

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA

**NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE PARA PROMOÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA EM REGIÕES COM CARÊNCIA DE ESTRUTURA
JUDICIÁRIA: O EXEMPLO DA AMAZÔNIA**

**CURITIBA
2016**

ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA

**NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE PARA PROMOÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA EM REGIÕES COM CARÊNCIA DE ESTRUTURA
JUDICIÁRIA: O EXEMPLO DA AMAZÔNIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa.

CURITIBA
2016

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

A447n
2016

Almeida, Roger Luiz Paz de

Neoconstitucionalismo como base para promoção do acesso à justiça em regiões com carência de estrutura judiciária : o exemplo da Amazônia / Roger Luiz da Paz de Almeida ; orientador: Claudia Maria Barbosa. – 2016.

196 f. : il. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016

Bibliografia: f. 187-196

1. Direito constitucional. 2. Acesso à justiça. 3. Poder Judiciário e questões políticas. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.2

FOLHA DE APROVAÇÃO

ROGER LUIZ PAZ DE ALMEIDA

NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM REGIÕES COM CARÊNCIA DE ESTRUTURA JUDICIÁRIA: O EXEMPLO DA AMAZÔNIA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Socioambiental.

Curitiba, 21 de março de 2016.

Presidente: Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Membro: Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Membro: Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Membro: Prof. Dr. Fernando Antônio de
Carvalho Dantas
Universidade Federal de Goiás

Membro: Prof. Dr. Gérman Silva García
Universidad Católica de Colombia

AGRADECIMENTOS

A Deus por, acreditar que nossa existência pressupõe outra infinitamente superior.

A esta Universidade e seu corpo docente que me receberam com respeito, imenso carinho e dedicação. Levo a amizade e admiração por todos.

Um especial agradecimento à minha orientadora professora doutora Claudia Maria Barbosa, pelo acompanhamento, suporte integral, por suas correções, ideias, incentivo e auxílio irrestritos.

À Capes pelo compromisso com a ciência e auxílio irrestrito a este bolsista.

À Universidade de Barcelona, especialmente ao professor Dr. Juan Vintro Castells pelo auxílio no período do estágio na cidade de Barcelona, Espanha.

Ao meu amigo, professor doutor Fernando Antônio de Carvalho Dantas que nas conversas do cotidiano e em sala de aula sempre esteve preocupado em abrir a percepção dos alunos para novas reflexões do Direito.

Ao anjo da guarda dos amazônidas à frente da administração do PPDG/PUCPR, a Srta. Eva Curelo. Obrigado pelas broncas e pela total dedicação ao seu trabalho. Muito obrigado.

Desejo externar meu efusivo agradecimento ao amigo, Desembargador Lafayette Carneiro Vieira Júnior por confiar em minha pesquisa e me oportunizar a conclusão deste doutoramento.

Aos meus pais pela paciência, suporte e incentivo incondicionais.

RESUMO

Desafios que se colocam à realização do acesso à Justiça são amplamente estudados pela doutrina no que se refere a obstáculos que se apresentam aos cidadãos e aos magistrados no exercício da prestação jurisdicional em circunstâncias normais. No entanto, há uma parcela desses desafios ainda pouco tratada mas cuja superação impõe um urgente e amplo debate, qual seja, a impossibilidade de aplicação de normas processuais ou procedimentais em razão da falta de estrutura crônica em algumas regiões do país, como no caso da Amazônia. Essa carência dificulta ou torna impossível a prestação jurisdicional constitucionalmente assegurada a todos os cidadãos. Utilizando-se prioritariamente do método indutivo, a tese em seu capítulo primeiro caracteriza o acesso à justiça como um direito humano e fundamental, amplamente reconhecido nos campos nacional e internacional, sendo aperfeiçoado através do reconhecimento doutrinário, com facetas cada vez mais complexas. Apesar de fundamental e essencial à dignidade humana, as difíceis condições geográficas, socioeconômicas e estruturais da Amazônia brasileira descritas no segundo capítulo, cotidianamente impedem ou dificultam a efetividade e realização mínima do direito de acesso à justiça ao jurisdicionado, frustrando-lhe muitas vezes outros direitos essenciais à dignidade humana. Nesses casos, a formalidade que marca as regras processuais, ao invés de garantir, acaba por inviabilizar o exercício da atividade jurisdicional. A transposição desse obstáculo impõe a superação de uma perspectiva positivista que conduz ao neoconstitucionalismo, objeto do terceiro capítulo e marco teórico da tese, cuja hipótese central apregoa sua potencialidade para justificar e autorizar o magistrado a flexibilizar algumas regras formais em prol da efetividade do acesso à justiça. O neoconstitucionalismo e suas variantes processuais e procedimentais, porque assentes na centralidade da Constituição, na normatividade dos princípios constitucionais e na necessária interpretação de todo texto normativo, fornece os subsídios teóricos e metodológicos que justificam e autorizam magistrados a afastarem a incidência de algumas normas, interpretarem outras e flexibilizarem regras processuais, quando presentes situações específicas relativas à carência de estrutura do sistema de justiça, que acabam por impedir o exercício do direito fundamental de acesso à justiça. Ao sustentar tal possibilidade, busca-se garantir a efetividade deste direito em face das dificuldades estruturais que acometem o Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Neoconstitucionalismo. Política Judiciária. Amazônia.

RESÚMEN

Los desafíos que se ponen a la realización de la justicia son ampliamente estudiados por la doctrina en lo que se refiere a los obstáculos que se presentan a los ciudadanos y a los magistrados en el ejercicio de la prestación jurisdiccional en circunstancias normales. Sin embargo, hay una parte de estos desafíos aún poco trabajada, pero cuya superación impone un urgente y amplio debate, es decir, la imposibilidad de aplicación de las normas procesales o procedimentales en razón de la falta de estructura crónica en algunas regiones del país, como en el caso de la Amazonía. Esta carencia dificulta o hace imposible la prestación jurisdiccional constitucionalmente asegurada a todos los ciudadanos. Utilizándose prioritariamente del método inductivo, la tesis en su primer capítulo caracteriza el acceso a la justicia como un derecho humano y fundamental, ampliamente reconocido en los campos nacional e internacional, y perfeccionado través del reconocimiento doctrinario, con elementos cada vez más complejos. A pesar de fundamental y esencial a la dignidad humana, las difíciles condiciones geográficas, socioeconómicas y estructurales de la Amazonía brasileña descritas en el capítulo segundo, en el cotidiano, impiden o dificultan la efectividad y realización mínima del derecho de acceso a la justicia al ciudadano, negándoles muchas veces otros derechos esenciales a la dignidad humana. En estos casos, la formalidad que marca las reglas procesales, además de no garantizar, termina por hacer inviable el ejercicio de la actividad jurisdiccional. La transposición de este obstáculo impone la superación de una perspectiva positivista que conduce al neoconstitucionalismo, objeto del capítulo tercero y marco teórico de la tesis, cuya hipótesis central consiste en su potencialidad para justificar y autorizar el magistrado a flexibilizar algunas reglas formales en pro de la efectividad del derecho de acceso a la justicia. El neoconstitucionalismo y sus variantes procesales y procedimentales, basado en la Constitución, en la normatividad de los principios constitucionales y en la necesaria interpretación de todo texto normativo, fornece los subsidios teóricos y metodológicos que justifican y autorizan a los magistrados a alejaren la incidencia de algunas normas, interpreten otras y flexibilizen reglas procesales, cuando presentes situaciones específicas relativas a la carencia de estructura del sistema de justicia, que acaban por impedir el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia. Al sostener esta posibilidad, se busca garantizar la efectividad de este derecho frente a las dificultades estructurales que sufre en Estado.

PALABRAS-CLAVE: Acceso a la justicia. Neoconstitucionalismo. Política Judicial. Amazonía.

RESUMÉ

Les défis à la réalisation de l'accès à la justice sont largement étudiés par la doctrine en ce qui concerne les obstacles qui sont présentés aux citoyens et aux magistrats dans l'exercice des services judiciaires dans des circonstances normales. Cependant, il y a une partie de ces défis encore mal étudiée. Le surmonter exige un débat d'urgence et de grande envergure, à savoir l'impossibilité de l'application des règles de processus ou de procédures en raison du manque chronique de structures dans certaines régions du pays, comme dans le cas de l'Amazonie. Cette absence rend difficile, voire impossible, l'arbitrage garanti par la Constitution à tous les citoyens. En utilisant principalement la méthode inductive, la thèse dans le premier chapitre caractérise l'accès à la justice comme un droit humain et fondamental, largement reconnu dans les domaines nationaux et internationaux, en cours d'amélioration grâce à la reconnaissance doctrinale avec des facettes plus complexes. Bien que fondamental et essentiel à la dignité humaine, les conditions géographiques, socio-économiques et structurelles difficiles de l'Amazonie brésilienne décrites dans le deuxième chapitre, empêchent ou entravent systématiquement l'efficacité et la réalisation minimale de l'accès à la justice aux demandeurs, le contrariant souvent à d'autres droits essentiels à la dignité humaine. Dans de tels cas, la formalité qui marque les règles de procédure, au lieu d'assurer, fait dérailler l'exercice de l'activité judiciaire. Pour transposer cet obstacle, il faut surmonter une perspective positiviste qui mène au neoconstitutionalisme, objet du troisième chapitre et cadre théorique de la thèse dont l'hypothèse centrale repose sur la possibilité de justifier et autoriser le magistrat à alléger certaines règles formelles en faveur de l'efficacité de l'accès à la justice. Le neoconstitucionalisme et ses variantes de processus et de procédure, parce que basé sur la centralité de la Constitution, sur la normativité des principes constitutionnels et sur l'interprétation nécessaire de tout texte normatif, fournit les éléments théoriques et méthodologiques qui justifient et permettent aux magistrats de s'écarter de l'incidence de certaines règles, d'interpréter d'autres et d'alléger les règles de processus, lorsqu'elles présentent des situations spécifiques liées à l'absence de la structure du système judiciaire, qui empêche finalement l'exercice du droit fondamental d'accès à la justice. En admettant cette possibilité, on vise à assurer la réalisation de ce droit face aux problèmes structurels qui affectent l'État.

MOTS-CLÉS: Accès à la justice. Neoconstitutionalisme. Politique judiciaire. L'Amazonie.

