VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 172.

fundamentais, um processo devido e justo²²³. Ou seja, não se pode admitir oportunidades assimétricas no curso do processo, uma vez que a referida assimetria vincula-se, somente, à decisão judicial.

Abordagem interessante ainda refere-se ao autor Luiz Guilherme Marinoni quando comenta a necessidade de *igualdade pelo processo*, considerando um sistema atualmente baseado na formação de precedentes judiciais.

Entende o autor que a igualdade – valor de elevado grau num Estado Democrático de Direito – se consubstancia a partir da igualdade oportunizado no processo, pois daqui formará a norma jurídica no momento da prolação da decisão judicial. Logicamente, fixar tais valores na atividade meio (processo) é garantir, conseqüentemente, lisura da atividade fim (norma jurídica)²²⁴.

Ademais, a doutrina indica a necessidade de observação de 04 (quatro) aspectos para efetivação do princípio de paridade de armas: (i) Imparcialidade do juiz; (ii) igualdade no acesso à justiça; (iii) Redução das desigualdades que reduzem o acesso à justiça – financeira, geográfica e de comunicação; e, por fim, (iv) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório²²⁵.

6.2.2.3 Princípio da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo malgrado seu reconhecimento pela doutrina e previsão em tratados internacionais, somente foi expresso na Constituição Federal de 1988, com a Emenda nº 45/2004, incluindo ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, prevendo que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Sem questionamentos, esta garantia fundamental confirma a teoria de Jellinek, no que tange à promoção e defesa dos direitos fundamentais. E considerando que a tutela jurisdicional se efetiva por meio do processo judicial, o Poder Judiciária tem esta dupla função.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 499.

²²⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Op. Cit., p. 500.

²²⁵ ANDREWS, Neil. English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil justice System. Oxford: Oxford Press, 2003, p. 114-116. apud DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016, p. 99.

Sua importância no seio internacional foi de extrema importância para a internalização, de tal norma nos ordenamentos jurídicos nacionais, seja por meio de adesão a tratados internacionais, bem como a previsão legal no direito interno. O que aconteceu com o Brasil²²⁶.

O pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos – prevê no artigo 8º, 1 a *duração razoável do processo* como garantia inerente à dignidade da pessoa humana, pois o direito a um processo de dilações indevidas e desdobramento lógico do devido processo legal de forma justa e célere²²⁷.

Mas outros princípios estão conectados à duração razoável do processo, endossando o *acesso à justiça*, que é o princípio da inafastabilidade da jurisdição. E isto pode ser percebido quando, no capítulo 2, item 2.3.2, foi demonstrado a possibilidade de acionar os mecanismos de jurisdição internacional que o Brasil é signatário, para colocar sob julgamento demanda que encontra-se afastada do devido processo legal em sua duração razoável. Nesse diapasão, enaltece mais uma vez os casos Maria da Penha e Ximenes Lopes.

Direitos e garantias fundamentais são efetivados, também, por meio do processo, judicial ou administrativo. Logo, não observar esta garantia, numa só conduta é deixar de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, bem como abster-se do dever de proteção, em ambos os casos, de direitos e garantias fundamentais.

No sistema regional de proteção dos direitos humanos, chama a atenção a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Tratado de Roma, de 04 de novembro de 1950), que denomina o princípio da duração razoável do processo de Direito a um processo equitativo, fixando no artigo 6º, item 1, também destacando outras garantias como a publicidade e eventuais restrições para proteger a vida privada de menores, bem como a igualdade processual²²⁸.

²²⁶ A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 18 de julho de 1978. Em 26 de maio de 1992 o Congresso Nacional aprovou seu texto por meio do Decreto 27, ocorrendo o depósito pelo país em 25 de setembro de 1992, por meio de Carta de Adesão, sendo publicado, de conseguinte o Decreto 678 de 09 de novembro de 1992, incorporando as normas estabelecidas no plano internacional ao ordenamento jurídico interno.

²²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.

²²⁸ Artigo 6º - Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional num sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

E isto é uma preocupação em todos os sistemas de proteção de direitos humanos, pois tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos como a Corte Europeia de Direitos do Homem estabelecem 03 (três) critérios para identificar a violação do devido processo legal em sua duração razoável: (i) a complexidade da causa; (ii) o comportamento das partes, eximindo-se do dever de cooperação e adotando medidas procrastinatórias; e (iii) Atuação do Estado-Juiz²²⁹.

Destarte, oportuno destacar que alguns doutrinadores não comungam a ideia de que a celeridade deveria estar atrelada ao princípio da duração razoável ao processo, sob a justificativa de que o processo deve durar o tempo necessário para alcançar a sua solução.

Não se deve discordar de tal entendimento, mas a questão vai muito mais além. Permissa vênua, a celeridade está ligada ao cumprimento dos prazos fixados em lei (peremptórios) e estabelecidos em comum acordo (dilatatório) no curso do processo. Eventuais dilações, desde que fundamentadas, corroboram para a efetividade de um processo justo e devido, mas demoras injustificadas no julgamento de processos e a falta de adoção de procedimentos internos aptos a garantir objetividade e rapidez nas serventias judiciária, estão relacionados à celeridade do processo pelo próprio impulso oficial²³⁰.

6.2.3 Garantia do acesso à justiça na decisão judicial

A garantia do *acesso à justiça* sob o enfoque da decisão judicial está relacionado ao sistema de precedentes judiciais. O julgador quando do exercício de sua atividade jurisdicional passa a dizer o direito, criando uma norma jurídica a partir de um caso sob julgamento, desempenhando a presidência da marcha processual e seus procedimentos, não se desprende de premissas básicas para garantia ao *acesso à justiça*.

Seja sob as órbitas formal ou material, a promoção do *acesso à justiça* passa desde a promoção da ação à estrutura da decisão judicial, fixando os precedentes na *fundamentação* e a norma jurídica individualizada na parte *dispositiva*.

²²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 239; ANONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85; RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 256.

²³⁰ Observe que a ideia que se pretende alcançar aqui é para atingir o plano ideal de justiça e promoção de direitos e garantias fundamentais, sabendo da realidade que passa o Poder Judiciário brasileiro, que quando não carece de mão de obra, carece de estrutura física.

Um sistema de precedentes judiciais, a jurisprudência de valores reflete o melhor método de interpretação das normas constitucionais, pois incorpora um sistema de valores essenciais à convivência democrática e de um Estado de bem-estar social (*Welfare state*). Oportuno enaltecer ainda que as diretrizes normativas, princípios implícitos e explícitos guia para uma única direção: a dignidade da pessoa humana²³¹.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil, tal valor é espinha dorsal para realização de direitos fundamentais, onde dimensiona as relações jurídicas e humaniza, devendo ser prestigiada em todos os direitos fundamentais.

Inclusive, na técnica de ponderação dos interesses, ainda que um direito prevaleça sobre o outro, mediante análise de um caso concreto, a dignidade da pessoa humana encontra-se presente, sempre prestigiando uma garantia fundamental. E isto ocorrerá por meio da atuação jurisdicional, visando promover e defender direitos e garantias fundamentais, sua atuação é expansiva e desprovida de limites, pois a característica abrangente dos direitos fundamentais impõe o dever de interpretar a normatividade vigente no sentido de conferir a maior efetividade a tais direitos²³² (Art. 489, § 2º, CPC/15).

Desta forma, descabida a crítica de jurisprudência de valores por parte de doutrina, sendo reducionista o entendimento que deixaria a atuação do juiz à mercê de sua estrita subjetividade²³³. Não por outras razões, as garantias constitucionais processuais é meio apto para alcançar a efetividade de direitos e garantias fundamentais, sempre sob a tangência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com base no quanto exposto até então, pode-se concluir que para estabelecer o conteúdo essencial do *acesso à justiça* no âmbito da *decisão judicial* mister se faz embasar em 03 (três) pilares: (i) princípio da fundamentação das decisões judiciais; (ii) o princípio da primazia da decisão de mérito; e, por fim (iii) princípio da publicidade. Ei-los.

6.2.3.1 Princípio da fundamentação das decisões judiciais

A fundamentação das decisões judiciais revela-se um importante meio para a concretização de direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, para a formação ou não aplicação de um precedente judicial diante de um caso concreto.

²³¹ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 992.

²³² Artigo 489 - São elementos essenciais da sentença: § 2º - No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão

²³³ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 993.