ABSTRACT

Challenges facing the realization of access to justice are widely studied by doctrine regarding the obstacles that are presented to citizens and magistrates in the exercise of adjudication under normal circumstances. However, there is a portion of these challenges poorly discussed but whose overcoming requires an urgent and wide-ranging debate, which is, the impossibility of application of legal or procedural rules on account of the chronic deficiency of structure in some regions, as in the case of the Amazon. This lack makes it difficult or even impossible the adjudication constitutionally guaranteed to all citizens. Using primarily the inductive method, the thesis in its first chapter features the access to justice as a human and fundamental right, widely recognized in national and international fields, being improved through the doctrinal recognition, with increasingly complex facets. Although fundamental and essential to human dignity, the difficult geographical, social, economic and structural conditions of the Brazilian Amazon described in the second chapter, daily prevent or hinder the effectiveness and minimal realization of the claimants' right to access justice, often frustrating one's other essential rights to human dignity. In such cases, the formality that marks the procedural rules, rather than ensure, ultimately derail the exercise of judicial activity. The transposition of this obstacle requires the overcoming of a positivist perspective that leads to the neoconstitutionalism, object of the third chapter and theoretical framework of the thesis, whose central hypothesis presents its potential to justify and authorize the judge to ease some formal rules in favor of the effectiveness of justice access. The neoconstitutionalism and its legal and procedural variants, because it is based on the centrality of the Constitution, in the normativity of constitutional principles and in the necessary interpretation of all normative text, provides the theoretical and methodological elements that justify and allow judges to depart the incidence of some rules, interpret others and ease procedural rules, when before specific situations, related to the lack of the justice system structure, which ultimately prevent the exercise of the fundamental right of access to justice. When sustaining such possibility, one seeks to ensure the effectiveness of this right in light of structural difficulties affecting the State.

KEYWORDS: *Access to justice. Neoconstitutionalism. Judicial Policy. Amazon.*

*À memória de minha avó materna Francisca Moraes da Paz
À minha família pelo incentivo, amor e paciência nas minhas inquietações da
vida.*

O rio, sempre o rio, unido ao homem, em associação quase mística, o que pode comportar a transposição da máxima de Heródoto para os condados amazônicos, onde a vida chega a ser, até certo ponto, uma dádiva do rio, e a água uma espécie de fiador dos destinos humanos. Veias do sangue da planície, caminho natural dos descobridores, farnel do pobre e do rico, determinante das temperaturas e dos fenômenos atmosféricos, amados, odiados, louvados, amaldiçoados, os rios são a fonte perene do progresso, pois sem ele o vale se estiolaria no vazio inexpressivo dos desertos. Esses oásis fabulosos tornaram possível a conquista da terra e asseguraram a presença humana, embelezaram a paisagem, fazem girar a civilização – comandam a vida no anfiteatro amazônico.

Leandro Tocantins

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL	20
1.1 A JUSTIÇA COMO VALOR ESSENCIAL À HUMANIDADE	21
1.2 CONCEITOS E ELEMENTOS DO ACESSO À JUSTIÇA.....	30
1.3 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA	41
1.4 A CONCEPÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E CONSTITUCIONAL	49
1.5 A CONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO INTERNACIONAL	52
2 CONDIÇÕES ADVERSAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA	57
2.1 ESTRUTURA FUNDAMENTAL À ATIVIDADE JURISDICIONAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	58
2.2 ALGUMAS DIFICULDADES PARA O ACESSO À JUSTIÇA LEVANTADAS PELA DOCTRINA	61
2.3 A DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DE SERVIÇOS ESSENCIAIS À JUSTIÇA NO BRASIL E O CASO DA REGIÃO AMAZÔNICA	74
2.3.1 Dimensões territoriais	76
2.3.2 Dificuldades de transporte e de logística	79
2.3.3 Carência institucional e necessidade de alternativas não convencionais	85
2.3.4 Realidade socioeconômica	90
2.4 MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS, PLURALISMO JURÍDICO E NOVAS POSSIBILIDADES PROCEDIMENTAIS PARA SUPERAÇÃO DAS DIFICULDADES RELACIONADAS AO ACESSO À JUSTIÇA	92
3 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL	101
3.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO.....	102
3.2. O NASCIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	113
3.3. A PROPOSTA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DO ATIVISMO JUDICIAL	116
3.4 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL: A PREOCUPAÇÃO COM A “ATIVIDADE LEGISLATIVA” DO MAGISTRADO.....	129
3.5 A IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL	133
4 O USO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA FALTA DE ESTRUTURA ATRAVÉS DA FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS.....	140
4.1 DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS COMO CAUSA PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS/ PROCEDIMENTAIS: ANALISANDO AS POSSIBILIDADES PARA A AMAZÔNIA.....	141
4.2 A DISCUSSÃO ACERCA DA SUPLEMENTAÇÃO DE NORMAS DE CARÁTER PROCESSUAL POR PARTE DO ESTADO COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	147
4.3 USO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA SUPRIR A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR LEIS PROCESSUAIS	154

4.4 POTENCIALIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA SUPRIR AUSÊNCIA DE REQUISITOS PROCESSUAIS: ATIVISMO PROCEDIMENTAL E ADAPTABILIDADE PROCESSUAL.....	159
4.4.1 Técnicas processuais e o Novo Código de Processo Civil	160
4.4.2 A aplicação do princípio da instrumentalidade.....	162
4.4.3 A observância das garantias constitucionais do processo	165
4.4.4 Ativismo procedimental, neoprocessualismo ou adaptabilidade processual	167
4.5. A NECESSIDADE DE REFORMAS NAS LEIS PROCESSUAIS OU ADMISSÃO DE FLEXIBILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO: MEDIDAS ÚTEIS PARA CASOS DE DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL	171
4.6 APLICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL PARA CASOS ESPECÍFICOS DE AUSÊNCIA DE ESTRUTURA NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA.....	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	182
REFERÊNCIAS	190

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à justiça possui inúmeras facetas que ainda carecem de maior estudo pela doutrina jurídica. Não obstante haver uma notável evolução com respeito aos desafios superados quanto a este tema, ainda é possível constatar entraves não abordados nos debates que tradicionalmente se tem desenvolvido. Exemplo disto é a falta de discussão sobre a ausência de estrutura material e de pessoal qualificado em zonas peculiares no Brasil, como a Amazônia, para atender às necessidades mínimas para o funcionamento dos sistemas de justiça.

A motivação para a escrita desta tese advém justamente desta dificuldade, especialmente em vista da delicada situação à qual estão submetidos os operadores do Direito em áreas que enfrentam este tipo de óbice. O caso da região Amazônica ilustra bem a complexidade dos infortúnios que lhe são inerentes, vez que o exercício da atividade profissional da magistratura e as demais funções essenciais à Justiça, acabam sendo prejudicados diante das falhas institucionais do Estado nessas regiões, que normalmente se caracterizam pelo acesso e comunicação limitadas.

O exemplo amazônico, como será verificado, contribui com a instigação para que soluções jurídicas sejam propostas diante de problemas de ordem prática como a ausência de advogados e defensoria pública para formalizar as demandas dos jurisdicionados; indisponibilidade de representante do Ministério Público para as demandas em que sua participação é legalmente exigida; falta de documentação obrigatória da população para pleitear determinado direito; inexistência de profissional qualificado conforme exige a legislação para realização de perícias; falta de recursos da população amazônica para participação passiva nas eleições de forma digna e uma infinidade de outras barreiras a serem transpostas. As grandes distâncias entre os aglomerados populacionais amazônicos acabam

colaborando para estas dificuldades de ordem prática em detrimento do acesso à justiça e o exercício pleno da magistratura.

Os espaços amazônicos possuem uma complexidade singular. A Amazônia constitui uma gigantesca região, de proporções internacionais. Fazem parte dela: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, França (Guiana Francesa) Peru, Suriname e Venezuela. Inobstante a diversidade política, é notável a riqueza amazônica no que tange a seus recursos naturais e à diversidade humana. A Amazônia abriga povos indígenas e uma multiplicidade de comunidades tradicionais, além da população dos grandes centros urbanos.

Toda essa diversidade populacional está espalhada nos aproximados 7.590.083 Km² que compõem toda a região. Assim, em razão de suas longas distâncias e baixa densidade demográfica, a Amazônia constitui um desafio para a efetividade das funções estatais, especialmente aquelas relativas ao exercício dos sistemas de justiça e do Poder Judiciário.

Diante deste quadro, deve-se considerar que o direito ao acesso à justiça e à ordem jurídica justa são direitos considerados humanos, fundamentais e são reconhecidos constitucionalmente no Brasil. Na condição de direito humano, cumpre salientar que há diversas normas internacionais, assinaladas por esta República Federativa que asseguram tais direitos como dos mais elevados, uma vez que, sem este direito garantido, o ser humano não pode pleitear quaisquer outros que estejam sendo violados ou estejam em vias de violação.

Já no âmbito nacional, os mesmos direitos também são reconhecidos expressamente na Carta Magna de 1988, sendo alçados à condição de direitos fundamentais e constitucionais, gozando, portanto, do mais alto grau de proteção que pode ser atribuída a um direito no campo da jurisdição brasileira.

Em razão da essencialidade dessas prerrogativas, portanto, deve o operador do Direito, empenhar-se em tornar esses direitos efetivos, utilizando-se para isto, do aporte produzido pela doutrina e dos novos meios interpretativos que vem sendo desvelados no campo das ciências jurídicas. O

instrumento que se pretende utilizar para a análise do problema, nesta tese, é o neoconstitucionalismo enquanto possibilidade para a resolução de conflitos que envolvam a falta de requisitos formais em casos de falha na estrutura estatal em áreas carentes de instituições voltadas à Justiça.

O neoconstitucionalismo consiste numa proposta teórica de origem espanhola e italiana que visa estabelecer novos parâmetros interpretativos para o Direito atual. Segundo suas diretrizes, a Constituição deve ser utilizada na aplicação das normas jurídicas, devendo-se interpretá-la de acordo com os princípios reconhecidos pela ordem jurídica, valores sociais e mecanismos de controle de constitucionalidade. Na abordagem neoconstitucionalista, no embate entre regras e princípios jurídicos, deve prevalecer a análise principiológica.

Trata-se de uma corrente que propõe uma nova visão para a interpretação e aplicação do Direito que sistematiza o emprego da norma além da sua mera subsunção ao fato, atentando-se também para a complexidade da questão no caso concreto, sempre se observando os limites impostos constitucionalmente, voltados a um melhor equilíbrio entre segurança jurídica e justiça.

Cabe pontuar, por isto, que na análise aqui pretendida considerar-se-ão os direitos de acesso à justiça e a efetivação da justiça, enquanto valor, como elementos inseparáveis que são. Isto porque, segundo a concepção pós-positivista adotada, a busca pela Justiça não pode ser relegada a segundo plano nas atividades exercidas pelos sistemas de justiça. Em nome da justiça e da ordem jurídica justa, faz-se crucial que o intérprete e aplicador das normas almeje a ampliação de seu acesso, em que pese a existência de entraves estruturais.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo aparece como uma possibilidade de reflexão que auxiliará na resolução deste tipo de demanda, de modo a oportunizar ao aplicador do Direito a viabilidade de interpretar as normas priorizando outros aspectos além do mero texto legal, suprimindo as dificuldades encontradas no que tange à observância estrita de normas relativas ao processo/ procedimento, possibilitando assim que o

jurisdicionado recorra aos sistemas de justiça, em especial, ao Poder Judiciário.

Assim, a proposta pela via neoconstitucionalista constituirá o foco desta tese, contudo, sem pretender colocar esta solução como única e definitiva resposta para o problema referente à debilidade estrutural nos sistemas de justiça. Acredita-se que, para temas tão complexos, não é plausível pensar em uma resposta que sirva de panaceia para todos os males da justiça, razão pela qual, há que se ter o cuidado de pensar meios que, juntos, tenham maiores oportunidades de remediar as situações postas sobre análise. Em razão disto, também serão abordados alguns outros caminhos que, juntos ao ideal neoconstitucionalista, podem contribuir à resolução ou mitigação dos obstáculos em discussão.

A relevância da presente pesquisa justifica-se pela necessidade de que as demandas de justiça de todos os cidadãos brasileiros sejam atendidas. O direito à prestação jurisdicional é assegurado nos mais diversos foros jurídicos e, portanto, não pode ser preterido ou dificultado em vista das condições materiais que se apresentam à realidade social brasileira, sobretudo para as camadas populacionais menos favorecidas.

Como já assinalado, nos espaços geograficamente isolados, especialmente na Amazônia, há dificuldades concretas para que se preencham todos os requisitos processuais/ procedimentais essenciais à atividade jurisdicional, devido à ausência de uma estrutura estatal completa. No entanto, essas adversidades práticas não podem ser colocadas como obstáculo para a prestação de serviço pelo Poder Judiciário, exigindo-se deste que responda aos anseios e urgências sociais. Diante destes entraves, que devem ser tratados como situações incomuns, pouco abordadas pela doutrina, levanta-se a discussão em torno do neoconstitucionalismo como possível saída.

A necessidade de uma maior maleabilidade na exigência de requisitos formais (processo e procedimento) que podem ser conferidas pelo neoconstitucionalismo, justifica-se pela impossibilidade material no atendimento de todos estes requisitos, o que significa dizer que a

flexibilização dependeria diretamente da presença de situações incomuns, como é o caso de desestrutura das regiões longínquas da Amazônia. Assim, em nome da disponibilização do acesso à justiça para as populações residentes nestes espaços, mostra-se a possibilidade de empregar as premissas do neoconstitucionalismo pelo Poder Judiciário instalado nessas localidades.

Ressalte-se que não se trata de simples admissão das falhas institucionais do Estado como algo usual e tão pouco a proposição de um modelo paliativo para saná-las. Trata-se, por outro lado, da proposta de modelos mais abertos e que considerem a inaplicabilidade de certas disposições legais processuais, de modo que se torna indispensável repensar as instituições de justiça e da forma de exercer a função da magistratura em prol da instituição de modelos jurisdicionais compatíveis com a realidade social dos espaços geograficamente isolados - como nas regiões distantes da Amazônia.

Como marco teórico optou-se por adotar a corrente doutrinária do pós-positivismo e neoconstitucionalismo enquanto base para a proposta pretendida. A escolha por estes parâmetros reside em que esta é a teoria que mais se adequa à busca por soluções aos entraves a serem tratados. Tais aportes permitem a utilização de princípios jurídicos amplamente reconhecidos pela ordem constitucional, respeitando-se os limites constitucionais para tornar viável a atividade criativa racional do aplicador do Direito, contribuindo com saídas para dirimir demandas recorrentes, essenciais para o cumprimento do direito de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Obviamente, se pretende considerar na análise, as dificuldades e críticas atribuídas ao neoconstitucionalismo, uma vez que, para o ideal tratamento do tema, não se pode desconsiderar que este modelo também possui questionamentos a serem devidamente enfrentados e contornados. Não se defende, portanto, uma liberdade completa e irrestrita ao magistrado ou aos intérpretes das normas jurídicas em geral. Entende-se que os parâmetros das atividades exercidas através da referência neoconstitucionalista devem ser calcados em face da Constituição Federal.

Isto posto, cumpre esclarecer que o objetivo central da tese consiste em analisar a deficiência estrutural em sistemas de justiça, em especial o Poder Judiciário, enquanto obstáculo ao acesso à justiça, examinando-se a possibilidade de sua superação pela aplicação de premissas neoconstitucionalistas em conjunto com medidas afeitas a este modelo.

Com vistas a lograr o objetivo central pretende-se primeiramente, discorrer sobre o acesso à justiça como direito humano fundamental, bem como abordar a necessidade de também observar critérios de justiça enquanto valor social a ser buscado no exercício da atividade judicante. Isto será executado no primeiro capítulo da tese.

Em seguida, ao longo do segundo capítulo, será necessário versar a respeito das condições adversas para o acesso à justiça, demonstrando-se a relevância dos entraves identificados tradicionalmente pela doutrina, mas lançando luz sobre um aspecto pouco abordado: a falta de estrutura física e de pessoal capacitado para cumprir cabalmente os requisitos legais para determinados atos processuais/ procedimentais. Nesse contexto, também caberá demonstrar os diversos e complexos desafios à atividade judicante no interior da Amazônia, que demandam novas e criativas formas de solução. Assim, estará desenvolvido o segundo objetivo específico proposto.

No terceiro capítulo, por sua vez, respondendo ao terceiro objetivo específico, buscar-se-á tratar o tema do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial como seu fenômeno consequente, a fim de asseverar de que modo este modelo de construção e interpretação do Direito pode ser útil à questão problemática perquirida.

Finalmente, no quarto capítulo, será desenvolvido o quarto objetivo específico, consistente em averiguar, de forma prática, de que maneira o neoconstitucionalismo pode contribuir para sanar os problemas estruturais que acarretam na impossibilidade de observância de normas processuais/ procedimentais. Com este fito, pesquisou-se a respeito de novos desdobramentos do neoconstitucionalismo como o neoprocessualismo, a adaptabilidade processual, o protagonismo judicial e demais ideias que vem sendo postas à análise no campo acadêmico.

O método utilizado na confecção da tese será o dedutivo, tendo em vista que se parte de problemas pontuais e locais para a busca de soluções em maior escala. O método de procedimento será o monográfico e os métodos de pesquisa serão o bibliográfico e documental.

A hipótese aventada corresponde à constatação de que o neoconstitucionalismo corresponde a uma importante possibilidade para deslindar novos problemas de acesso à justiça como é a circunstância de deficiência estrutural nos sistemas de justiça no interior da Amazônia. Será possível questionar ainda se tal hipótese também poderia ser utilizada para tratar questões análogas, em outras regiões do país, o que se responderá positivamente, solidificando-se a proposta inicial da pesquisa, porém, sempre com a ressalva de que sejam respeitadas as limitações constitucionalmente estabelecidas e seja observada a essência da norma a ser relativizada.

Destarte, espera-se que com o desenvolver desta tese seja possível pensar respostas que venham a contribuir com o sobrepujamento dos óbices que tem impedido o jurisdicionado do interior da Amazônia a fruir de seu legítimo direito de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça constitui um direito fundamental cuja defesa é substancial para a fruição de todos os outros direitos estabelecidos pelas normas jurídicas. Quando violado qualquer um destes, será o acesso à justiça que fornecerá aos cidadãos ferramentas para combater a violação e reestabelecer a devida observância do direito que venha a ser injustamente transgredido.

É bem verdade que a justiça é um ideal sempre almejado pela humanidade desde os tempos mais remotos, sendo a sua realização uma das razões pelas quais as sociedades se organizam politicamente. Os indivíduos, ao consentirem em coexistir harmonicamente, abrem mão de uma parcela de suas liberdades para que o Estado se encarregue de estabelecer o equilíbrio nas relações sociais. Neste contexto, a realização da justiça pode ser considerada um dos elementos para a compreensão das condições em que se desenvolve a existência humana em sociedade¹.

No entanto, no decorrer da formação do Estado e de suas instituições jurídicas, são observáveis as mais variadas formas de construção desse ideal de justiça. Consoante ao defendido por Cláudia Barbosa: “a finalidade com a qual o sistema jurídico se vê comprometido por meio do enlace constitucional é a realização da justiça” (2013, p. 61-80). Invariavelmente, isto reflete nas instituições estatais criadas para tal finalidade.

É a busca pela realização da justiça, portanto, um dos pilares que compõe o complexo social, incluindo a criação de mecanismos dentro da estrutura estatal especificamente firmados para atender a este propósito.

Na organização social hodierna, os meios através dos quais os cidadãos podem se valer da tutela jurisdicional do Estado para efetivar um determinado direito compõem o acesso à justiça.

No Brasil, o problema do acesso à justiça começou a ser debatido a partir da ótica da falta de condições de acesso para a população de baixa

¹ Para Rodrigues Junior (2014, p. 189), a relação entre contrato social e justiça encontra-se expressa em Rousseau, quando compreende que a moralidade e o sentimento de justiça são os princípios que regem as condições nas quais se desenvolvem as relações humanas.

renda. Porém, a discussão foi tomando outras proporções e atualmente tem sido aperfeiçoada diante de problemas estruturais gerais do Poder Judiciário e da defesa de formas alternativas de resolução de conflitos com vistas a tornar viável um acesso à justiça mais efetivo, célere e atento às peculiaridades e necessidades dos distintos públicos para os quais se destina.