Também podendo ser denominado de *princípio da motivação*, tal dever é inerente ao Estado Constitucional, o que sacramenta o princípio do contraditório e consequentemente o processo devido e justo, revestindo-se de 02 (duas) características centrais: a *justificação* da norma jurídica constante no dispositivo da sentença e o poder de *orientação* que passa a existir nas relações sociais²³⁴. E aqui acrescenta-se a função de orientação no exercício dos operadores do direito, em essencial a advocacia.

O artigo 11, do CPC/15, prevê que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”, reproduzindo fielmente o artigo 93, inciso IX, da Carta Fundamental de 1988, o que enaltece sua importância para um diploma normativo que adota expressamente um sistema de precedentes judiciais.

Inclusive, o artigo 489, § 1º, do CPC/15, traz hipóteses taxativas de decisões judiciais (decisões interlocutórias, sentença ou acórdão) consideradas não fundamentadas, são elas: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

E não se pode deixar de evidenciar aqui, por sua relevância, o princípio do contraditório e sua função de proporcionar às partes a influência no processo. Conforme demonstrado no item 6.2.2.1.2 deste capítulo – o dever de cooperação –, a vertente dialética, onde se valoriza o diálogo no curso do processo, que também é papel do magistrado, é premissa básica para a fundamentação das decisões judiciais. Isto porque, “*não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*”²³⁵.

Nesse passo, a necessidade de efetivar a fundamentação das decisões judiciais passa de um caráter *intrínseco* (no sentido de não haver incongruência entre os fundamentos e a parte

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 290-293; TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 295-304.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 511.

dispositiva da sentença) para uma característica *extrínseca* (que refere-se a uma fundamentação baseada no arrazoado das partes²³⁶).

Outrossim, mister enaltecer o princípio da fundamentação das decisões judiciais, tendo em vista o destaque que o Poder Judiciário vem tomando no exercício de suas funções, notadamente pela crise de representatividade do Poder Legislativo, como já explanado anteriormente. Esta passagem, do Estado Legislativo para o Estado Constitucional reforça a imperiosidade de fundamentação pormenorizada para aplicação de princípios e regras, concretizando normas abertas, efetivando, de conseguinte, direitos e garantias fundamentais²³⁷.

6.2.3.2 Princípio da primazia da decisão de mérito

A efetividade do *acesso à justiça* e a formação ou não aplicação de precedentes judiciais, repise-se, dependem, essencialmente, de uma decisão que julgue o mérito da demanda. Não se trata aqui de uma imposição, mas no dever de colaboração do magistrado, desempenhando uma função dialética no curso do processo, assim como às partes, é importante que empenhem esforços para que isto ocorra.

Nesse passo, o artigo 4º, do novo código de processo civil dispõe que “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”. E para que não parem dúvidas, o enunciado nº 372, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, abrange o alcance da norma, dispondo que “*O artigo 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo o órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção*”.

E há outros dispositivos que confirmam o princípio da primazia da decisão de mérito ao longo do CPC/15, a exemplo do artigo 6º, no qual se lê que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Não se desconsidera aqui as hipóteses em que o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, haja vista a possibilidade existência de vícios insanáveis, conforme preceitua o ordenamento vigente e até mesmo diante de completa omissão da parte interessada ante as intimações para regularização processual no processo dialético. No entanto, este tipo de

²³⁶ Idem. Op. Cit., p. 511.

²³⁷ Idem. Op. Cit., p. 513.

sentença terminativa deve ser a exceção, a *ultima ratio* perante o mútuo dever de cooperação entre as figuras do processo.

Elenca tal princípio como uma garantia essencial, mínima, pois no sistema de precedentes judiciais, a norma jurídica produzida tem o condão de suprir omissão legislativas, estabelecer novas interpretações, conceituar normas abertas, sempre, evidentemente, na prestação e defesa de direitos e garantias fundamentais. O bem da vida se materializa a partir do processo.

6.2.3.3 Princípio da publicidade

Por derradeiro, sacramentamos o conteúdo essencial do *acesso à justiça* sob a ótica de um sistema formado nos precedentes judiciais com o princípio da publicidade – garantia fundamental que fortalece os princípios do devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais e segurança jurídica.

O processo devido é um processo público. Corolário de um Estado Constitucional e democrático que tem raízes numa democracia participativa, preocupada com a prestação e defesa dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de retroceder no processo de conquistas de direitos.