Como será possível constatar, o tema do acesso à justiça deve ser tratado com máxima prioridade tendo em vista que a observância deste direito é a primeira condição para que outros possam ser exigidos e assim, chegue-se ao paradigma desejado para que um Estado de Direito funcione efetivamente. Deste modo, para se desenvolver o tema (o acesso à justiça em condições específicas de ausência de estrutura estatal) mostra-se adequado compreender em que consiste a busca pela justiça e como está relacionada ao direito fundamental de acesso à justiça.

1.1 A JUSTIÇA COMO VALOR ESSENCIAL À HUMANIDADE

A definição de justiça, mesmo sendo de difícil tarefa, demonstra-se pressuposto indispensável para sua compreensão como valor essencial à humanidade, razão pela qual se faz premente a análise de teorias relativas à sua acepção, e, conseqüentemente, o reconhecimento de que tal instituto é um valor intrínseco e essencial ao próprio ser humano.

Inicialmente algumas colocações são primordiais, sendo a primeira delas concernente à compreensão natural que o próprio termo “justiça” sugere. Este, nas discussões no âmbito jurídico, é comumente ligado à própria instituição Poder Judiciário, ou seja, sob esta ótica prevalece o entendimento de “Justiça como instituição e não como um valor”. A este talante, avalia-se que o entendimento de justiça como instituição pode precipitadamente conduzir à conclusão de que acesso à justiça equivale ao acesso ao Judiciário, o que acarretaria em equivocada conclusão de inconstitucionalidade em caso de eventual tentativa de adoção de

mecanismos alternativos ou, ainda, de desjudicialização de procedimentos (OLIVEIRA, 2014, p. 57).

Importa destacar que apesar de errônea, tal digressão não se mostra surpreendente, vez que por meio do Poder Judiciário também se persegue o ideal de justiça. É nele que a justiça é, em grande parte, concretizada. Entretanto, tendo-se na justiça um valor sempre existente nas sociedades, não parece conveniente atrelar o conceito de justiça apenas a tal significação, visto que o referido termo prefigura possuir maior abrangência.

Primeiramente, deve-se lembrar que a busca pela compreensão do conceito de justiça é uma antiga preocupação da filosofia. Devido à antiguidade deste ideal e das questões a ele relacionadas no decorrer da história, o referido termo pode apresentar inúmeras possíveis interpretações.

Para contextualizar o enfoque sobre o conceito de justiça, no entanto, é imperioso se socorrer de sua construção nos diferentes momentos históricos nos quais são narrados os esforços sobre a construção do que seria este ideal tão desejado.

Inicialmente, tem-se o Período Clássico, no qual Platão, em sua obra *A República*, identifica a justiça como sendo uma “virtude” ligada à moralidade dos membros da *polis* grega (PLATÃO, 1965, p. 21). Já para Aristóteles, a ideia de justiça era tratada como um estado de caráter, notadamente como valor moral:

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto. (ARISTÓTELES, 1991)

No entendimento dos autores clássicos, a justiça estava relacionada à subjetividade humana, vinculada à ideia de moral.

Aristóteles também ressalta o posicionamento de que a justiça corresponde a uma virtude, acrescentando que injustiça equivaleria ao “vício inteiro”, ocorrido quando faltasse o senso de justiça. Importante reconhecer que tal filósofo trouxe, ainda, o conceito da justiça distributiva e da justiça

reparadora. A primeira hipótese relaciona-se com mérito, mediante a distribuição de honra, bens, rendas, etc. Já a segunda possibilidade está relacionada em corrigir as condutas consideradas injustas, haja vista que, em Platão e Aristóteles também se observa uma visão de justiça que pressupunha certa “desigualdade aos desiguais” (COOPER, 2011, p. 166).

Dessa forma, percebe-se que durante o Período Clássico prevaleceu o conceito de justiça como sendo uma virtude, deixando-se de herança para a filosofia contemporânea o posicionamento de Platão acerca da conduta reta e o conceito subdividido apresentado por Aristóteles, da justiça distributiva e justiça reparadora.

Este ideal de justiça foi suplantado com o advento da Idade Média, período em que predominou a total descentralização das normas que regiam a vida em sociedade e adoção de uma concepção religiosa de justiça, que era feita através do costume como fixador das obrigações uns para com os outros: “A justiça é feita, na maior parte das vezes, apelando para a vontade divina; é a época dos ordálios e dos duelos judiciais” (WOLKMER, 2006, p. 193).

Chegando ao Período Moderno encontram-se as discussões voltadas para a legitimação da soberania estatal: dignidade, liberdade, direitos e moral. Neste ponto, nota-se que tal período ocasionou uma profunda ruptura na sociedade da forma como esta se encontrava configurada. É com a chegada da modernidade que declina a sociedade medieval, cujo senso de justiça era baseado nas leis divinas, e assumem-se as bases de pensamento de caráter humanista. O ser humano retoma o poder de pensar o próprio destino, abandonado durante a Idade Média, para pensar o mundo dando às suas verdades maior relevância. Esse resgate da condição humana como fator fundamental ao pensamento e à configuração social possui grande influência de pensadores como Thomas Hobbes, John Locke, David Hume, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Primeiro, deve-se mencionar o pensamento de Thomas Hobbes de Malmesbury, em sua obra *Leviatã*, na qual o conceito de justiça estaria relacionado à “manutenção dos pactos”, explica-se: com a institucionalização

do poder e a constituição da propriedade privada, naturalmente surgiria também o conceito de justiça e injustiça. No entendimento do referido filósofo, a ausência do Estado ocasiona a falta do próprio conceito de injustiça, pois, onde não há Estado – para dizer o direito de cada um – tudo pertence a todos (HOBBS, 1997, p. 114).

De igual modo, John Locke, em sua obra Segundo Tratado sobre Governo Civil, fixa seu conceito de justiça tomando por base a propriedade, pois, defende que justiça consiste na conquista de parcela da propriedade comum mediante o esforço individual, o trabalho. A visão do autor já mostra uma das primeiras concepções de justiça de clara influência do pensamento econômico que nascia nos tempos modernos: o capitalismo. Tal dedução é pertinente, pois é na era capitalista que a propriedade e as relações de trabalho tomam os contornos que apresentam na sociedade atual (LOCKE, 1994, p. 8 e 42).

Em contraponto ao pensamento de Thomas Hobbes e John Locke, o filósofo David Hume resgatou o conceito de justiça como uma virtude, com o objetivo de auferir prazer ao ser humano, refutando em sua reflexão a utilização da propriedade para definir o conceito de justiça. Para ele, as virtudes humanas estão divididas entre virtudes naturais e virtudes artificiais. Enquanto as naturais se referem àquelas que são impelidas por um instinto natural, as virtudes artificiais relacionam-se com um sentimento de obrigação. Assim, a justiça seria uma virtude construída artificialmente para tornar possível a vida em sociedade (HUME, 1978).

Mediante análise do conceito de justiça apresentado por David Hume, resgata-se a ideia de que a justiça dialogaria com a virtude. Vê-se, portanto, que o conceito do referido filósofo moderno tem relação com aquele defendido por Platão, Sócrates e Aristóteles na Antiguidade, já que estes também entendiam a justiça como sendo uma virtude.

Na obra de Jean-Jacques Rousseau, “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, inferem-se também importantes conjecturas acerca da razão humana e dos conceitos de justiça e desigualdades. Para o filósofo, se os homens não burlassem as leis ou

“abusassem da magistratura”, não seriam necessários nem juízes e nem leis e, conseqüentemente, não existiria desigualdade e a injustiça a ser combatida. Tal obra discute, ainda, sobre o direito positivado e as concepções de justiça, baseadas na propriedade e sua separação com as desigualdades sociais (ROUSSEAU, 1754, p. 107 e 130).

Para Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, a moral é derivada da autonomia do ser humano, de sua capacidade racional de ser livre. Segundo o referido filósofo, a liberdade e a moral deveriam conduzi-lo à prática de boas ações e à sujeição diante da lei, não como meio para atingir outros interesses, mas, como um fim em si mesmas (KANT, 2007, p. 75-76).

Em relação a isto, Immanuel Kant afirma:

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado ao conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos [...] Pois agora vemos que, quando nós pensamos livres, nos transpomos para o mundo inteligível como seus membros e reconhecemos a autonomia da vontade juntamente com a sua consequência — a moralidade; mas quando nos pensamos como obrigados, consideramo-nos como pertencentes ao mundo sensível e contudo ao mesmo tempo também ao mundo inteligível. (KANT, 2007, p. 102-103)

Assim, os filósofos citados marcaram o Período Moderno, pautando suas críticas em temas fundamentais, porém inserindo os elementos basilares do novo sistema econômico nascente – propriedade, autonomia, dignidade, igualdade e moral. Não obstante, é importante mencionar que a justiça como valor a ser cultivado pela humanidade, abordagem presente no período Clássico, também ressurgiu com os filósofos modernos, denotando o

caráter cíclico da inclusão de aspectos subjetivos quanto ao conceito de justiça².

Avançando para o Período da Filosofia Política Contemporânea, tem-se a justiça como equidade, destacando-se as linhas filosóficas utilitarista, liberal, marxista e substancialista de justiça.

A primeira das teorias, a utilitarista³, associa justiça à perspectiva de proporcionar a maior felicidade ao maior número de pessoas possível. Conforme tal teoria, uma ação somente pode ser considerada moralmente boa quando traz benefício para a vida de alguém. Ademais, tal teoria funda-se no valor da utilização da justiça como ferramenta no alcance do bem-estar da maioria.

A segunda teoria é a da igualdade liberal ou “liberalismo igualitário”, por meio da qual se compreende que deve haver distribuição igualitária de todos os bens primários sociais, apregoando-se uma ética relativista e justificando-se uma distribuição desigual somente quando esta se demonstrar vantajosa para os menos favorecidos. Esta teoria tem como expoente o professor de filosofia política da Universidade de Harvard John Rawls, na obra “Uma teoria de Justiça” (1993).

Por sua vez, na concepção marxista, que defende a socialização dos meios de produção, a fim de que cada indivíduo tenha iguais oportunidades para participação nas decisões coletivas. Tal teoria se demonstra mais radical, pois, questiona veementemente a injustiça advinda do capitalismo desenvolvido na modernidade e propõe outro sentido de justiça, que, contrapondo-se à liberal, seria calcada na máxima “De cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades”. (MARX, 2000)

Por fim, tem-se a teoria substancialista, defendida pelo filósofo do direito norte-americano Dworkin, que reconhece uma justiça adstrita na atuação do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, com amparo na Constituição, devendo estes prevalecerem sobre eventual vontade majoritária que lhe restrinja (BARBOSA, 2013, p. 171-194). Esta última concepção,

² Mais adiante, isto será importante em razão da eventual vinculação entre questões de justiça como valor, e acesso à justiça como forma de efetivá-la.