A publicidade se ramifica na atuação do Poder Estatal, sendo uma necessidade inerente à conformação da dignidade da pessoa humana, sendo, inclusive, um requisito essencial para vigência e/ou validade de atos administrativos e decisões judiciais.

É só observar no texto constitucional as diversas citações ao mencionado princípio, sendo uma garantia fundamental expressamente positivada no artigo 5º, inciso LX, ao abrir espaço para possibilitar a normatividade de exceções, “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”, e o artigo 93, inciso IX, o qual enaltece o direito e interesse público à informação, “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

No processo judicial, o princípio da publicidade desempenha 02 (duas) funções primordiais: uma, proteger as partes contra juízos arbitrários e, neste ponto, garante o dever de imparcialidade e independência do órgão jurisdicional, a duas, permite o amplo

conhecimento dos atos processuais, da atuação da justiça e da jurisdição, além, repise-se, da divulgação dos precedentes²³⁸.

Quanto as suas dimensões, o princípio da publicidade processual possui a *dimensão interna*, que tem por objetivo dar publicidade às partes, de forma ampla, para a efetivação do devido processo legal e a *dimensão externa*, que visa da publicidade a terceiros, o que pode ser restringida aos casos que visam proteger a intimidade das partes. Mais uma vez, exceções que confirmam a regra.

Não se pode fechar os olhos para a estrita ligação que existe entre os princípios da publicidade e o da motivação das decisões judiciais, pois a partir do amplo conhecimento tais decisões torna efetiva a participação no controle dessas decisões. Ao mesmo tempo, prestar, defende e proporciona participação em razão dos direitos e garantias fundamentais.

E como não podia deixar de embasar, a publicidade num sistema de precedentes judiciais é indissociável, uma vez que o conhecimento de tais precedentes é primordial para efetivar o princípio da segurança jurídica e orientar a atuação dos operadores do Direito. Tanto é lógico, que o novo código de processo civil, no artigo 979²³⁹, descreve a importância de tal princípio para identificação dos precedentes judiciais obrigatórios.

²³⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. v. 1. Editora *Juspodivm*: Salvador. 2016, p. 89.

²³⁹ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça: § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro; § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados; § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

7 CONCLUSÃO

Diante do quanto esposto alhures, nota-se que as transformações no direito processual civil brasileiro é uma realidade contínua, e não podia ser diferente, haja vista tratar-se de uma ciência do Direito que deve estar atenta às conformações sociais hodiernas, justamente pelo fato de ser um meio hábil e inafastável para a concretização de direitos e garantias fundamentais, não só em sua esfera material, mas, sobretudo, no próprio processo. Um processo devido e justo é sinônimo de uma tutela jurídica também justa.

Desta forma, o papel do Poder Judiciário tem sido elevado a patamar de destaque na nova conformação social, não só pela crise de representatividade do Poder Legislativo em garantir a efetividade de direitos fundamentais, mas também pela omissão daquele que deveria acompanhar os anseios sociais no exercício de sua função típica.

Nesse conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas, o Poder Judiciário passa a assumir a função de *dizer o direito*, afastando-se da escola exegese e conduzindo a atividade jurisdicional a um viés ativista, protagonizando ou devendo protagonizar, a partir de suas decisões judiciais, os interesses e diretrizes postas na Constituição Federal, no que tange aos direitos fundamentais.

Sob o enfoque de um sistema judicial onde traz a jurisprudência como fonte imediata do Direito – *common law* -, a norma jurídica assume um caráter referencial na solução de conflitos, além de orientar as condutas dos jurisdicionados, proporcionando estabilidade e calculabilidade diante das decisões judiciais. Em outras palavras, segurança jurídica num sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Nesse passo, deve-se ressaltar a garantia fundamental do *acesso à justiça* e sua relação com os precedentes judiciais, de modo a estruturar um conteúdo mínimo e diretivo para a atividade jurisdicional na tutela dos direitos e garantias fundamentais, seja nas esferas formal ou material.

Assim, o capítulo segundo do presente trabalho demonstra a garantia do *acesso à justiça* e seu processo histórico no plano internacional, evidenciando o sistema americano de proteção dos direitos humanos, enaltecendo, a possibilidade de pleitear uma tutela jurisdicional em nível supranacional, destacando as normas e tratados vigentes, de cunho persuasivo ou cogente, os quais preveem os princípios processuais que norteiam a garantia fundamental supracitada.