³ Como principal autor do utilitarismo no Direito tem-se Jeremy Bentham (1979).

mostra-se estreitamente vinculada a um dos nuances que se está propondo para este trabalho.

Como pontuado, a análise da justiça como valor, demonstra-se indispensável para a compreensão da essencialidade da justiça para a própria humanidade, conforme os conceitos analisados e, ainda, segundo a perspectiva dos pensadores estudados, que em muito repercutem na concepção de justiça adotada pela sociedade atual:

Não é um trabalho simples. Em uma sociedade complexa, definir quais são os direitos “mais protegidos” e os melhores caminhos para tornar efetivas essas escolhas é tarefa hercúlea que demandaria forte legitimação política. O consenso só é possível no nível do argumento retórico axiologicamente adjetivado no qual tudo cabe e tudo alcança: justiça, dignidade, ética. (BARBOSA, 2013, p. 171-194)

A questão, portanto, é provida de um avultado grau de relatividade, que deve ser avaliada caso a caso, de acordo com o contexto onde se apresenta. Observando as tantas teorias em torno da justiça já erigidas pela humanidade em séculos de atividade intelectual, é possível inferir que a ideia de justiça remeterá, indubitavelmente, às preocupações presentes em determinada época, sofrendo influência direta das questões morais, econômicas e sociais que prevalecem em cada sociedade. A justiça, sob este prisma, acaba sendo construída de maneira subjetiva, porém, como um valor sempre presente nas relações sociais.

Desse modo, a busca pelo conceito de justiça atravessa a história, assumindo diferentes vertentes, sem, no entanto, esgotar as possibilidades de sua discussão.

Hans Kelsen, em sua obra *¿Qué es la justicia?* questiona a possibilidade de uma justiça positiva e aponta outra ideia de justiça, enfocando-se seu valor moral e subjetivista da Antiguidade dissociado da lei:

A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é

representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também, a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça permanece pertencente ao domínio da moral. (KELSEN, 1998, p. 3)

Constata-se, portanto, que tal posicionamento de Hans Kelsen, relaciona a justiça com a moral, levando a crer que o comportamento justo - a própria justiça - deriva da qualidade moral intrínseca ao homem, deixando-se, portanto, de lado a ideia de que a justiça seria um conceito imutável ou concreto. Na verdade, Hans Kelsen apresenta seu pensamento sobre valor e justiça, partindo do pressuposto de que a justiça absoluta configura uma pretensão irracional, pois, é impossível de ser alcançada, conforme destacado a seguir:

La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses. Zanjear los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representará la solución justa. De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluto. (KELSEN, 2013, p. 86)⁴

Ao se debruçar sobre o parágrafo em epígrafe, o autor defende ser irracional buscar a completa e absoluta justiça, justamente por entender que o homem sempre colocará em primeiro plano suas próprias vontades, de modo que invariavelmente haverá conflito de interesse, sendo impossível, segundo ele, encontrar uma justa solução. Por esta razão, o autor defende a ideia de uma justiça relativa, pois, compreende que é impossível obter absoluta justiça, uma vez que sempre haverá o “outro lado” a ser considerado.

⁴ Tradução livre: “A justiça absoluta configura uma perfeição suprema irracional. Partindo da perspectiva do conhecimento racional só existem interesses humanos e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Para resolução dos mesmos supõe-se duas possíveis soluções: satisfazer um em detrimento do outro ou estabelecer um equilíbrio entre ambos. Conclui-se impossível demonstrar qual é a solução justa. Suponha-se que a paz social seja o valor supremo, então, o equilíbrio representará a solução justa. De toda forma, também a justiça da paz é tão somente uma justiça relativa que, em nenhuma hipótese pode levantar-se como absoluta”.

No entanto, para que a discussão a respeito da justiça não se esvazie, Kelsen chama a atenção, ainda, para o conceito de uma justiça relativa, que se traduz no seguinte trecho:

Mas, ¿Cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Acaso tiene una moral? ¿O se trata tal vez de un relativismo amoral o inmoral, como muchos sostienen? No lo creo. El principio ético fundamental subyacente a una teoría relativista de los valores – o inferible de la misma – lo configura el principio de tolerância, vale decir, el imperativo de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aunque no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas, no impidiendo, además, su exteriorización pacífica. Resulta óbvio que de una concepción relativista no puede deducirse ningún derecho a una tolerância absoluta sino únicamente una tolerancia encuadrada en un orden positivo que garantisse la paz a quienes se la subordinan, prohibiéndoles el empleo de la violencia, sin limitarlos en la exteriorización pacífica de sus opiniones. (KELSEN, 2013, p. 87)⁵

Assim, depreende-se que o conceito de justiça relativa exposto pressupõe que seja configurado o princípio da tolerância, bem como a boa vontade para que se possa compreender a visão do outro e, assim, implementar a justiça, de acordo com o caso em questão.

Pela análise das diversas correntes apresentadas acerca do conceito de justiça, constata-se quão difícil é sua conceituação, tanto que o próprio filósofo austríaco Hans Kelsen declarou ao final de sua obra a impossibilidade de estabelecer exatamente o que venha a ser a justiça, de modo que a única saída possível é conformar-se com a ideia de justiça relativa que considere a liberdade, a paz, a democracia e a tolerância (KELSEN, 2013, p. 92). Disto decorre que a lei, portanto, não possui

⁵ Tradução livre: “Mas, qual é a moral desta filosofia relativista de justiça? Acaso possui uma moral? Ou se trata talvez de um relativismo amoral ou imoral como muitos sustentam? Não acredito dessa forma. O princípio ético fundamental superior a uma teoria relativista de valores – ou inferior a mesma – configura o princípio da tolerância, vale dizer, o imperativo da boa vontade para compreender as concepções religiosas ou políticas dos demais, embora não se dividam ou melhor dizendo, precisamente por não dividirem-se, não impedindo, entretanto, sua exteriorização pacífica. Resta claro que de uma concepção relativista não se pode deduzir nenhum direito a uma tolerância absoluta mas unicamente uma tolerância enquadrada em uma ordem positiva que garanta a paz aos que a ela se subordinam, proibindo-lhes o emprego da violência sem limitá-los na exteriorização pacífica de suas opiniões”.

condições de estabelecer o justo para situações previamente concebidas, devendo-se, portanto, pensar na sua promoção por formas que permitam maior liberdade em analisar como é concretizável o justo.

Dessa forma, conceituar justiça não é uma tarefa com método e resultado definidos. Com tantos sentidos já atribuídos para este ideal, resta a perspectiva da subjetividade na verificação do que venha a ser justo.

Após tantas dificuldades para se chegar a tal inferência, observam-se ainda as complicações existentes para que este conceito saia do âmbito filosófico e passe a permear o campo normativo. A justiça, portanto, será construída de maneira a sublimar o impasse entre a legalidade das normas e de seu caráter abstrato. Deverá ser cumprida na prática, segundo as leis, princípios e outras fontes que a sociedade elegeu como sendo de Direito. No entanto, há que se refletir que a obediência normativa estrita, para questões específicas como as processuais não será invocada se culminar na inobservância final do direito pleiteado. Deverá prevalecer, portanto, a essencialidade da justiça para o ser humano.

Certamente, o conceito de justiça continuará sofrendo as inevitáveis mutações conforme as dinâmicas do próprio contexto histórico, social e político de cada época, entretanto, uma conclusão permanece inabalável, qual seja: de que a justiça é valor essencial à humanidade, devendo, portanto, ser acessível a todos.

1.2 CONCEITOS E ELEMENTOS DO ACESSO À JUSTIÇA

Se as reflexões em torno da justiça já ensejam a necessidade de uma profunda discussão sobre o conceito, igualmente é complexa a compreensão do tema referente ao acesso à justiça. Partindo-se de uma acepção de justiça, cujas possibilidades de efetivação estão dentro da esfera estatal, é imprescindível verificar que, apesar de já existirem concepções⁶ que permitam refletir sobre o acesso à justiça por todos os sistemas de

⁶ Trata-se da opção pelo entendimento de que os sistemas de justiça correspondem a outras instituições além do Poder Judiciário. O tema será melhor abordado no decorrer do trabalho.

justiça disponíveis (além do Poder Judiciário), não se tem conseguido pensar em superar outros obstáculos à sua efetividade.

A questão do acesso à justiça está longe de ser uma discussão esgotada. Sendo uma problemática diretamente relacionada à própria constituição de um Estado democrático, suas dimensões extrapolam os instrumentos de acesso ou mesmo a simples possibilidade ou impossibilidade de demandar ações perante o Judiciário (BOCHENEK, 2013, p. 200-201). Ainda assim, por muito tempo prevaleceu um conceito voltado para esta perspectiva.

Por este motivo, antes de avançar para o tema a partir de outros contornos, deve-se perquirir a compreensão da evolução do conceito de acesso à justiça, levando-se em conta que tal definição já apresenta, desde sua gênese, indicadores elementares para se obter a melhor prestação jurisdicional. Após esta análise será plausível vislumbrar a proposta imbuída no presente estudo.

Dessa forma, no intento de encontrar um conjunto teórico capaz de fornecer a definição de acesso à justiça, utiliza-se primeiramente a memorável lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), expoentes pesquisadores do tema, acerca da evolução teórica do conceito de acesso à justiça. Segundo os autores, nos estados liberais burgueses, nascidos com o capitalismo a partir de meados do Século XVIII, se tinha uma filosofia individualista para a solução de conflitos pela ascensão da vertente humanista de pensamento.

É nesse contexto que são deixados os ideais medievais de centralidade da justiça divina para dar-se lugar à centralidade do ser humano no universo, numa perspectiva humanista das relações sociais. Esse momento coincide com o advento da modernidade, quando nascem os Estados Nacionais e marca-se uma modificação profunda na forma de organização da sociedade.

Para Paolo Grossi (2003, p. 23-24), a transição entre tais períodos foi marcante para o entendimento da Justiça: na era medieval, a justiça prevalecia frente às normas jurídicas, uma vez que o costume balizava as

decisões diante dos conflitos sociais. Já no mundo moderno, a normatividade foi construída e consolidada, tendo prevalecido sobre as ideias de justiça.

Em decorrência das antigas premissas que se tinha sobre a justiça, entendia-se que os direitos naturais prescindiam de proteção por meio da ação do Estado, posto serem anteriores a ele próprio, no entanto, na prática, era difícil pleitear pelo cumprimento de direitos. Segundo Cappelletti e Garth, o Estado não se preocupava em “afastar a pobreza”, nem tampouco em resolver o problema da incapacidade de algumas pessoas de utilização plena da justiça e de suas instituições (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9).

Quanto a isto, é certo que não havia compromisso por parte do Estado quanto ao acesso efetivo à justiça, mas, tão somente eram disponibilizados os meios para o acesso formal, que não chegava, na realidade, à totalidade dos cidadãos. O fato é que, em defluência da suposta igualdade de possibilidade de acesso formal ao Judiciário, deixava-se de lado a importante preocupação de garantir o efetivo acesso à justiça por parte das pessoas menos afortunadas.

Neste quadrante a ser refletido, deve-se destacar, então, a proposta para o entendimento do acesso à justiça para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 11)

Vê-se, com o excerto acima, que os doutrinadores compreendem o acesso à justiça como direito básico do ser humano e, ainda (principalmente), como requisito indispensável do sistema jurídico voltado à garantia dos direitos de todos. Ou seja, o acesso à justiça trata-se de um direito social elementar, devendo sua concretude ser assegurada pelo Estado.

A este respeito, os referidos autores (1988), além de assentirem o acesso à justiça como um direito fundamental (ponto este que inclusive será aprofundado em momento oportuno) o situam no centro da “moderna processualística”, afirmando que:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 13)

Dessa forma, vê-se que o acesso à justiça pressupõe o centro do sistema processual, devendo ser também um de seus objetivos o efetivo acesso, pois, é essencial que seja possível obter a prestação jurisdicional e, acima disso, ter seus direitos assegurados.

Este elemento do acesso à justiça é de extrema relevância para a presente análise, uma vez que se tem consciência que para acessar a justiça no âmbito do Estado, é crucial prover os meios processuais exigidos. Não sendo, assim, viável suprir de imediato as condições exigidas em lei, deverá o aplicador do Direito, encontrar modos de, utilizando-se da normatividade existente, atender às demandas dos jurisdicionados e assim concretizar o acesso à justiça.

De todo modo, há que se perscrutar o enfrentamento, no campo teórico, do problema da vagueza na determinação de um conceito. Para Bochenek (2013, p. 203), o conceito atualmente encontra-se muito vinculado com o acesso ao Judiciário não estando, no entanto, a ele limitado. Para o autor, não se descarta de todo a ideia de acesso ao Judiciário, mas considerá-la num duplo sentido interpretativo: no primeiro sentido, situa-se a ideia de que “acesso à justiça” e “acesso ao Judiciário” seriam sinônimos.

Já na segunda concepção, “acesso à justiça” refere-se a um conteúdo mais amplo, de caráter axiológico, determinando o direito de acesso à justiça como uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Na segunda concepção, também deveria estar incluída a primeira (BECHENEK, 2013, p. 203).

Portanto, faz-se mister ressaltar que atualmente o conceito de acesso à justiça já preza pela inclusão de outros aspectos, abandonando a concepção de mero acesso ao Judiciário:

Na doutrina nacional, parece predominar nos últimos quinze ou vinte anos, o entendimento de que o acesso à justiça não significa somente ter mero acesso aos tribunais, mas sim, **obter concretamente a tutela jurisdicional buscada** e, além disso, não importa unicamente em alcançar solução jurisdicional para os conflitos de interesses, mas sim, **colocar o ordenamento jurídico à disposição das pessoas outras alternativas como meios para esta solução**, a exemplo da mediação e da arbitragem privadas. Significa romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também durante todo o desenvolvimento do procedimento jurisdicional, **significa redução de custos, encurtamento de distâncias, duração razoável do processo, diminuição de recursos processuais e efetiva participação na relação processual**, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados. (PAROSKI, 2006, p. 198, grifo nosso)

Por este motivo, adota-se, como mais adequada e completa, a definição mais ampla do acesso à justiça, realçando-se especialmente a necessidade de se romper as barreiras e encurtar as distâncias entre a tutela jurisdicional e aqueles que dela carecem.

Segundo Fernando Pagani Mattos, o conceito de acesso à justiça pode por vezes ser relacionado ao acesso ao próprio sistema judiciário, muito embora, o referido autor sulista faça relevante observação, no sentido de que se deve aderir ao objetivo mais elevado do conceito:

A expressão “Acesso à Justiça” é objeto de várias conceituações, podendo significar desde acesso aos aparelhos do poder judiciário, simplesmente, até o acesso aos valores e direitos fundamentais do ser humano. A segunda, por ser mais completa e abranger a primeira, sugere ser a mais adequada. Trata-se, não obstante a

importância dos aspectos formais do processo, de um acesso à justiça que não se esgota no judiciário, mas representa também e primordialmente, o acesso a uma ordem jurídica justa. (MATTOS, 2011, p. 60)

O aspecto que será aprofundado neste trabalho, consiste na possibilidade de provimento do acesso à justiça, enquanto direito humano, social, constitucional e fundamental, ainda que diante de condições adversas oriundas da desestrutura estatal.

Tendo-se como referência a proposta a ser desenvolvida e a infinidade de obstáculos apresentados atualmente para o efetivo acesso à justiça, demonstra-se claramente que o conceito formal deve ser trabalhado para que possa contemplar outras formas de obstrução. Sobre este prisma, assevera Daniela Olímpio de Oliveira ao chamar a atenção para o problema processual em relação ao acesso à justiça:

Se, por um lado, a ciência processual é distinta e autônoma do direito material, por outro lado, o sentido do processo é a realização, e mais fidedigna possível, deste direito material. E, neste campo, o pensamento sobre forma e formalismo começa a se fazer presente nas reformas processuais e nas discussões sobre acesso à Justiça. O Direito Processual tem a preocupação em realizar o Direito Material – e isso hoje representa acesso à Justiça. (OLIVEIRA, 2014, p. 26)

Nesta toada, pode-se dizer que o conceito de acesso à justiça parece ser construído utilizando-se o diálogo entre o Direito Processual e o Direito Material, sendo ambos interdependentes e cabendo ao primeiro fazer cumprir os propósitos do segundo. Ora, se o direito material define os direitos que cabem às pessoas e o direito processual consiste na regulamentação de como estes direitos serão reconhecidos e efetivados, mostra-se óbvio que este depende daquele, e possui nele sua razão de existência. Logo, a falta de condições materiais de cumprimento do direito processual não poderá jamais ser usada como escusa para o não atendimento do Direito Material, menos ainda em se tratando de direito humano, internacionalmente previsto e direito fundamental/constitucional na ordem interna.

No mesmo sentido, argumenta o professor Luis María Palma (2013, p. 31), defendendo que o acesso à justiça possui uma conotação mais ampla

do que o tradicional acesso à Justiça (Judiciário), pelo motivo de que o acesso à justiça em si é o exercício do direito que se encaminha para a busca e obtenção de uma solução justa.

Portanto, estando mais do que superada a ideia restrita de acesso à justiça como acesso ao Judiciário, entende-se que tal direito visa resguardar a possibilidade dos cidadãos de concretamente lograrem a justiça pretendida em seu favor diante da violação de quaisquer direitos, utilizando-se da estrutura estatal, por meio de seus sistemas de justiça, e de todas as possibilidades que a ordem jurídica permitir, ainda que por interpretação extensiva, constitucional ou principiológica.

Seguindo esta linha teórica, resta fixar alguns pontos centrais para o detalhamento deste direito. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) sistematizam o direito de acesso à justiça do seguinte modo:

a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Conforme a construção teórica dos autores, além da clássica consideração da possibilidade de acionar o Judiciário, deve-se levar em conta: a) o direito à informação, b) o atendimento por parte de juízes que entendam os contextos sociais para os quais exercem a magistratura, sendo capazes de aplicar a lei segundo a realidade sociocultural e econômica dos jurisdicionados, c) organização da justiça e compromisso com a ordem jurídica justa e d) direito a que sejam removidos os obstáculos. Segundo estes requisitos, portanto, o tema aqui proposto deve ser explorado, pensando-se sempre nas urgências sociais e condições de estrutura pública

que, ainda que precárias devem estar disponibilizadas para a realização da justiça.

Ada Pelegrini Grinover, por sua vez, defende que o acesso à justiça é um direito amplo que está voltado para a solução justa dos conflitos de interesses, sendo o processo no Judiciário, além de um instrumento de jurisdição onde se aplicam as normas legais; um instrumento capaz de produzir decisões conformadas a uma ordem de valores identificada no ordenamento jurídico. Em linhas gerais, trata-se de uma associação entre uma percepção material e uma percepção formal de acesso à justiça (GRINOVER, 1998).

Por oportuno, acrescenta-se, ainda, o entendimento apresentado por Diego Américo Robles, o qual agrupa os elementos do conceito de acesso à justiça da seguinte forma: a) acesso formal e material; b) acesso como fato e como direito; c) acesso como um ato e como um trajeto; d) acesso direto e acesso inverso; e) acesso formal e acesso eficaz e; f) o direito humano de ter acesso à justiça (ROBLES, 2010, p. 29-32).

No que tange ao primeiro grupo, do acesso formal e material, o autor traça uma análise sobre os elementos formais de acesso à justiça, incluindo-se, portanto, os tribunais, órgãos da administração judiciária, procedimentos, operadores. Sob tal ponto, dá-se ênfase aos meios de resolução de conflitos, sendo estes formais ou informais.

Já no segundo tópico, de acesso como “fato e como direito”, vê-se que as possibilidades de acesso não são iguais para todos os usuários do sistema judiciário, uma vez que há desigualdade na distribuição de recursos.

Quanto ao acesso como ato e como trajeto, tem-se que o cidadão pode recorrer ao Judiciário para ter seus direitos assegurados mediante a instauração de um processo e esta busca do indivíduo pela justiça configuraria o “ato”, que desencadearia, naturalmente em um processo, “trajeto”.