Destaca ainda no Direito comparado, a preocupação com premissas fundamentais para garantir o *acesso à justiça*, que passa do simples direito de petição ao direito a um processo devido, com duração razoável e garantia do contraditório e ampla defesa.

De conseguinte, no capítulo terceiro, faz-se um panorama histórico da garantia do *acesso à justiça* no Direito brasileiro a partir de uma análise dos ordenamentos jurídicos vigentes desde o “Brasil colônia” até a Constituição Federal de 1988, passando pelas oscilações históricas e jurídicas de defesa, prestação e até mesmo inexistência de tutela aos direitos fundamentais por parte do Estado.

Destaca ainda o *acesso à justiça* no Código de Processo Civil de 2015, onde institutos jurídicos processuais foram aprimorados, no mesmo texto, positivada a adoção de um sistema judicial de precedentes, com intuito de garantir estabilidade, confiança e calculabilidade nas relações jurídicas.

Nesse passo, diante da conformação jurídica social vigente, o quarto capítulo estabelece a importância e correlação, fundamental, entre o princípio da segurança jurídica e os precedentes judiciais, como forma de solução de conflitos, evidenciando as consequências benéficas no sentido de desestimular a litigância, favorecimento de acordos, despersonalização do litígio, eficiência do Poder Judiciário e como desdobramento lógico, a promoção da garantia fundamental do princípio da duração razoável do processo.

Outrossim, enaltece o princípio da segurança jurídica e sua aplicação prática em face do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. O exemplo empírico e extremamente atual evidencia a importância de cumprimento de um precedente judicial obrigatório, sobretudo quando decisões monocráticas contrárias ao entendimento colegiado são proferidas sem qualquer hipótese de superação, distinção, transformação ou alteração do precedente outrora firmado.

Em seguida, no capítulo quinto, o instituto do precedente judicial é relacionado com a garantia do *acesso à justiça*, descrevendo a historicidade dos institutos do *common law* e *civil law*, sua complementaridade e caracterização do sistema judicial brasileiro misto, haja vista a presença dos dogmas de cada um.

E como não podia deixar de enaltecer, é apontado no trabalho que a dinâmica dos precedentes judiciais – *overruling*, *overriding*, *transformation*, *prospective overruling*, *anticipatory overruling* e *stare decisis* -, corroboram com a garantia do *acesso à justiça*, na medida em que possibilita a revogação, transformação, modificação e alteração de um precedente, a partir da observância da ampla dialeticidade da produção da norma jurídica, amparada numa decisão judicial que observe o quanto prescrito no artigo 489 do CPC/15.

De conseguinte, este processo de produção normativa, a partir da dialeticidade no processo, amparado em princípios processuais elementares, valorizando a atividade

jurisdicional, não pode estar dissociada, logicamente, na defesa e prestação de direitos fundamentais.

Neste ponto, o *acesso à justiça* possui estreitos laços na formação do precedente, quando a produção da norma jurídica pela atividade jurisdicional, com ampla participação das partes envolvidas, não pode se desprender de premissas essenciais para um devido processo legal justo e célere.

Desta forma, considerando e utilizando, por analogia, a estrutura normativa da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, estabeleceu-se também, uma mesma base estrutural composta por princípios que sempre deverão estar presentes quando da efetivação da garantia do *acesso à justiça*. E para tal efetivação, tais princípios estão presentes numa dimensão tripartite, pois sacramentados sua observância obrigatória quando da *produção legislativa*, no curso do *processo* e na produção normativa, fruto da *decisão judicial*.

Este, o conteúdo essencial da garantia constitucional do acesso à justiça e sua diretriz na formação do precedentes, vez que um processo devido e justo certamente ensejará numa tutela jurisdicional lastreada na promoção de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 3º Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 12 ed, v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8 ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

ANONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. **La seguridad jurídica: uma teoria formal**. Libros Dykinson: Madrid, 2000. apud ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2016.

ARRUDA, Teresa Alvim Wambier. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **RePro**, v. 172. p. 6, jun. 2009. São Paulo: Editora RT, (versão online).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2016.

_____, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana**. *Revista de Processo*, ano 30, dez. 2005.

_____, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> . Acesso em: 10 set 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Emendas à Constituição de 1988**. Editora Saraiva: São Paulo. 1996.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation (1789)**. Edição coordenada por J. H. Burns e H. Hart, com introdução de F. Rosen. Oxford: Oxford University Press, 1996.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England (1765-1769)**. v. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. Editora Saraiva: São Paulo. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, nº 126.

_____. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**, ano 32, v. 149, jul. 2007.

_____. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, nº 221, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 2013.

_____. Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Editora Juspodivm: Salvador. 2016.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

_____. **O processo civil italiano no quadro de contraposição “Civil Law” – “Common law”**: Apontamentos histórico-comparativos. Revista da AJURIS. Porto Alegre, nº 100, p. 409-442, dez.2005.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. 3 ed. Editora Atlas: São Paulo. 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. 35, n. 4, 1960.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2015.

CARRILHO, Carlos Alberto. **Memória da justiça brasileira**. Salvador. Tribunal de Justiça. 1997.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 445, nov. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. Atlas: São Paulo. 2015.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**: geral e Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2017.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2011.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2015.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** v. I., 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial e liquidação de sentença e coisa julgada.** v. II. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** v. 2, 11 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 3 ed. v. III. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

_____; **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processo Civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Vol. 1. Editora Juspodivm: Salvador. 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13 ed. v. 3. Editora Juspodivm: Salvador. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** Editora Malheiros: São Paulo. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jeferson Luiz Camargo. Editora Martins Fontes: São Paulo. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo. Tutela Processual dos Direitos Humanos Fundamentais e Inflexões do “Due Process Of Law”.** São Paulo: Editora LTR, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro.** Brasília: Senado Federal, 2003.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** 28 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2015.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Trad. de Gustavo Binbenbim e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional.** Editora Forense: Rio de Janeiro, 1986.

GERHARDT, Michael. J. **The power of precedent.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito: Passo Fundo**, v.14, n.14, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 2002.

JELLINEK, George. **Teoría general del Estado.** Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEE, Thomas R. **Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent**. North Carolina, Law Review, nº 78, 2000. Disponível em: <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=78+N.C.L.+Rev.+643&key=fbacaa4f401a80c496989c14da65a3c>>. Acesso em: 03 fev. 2017

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado membro. Editora Saraiva: São Paulo. 2007.

Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. **Revista de processo**. São Paulo, nº 19, 1980.

LISBOA, Celso Anicet. O processo como manifestação primígena do Direito e as Grandes Codificações na antiguidade pré-romana. Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos – Common law w Civil Law. **Revista de processo**: São Paulo, v. 22, nº 86, abr./jun. 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história** – lições introdutórias. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2006.

MACÊDO. Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. v. II, 8 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2010.

_____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. v. 1. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário brasileiro** (administrativo e judicial). 4 ed. Editora Dialética: São Paulo, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

_____; José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: primeira série**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NETO, Emérito Silva de Oliveira. **Fundamentos do acesso à justiça. Conteúdo e alcance da garantia fundamental**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedente e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: Editora Juspodivum, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**. v. 113. 2004. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20%20formatado.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2017

_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista Forense**, v.388, p.11-98, 2007.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Shroder. **Direito Processual Tributário. Processo Administrativo Fiscal e Execução à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8 ed. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2014.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rebovar. 1997.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivum. 2015.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2 Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira. Interpretação e aplicação do novo código de processo civil. In: VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**: Teoria Geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

RABASA, Oscar. El derecho anglo-americano: Estudio expositivo y comparado del 'common law'. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 67-68 apud DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 661.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

_____. **Teoria do conhecimento Constitucional.** Malheiros: São Paulo, 2014.

_____. **Processo constitucional de formação das leis.** Malheiros: São Paulo, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil.** Editora Sangra Luzzato: Porto Alegre, 2002.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Acesso à justiça, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: os obstáculos representados pela “baixa constitucionalidade. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar juízo e a coisa julgada:** Estudos em homenagem à Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 225-243.

THEODORO JR., Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coord.). **Processo em jornadas.** XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual, XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora RT, 2004.

VICENZI, Brunela **Vieira de.** **A boa-fé no processo civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma releitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law:** dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos.** MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Forense 2003.

_____. **Fundamentos de História do Direito.** 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2006.