Em relação ao enfoque do acesso direto e acesso inverso à justiça, pode-se afirmar que tal conceito diz respeito à posição que assume o cidadão em relação à justiça. A referida definição trata da questão do pobre que tem dificuldades de ter acesso à justiça, pois, segundo afirma o autor, as pessoas

desamparadas tem a certeza de que lhe serão prestados serviços de baixa qualidade em razão de seus poucos recursos (ROBLES, 2010, p. 29-32).

Assim, além do fato de que os indivíduos com menos recursos financeiros sentem-se comumente inibidos a se valer do amparo jurisdicional, também tomam tal atitude pelo ambiente intimidador que lhes parece o meio forense. Corroborando tal pensamento, frise-se a advertência feita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) ao citar os obstáculos de acesso efetivo à justiça:

Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 24)

Nesta senda, o acesso à justiça, sob a ótica do cidadão hipossuficiente, pode parecer inatingível ou, se atingível, ineficaz, pois o mesmo não confia que terá um serviço de qualidade em razão de sua condição de pobreza, conforme já esclarecido, mas, sobretudo, por não ser capaz, em certos contextos, de compreender as etapas do processo, que lhe parecem demasiado complicadas e infrutíferas.

Ainda, quanto aos grupos conceituais apresentados por Robles, merece destaque as perspectivas acerca do acesso formal e acesso eficaz, as quais dão ênfase à qualidade do serviço de justiça, pois, o autor defende que *“No se trata solamente de llegar a los tribunales sino de tener la posibilidad de lograr ‘buen servicio’ de justicia que no desvirtúe las garantías constitucionales ni los derechos que se pretendan hacer valer. Es lo que puede llamarse el acceso a la justicia eficaz”* (ROBLES, 2010, p. 32)⁷.

Este ponto refere-se a que de nada adianta existir toda uma estrutura, se as pessoas não conseguem chegar até ela e compreendê-la. Somente quando se faz justiça de maneira consciente, preocupando-se em

⁷ Tradução livre: “Não se trata somente de chegar aos tribunais, mas, de se ter a possibilidade de obter um bom serviço de justiça que não se desvie das garantias constitucionais nem dos direitos que se pretende fazer valer. Isso é o que se pode chamar de acesso efetivo à justiça”.

levar os jurisdicionados ao entendimento sobre de que modo o processo irá ajudá-los, começa-se assim a ter sentido o serviço jurisdicional disposto.

Caminhando para a conclusão da análise do conceito de acesso à justiça, não se pode olvidar as ponderações feitas por Ponciano, Barbosa e Freitas (2008, p. 2844), segundo os quais a falta de acesso à justiça pela ineficiência da máquina estatal à disposição do Judiciário compromete a missão de levar a justiça a quem dela necessita e, conseqüentemente, distorce a razão de ser do Estado de Direito:

A ineficiência da máquina pública colocada a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que têm acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos; dificulta o exercício profissional dos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e serventuários da Justiça; penaliza injustamente os magistrados na sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil.

Normalmente, a ineficiência estatal atinente à justiça é atribuída a inúmeros outros obstáculos, que não constituem objeto deste estudo. No entanto, cumpre enfatizar que, de modo geral, esta precariedade tem causado mazelas sociais que urgem erradicação. Por este motivo, proporcionar que o Judiciário funcione de forma concreta e que chegue a todos os cidadãos constitui um desafio ao Poder Público, justificando-se o empenho pela construção de um ideal de acesso à justiça.

Assim, não restam dúvidas de que este direito tão magno deve ser concebido em sua totalidade e não na mera questão processual e, além disso, deve-se pensar no atendimento das condições fundamentais para a real efetividade da justiça, reconhecendo-se, portanto, os aspectos estruturais e materiais para que todas as parcelas da sociedade vejam atendidas as suas pretensões, independentemente de qualquer classificação a que os cidadãos estejam submetidos em virtude de raça, cor, condição econômica, social ou mesmo de sua localização.

Deste modo, há importantes desafios para uma nova concepção de acesso à justiça. Deve-se utilizar as discussões já desenvolvidas, desde a

menção da justiça como prerrogativa do Judiciário, até a prioridade de análise de problemas não retratados claramente pela doutrina que efetivamente impeçam tal direito de chegar ao cidadão. É relevante avançar nesta controvérsia, mapear os obstáculos e propor soluções:

Em regra, o acesso à justiça era estudado pela ótica da organização judicial, dos obstáculos e as suas possíveis soluções. Contudo, pela opção predominante, os conceitos de acesso à justiça nem sempre são claros ou definidos, tampouco são precisos os seus contornos e limites. (...) É preciso avançar e dar novos contornos ao acesso, não apenas restritos aos canais de acesso/ingresso de ações em juízo, mas atingir todos os percalços e dificuldades que permeiam o percurso do acesso integral ao direito reclamado, de modo menos oneroso, para, muitas vezes, solucionar os problemas sem mesmo ingressar com uma ação no sistema judicial, e principalmente prevenir e evitar que os conflitos sejam criados. (BOCHENEK, 2013, p. 200-201)

Nesta sequência, a abordagem sobre acesso à justiça deve tomar dimensões muito mais amplas do que se vem discutindo tradicionalmente em volta desta temática: deve-se galgar mais passos em prol dos contornos que compõem o problema do acesso em si, inclusive a problemática que representa as longas distâncias de alguns municípios do país e a precariedade das estruturas estatais em alguns deles, tema que pouco vem sendo difundido pela doutrina atual relativa ao acesso à justiça.

A construção de novas reflexões de aplicação do direito pode auxiliar na busca por soluções para trabalhar de forma eficiente as questões atinentes à justiça. É o espírito desses novos horizontes para as concepções de direito e de aplicação da justiça, que se procura utilizar quando da análise dos conceitos existentes acerca do acesso à justiça.

Complementarmente às aceções apresentadas na doutrina brasileira, para adequada compreensão do tema, também é oportuno entender como a proposta de acesso à justiça foi evoluindo até chegar na noção atual, destacando-se sua dinamicidade diante das hipossuficiências sociais que vinham sendo estabelecidas.

1.3 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, faz-se mister esclarecer que as ondas de acesso à justiça dizem respeito a três posicionamentos elementares, resultados de pesquisa referencial acerca do específico tema, denominado “Projeto Florença de acesso à justiça”, realizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que as estruturou, resumidamente, na análise dos esforços feitos por alguns países em implementar o acesso à justiça.

Em face de tais pesquisas, os referidos autores os situam historicamente, bem como narram:

Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*ênfase de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas, vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31)

Neste mote, vê-se que Cappelletti e Garth (1988, p. 31-73) classificam as fases de tratamento do acesso à justiça da seguinte forma: a) a onda da assistência judiciária; b) a onda da representação dos direitos difusos e c) a onda da defesa de uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

Conforme esta classificação, a primeira onda refere-se ao esforço em incluir as populações mais carentes quanto à possibilidade de utilizar-se das estruturas do Judiciário para ver atendidas suas pretensões em juízo. Trata-se da luta para permitir que esta parcela da população tenha acesso à informação e às funções essenciais à justiça como advocacia, defensoria pública e demais instituições essenciais à justiça.

A segunda seria referente à tutela de direitos difusos⁸. Esta fase foi importante, pois durante a primeira, foi dada ênfase para os direitos de ordem individual, tendo sido, assim, relegados ao segundo plano os direitos de natureza transindividual, até mesmo em vista dos interesses econômicos oponíveis contra este tipo de direitos. Trata-se de uma evolução do acesso à justiça para tutela de direitos coletivos ou difusos.

A última onda, por sua vez, inclui a assistência judiciária aos mais carentes e também a tutela de direitos difusos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), mas as tem como requisitos para chegar-se a uma concepção mais ampla, que se permita além disso, mudanças estruturais complexas para combater a morosidade e a adoção de instrumentos alternativos à jurisdicionalização como a utilização dos institutos da arbitragem, conciliação e mediação como formas alternativas de resolução de conflitos.

Assim, a fim de verificar o *status* da discussão, interessante que se apresente uma análise de cada uma, para melhor compreensão da abrangência dos movimentos, com destaque às suas contribuições para a questão do acesso à justiça.

a) a primeira onda:

Como já dito, a primeira onda trouxe para o debate a questão dos obstáculos encontrados pela população mais carente para obter a prestação jurisdicional, bem como para ver atendidas suas pretensões em juízo.

Na verdade, em tal movimento, verificou-se os esforços de alguns países em proporcionar o acesso dos mais pobres aos serviços jurídicos. A primeira onda foi marcada, portanto, por tentativas de estabelecer mecanismos capazes de viabilizar a assistência judiciária àqueles sem condições financeiras para a custear, mediante a disponibilização direta de serviços jurídicos para os pobres.

Acontece que tal medida se tornou ineficaz, uma vez que os advogados preferiam exercer trabalhos particulares ou, quando

⁸ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2004), os direitos difusos são interesses “metaindividuais”, que, portanto, transpassam a esfera individual, e são caracterizados pela indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade e duração efêmera. Esses direitos diferem-se dos coletivos, onde é possível determinar o grupo que compõe a coletividade.

disponibilizando-se para a assistência judiciária aos pobres, fixavam “estritos limites de habilitação”, para aquela parcela da população que escolhesse por usufruir de tal benefício (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 32).

O fato é que, felizmente, alguns países passaram a fazer reformas em seus sistemas de assistência judiciária, revisando seus programas de modo a remunerar os advogados. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) discorrem que, diante de tais reformas “Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer [...]”. Quanto a isto, cite-se, como exemplo, a reforma ocorrida na Inglaterra, mediante a criação da *Legal Aid and Advice Scheme*, esquema no qual os advogados particulares passaram a ser compensados não somente pelo aconselhamento jurídico, mas, também, pela assistência judiciária propriamente dita. Cumpre dizer que mesmo limitadas, tais ações começaram a superar o “semicaricativos programas” do *laissez-faire* (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 35 e 9).

Em síntese, pode-se afirmar que o principal intento desta primeira fase era de justamente possibilitar que os menos favorecidos tivessem acesso à justiça por meio da assistência judiciária ofertada pelo Estado, ainda, que tal sistemática apresentasse falhas a serem corrigidas posteriormente, após as reformas ocorridas.

b) a segunda onda

A segunda “onda”, traz a concepção de defesa dos interesses difusos. Segundo tal movimento, tornou-se imprescindível a transformação do papel do juiz e, ainda, conferiu-se destaque à figura do “representante da coletividade”, destinado a agir em benefício do grupo social representado. Isto porque, segundo a tradição jurídica vigente até então, o processo civil voltava-se apenas para a demanda de resolução dos problemas entre as partes, sempre relacionadas com interesses individuais (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 34-47).

Esses interesses diferenciados - os difusos - requerem um processamento específico, tanto em razão da essencialidade das causas

pleiteadas quanto pela pluralidade dos sujeitos que aguardavam a resolução da lide, considerando as falhas detectadas no sistema processual vigente.

Ademais, é nesta segunda onda que fica mais evidente a deficiência do processo judicial para a resolução dos conflitos, tornando interessante a ideia de criação de meios alternativos para solução das possíveis demandas judiciais, dando azo para a próxima fase de reivindicações sobre o acesso à justiça.

c) a terceira onda:

Finalmente, no que pertine à terceira onda de acesso à justiça passou-se a avaliar outras soluções para os problemas que continuavam existindo, ignorados pelas abordagens da primeira e da segunda onda. Para Rangel (2006, p. 108), a defesa de funções mais amplas para o Poder Judiciário passa pela ideia de uma nova função dos juízes contra as posturas demasiadamente conservadoras do poder jurisdicional. Isso significaria que aqueles encarregados da justiça acabem decidindo contra a lei quando esta for injusta, ou recorrendo-se a outras fontes normativas (como os princípios de direito). Rangel explica que com exceção dos juízes gaúchos⁹ do Brasil, não se tem tido notícia de outros magistrados que tenham “se atrevido” em bloco a afastarem-se da lei, quando esta se demonstra injusta, em suas decisões (RANGEL, 2006, p. 108). Nesta seara, observa-se a construção do direito alternativo, como mais um exemplo que bem ilustra os novos rumos que o Direito tem tomado. Ainda que este viés não constitua o foco deste trabalho, reputa-se interessante demonstrá-lo no sentido de visualizar aspectos distintivos do Direito em face das exigências sociais envolvendo acesso à justiça¹⁰.

⁹ O Movimento do Direito Alternativo teve sua gênese na Itália na década de 70 e consiste na contraposição à aplicação do positivismo exegético ao Direito, que falhava ao não acompanhar a evolução da sociedade, especialmente no que se refere ao atendimento do direito das camadas populares mais pobres. No Brasil, o Movimento tem como expoente um grupo de juízes do Rio Grande do Sul (FERRAZZO e DUARTE, 2015, P. 4). Segundo esta concepção, tem-se o uso alternativo do direito que, por sua vez, corresponde à ampliação do campo jurídico regularmente estabelecido que, através de novos componentes interpretativos, comportam novas significações ao Direito. (CARVALHO, 1998, P. 95-96)

¹⁰ Tendo em vista, no entanto, as propostas neoconstitucionalistas a serem abordadas no Capítulo 3, será evidente a prescindibilidade do Direito Alternativo para o julgador, tendo em

Apreciando preocupações desta índole, a terceira onda de acesso à justiça inclui a assistência judiciária e a tutela de direitos difusos, entretanto, tais mecanismos são utilizados como parte dos elementos relevantes para chegar-se a uma concepção mais ampla, visando obter mudanças no sentido de combater a morosidade do sistema jurisdicional.

Desse modo, é na terceira onda que se encontra a utilização dos institutos da arbitragem, conciliação e a adoção de instrumentos alternativos para resolução dos litígios, tendo-se em vista que todo indivíduo deve obter representação efetiva para defesa de seus direitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Quanto a isto, destaca-se a seguinte preleção dos já repisados expoentes:

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma 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 na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas legais 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 dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 70)

Será a terceira onda, portanto, que mais contribuirá na tarefa de encontrar soluções para o acesso à justiça em condições específicas de dificuldade para a aplicação normativa. O terceiro movimento visa essencialmente obter reforma nos mecanismos de funcionamento do sistema judiciário. Importa dizer que a implementação de tais iniciativas representariam um avanço significativo no modo de trabalho da atividade jurisdicional, pois, comumente notam-se ainda problemas para que todos acessem aos serviços judiciários, delongas injustificadas dos processos e outros obstáculos que comprometem o efetivo acesso por todos os usuários.

vista que dentro do constitucionalismo há subsídios teóricos suficientes para afastar a lei injusta e decidir com base nos princípios constitucionais.

Inobstante a existência das ondas, não se deve tratar de maneira estanque os direitos objetivados em cada uma delas. Deve-se considerá-las cumulativamente, de maneira que uma venha a complementar e fortalecer a “onda” anterior. A analogia utilizada se mostra acertada nesse sentido. Do mesmo modo que as gerações de direitos complementam-se umas as outras, sem excluir os avanços anteriores, igualmente ocorre com as “ondas” de acesso à justiça.

Para além disto, as discussões teóricas não continuaram e não devem seguir vinculadas apenas às três ondas apresentadas por Cappelletti e Garth. Sobre estas nuances Marcelo Oliveira advoga pelo esforço contínuo para que seja viável continuar pensando a questão do acesso à justiça pelo ângulo da ampliação da participação social, especialmente preocupando-se com uma investigação mais profícua dos reais entraves que ainda afligem diversos setores sociais no que se refere ao acesso à justiça e às demais decisões jurisdicionais (OLIVEIRA, 2004, p. 200).

Com efeito, vislumbra-se, ainda, a defesa de uma plausível quarta onda que vem sendo discutida, tal como elucidam Oliveira Filho *et al* (2013, p. 217):

A necessidade de uma nova abordagem, desta feita qualitativa, sobre o acesso à justiça, foi sentida pelos diversos ramos da ciência social. O tratamento multidisciplinar da problemática “acesso à justiça” produziu um relevante ganho teórico, sobretudo pela participação da filosofia e da sociologia, a ponto de se afirmar a existência de uma quarta onda renovatória: o acesso dos operadores do direito à justiça.

Deste modo, há, ainda que empreender esforços para atingir um nível mais adequado de acesso à Justiça, incluindo outras problemáticas em seu tratamento. A quarta onda contribuiria sobremaneira ao identificar os entraves existentes ao acesso à justiça pela ótica dos operadores do Direito e pelos desafios por eles enfrentados, sendo compatível com a proposta neoconstitucionalista¹¹.

¹¹ Conforme análise constante do Terceiro Capítulo. No entanto, para entendimento inicial, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como um movimento jurídico-político que visa

Neste sendeiro, o presente problema de pesquisa seria incluído no marco das ondas de acesso à Justiça. Existindo e sendo esquematizada uma “quarta onda”, erigida conforme a proposta do autor citado, seria possível reconhecer a ausência de condições estruturais para o exercício das funções relacionadas à justiça nesta análise. Isto porque os obstáculos estruturais do Estado para o atendimento às demandas da Justiça no contexto específico das áreas interioranas da Amazônia e situações análogas, apesar de adversidade grave, ainda permanece no campo de limitações experimentadas pelos operadores do Direito, sem serem incluídos nos grandes espaços de discussão sobre o acesso à justiça.

Compreende-se, portanto, analisando-se as “ondas” onde o tema se contextualiza, que é fundamental uma reforma que inclua a adoção de mais ampla concepção acerca do acesso à justiça, tal qual vislumbrado na terceira onda e complementado no advento de uma quarta, a fim de que seja realizável a efetivação do direito fundamental do cidadão de obter a tutela jurisdicional concreta. Levando em conta as preocupações expressas em cada uma das “ondas”, há que se examinar sua influência para o estágio atual deste debate, em especial, quanto ao papel exercido pelos operadores do Direito, os obstáculos por eles enfrentados e ao resgate do sentido da própria “realização da justiça”. A este respeito, oportuno citar o entendimento de Daniela Olímpio Oliveira que defende:

A evolução da abordagem desta temática reflete a evolução do próprio Estado, que sai de uma preocupação apenas estrutural de atendimento às demandas, passando pelo acolhimento das questões sociais e a coletividade, chegando à revisitação de sua finalidade e dos instrumentos dispostos ao atendimento dos resultados propostos, dialogando agora com a sociedade sobre os meios de resolução de conflitos. Os movimentos ou ondas do acesso à Justiça refletem o próprio paradigma político, que evolui do aspecto puramente liberal, passando pela ótica social e atingindo o pluralismo político e social. Com tamanhas modificações, surge uma necessidade premente de se encontrar um núcleo fundamental para a expressão “acesso à Justiça”, de forma a ser mais bem assegurado nas tratativas estatais. (OLIVEIRA, 2014, p. 28)

A preocupação com o acesso à justiça, deste modo, deve inclinar-se aos problemas estruturais dos sistemas de justiça, porém, a tal desígnio não deve isolar-se, de modo que haja espaço para uma interpretação das normas jurídicas que vise a efetiva busca pela justiça, na atividade judicante, respeitando-se questões sociais e pluralismos que exigem observância nesse processo.

Certamente, é obrigação do Estado prover meios para assegurar aos cidadãos o acesso à justiça, entretanto, tal responsabilidade deve ser cumprida zelando-se por atender ao máximo o objetivo do que vem a ser “acesso à justiça”, ou seja, este acesso deve ser real.

Assim, tendo em vista a determinação para que o Estado promova os direitos que reconhece, cabe ao ente estatal trabalhar no sentido de deixar à disposição dos cidadãos todo o aparato mínimo para garantia do direito de acesso à justiça. Ora, sabe-se que o Estado, para fazer funcionar a máquina pública da qual depende o acesso à justiça, deve instituir todos os mecanismos incumbidos a atingir uma finalidade de provisão dos direitos, sendo os instrumentos processuais vitais para lograr um acesso ótimo dos cidadãos aos sistemas de justiça.

Conforme preleciona Moreira (1984, p. 3) há uma excessiva preocupação da atividade processual para que seja cumprida a missão institucional do Direito e das estruturas do Estado, evitando que esta seja utilizada como instrumento de violação de direitos.

Desse modo, longe de ser freado pelas barreiras ideológicas ou sociais, o acesso à justiça deve ser efetivo a todos aqueles que estão sob a jurisdição do Estado, ainda que pobres ou ricos, negros ou brancos, ou diferenciados por quaisquer outras características sociais, culturais, físicas ou geográficas. As reflexões nascidas das ondas de acesso à justiça oportunizaram avanços significativos nesta forma de enxergar tal prerrogativa basilar, vislumbrando-a sob o ponto de vista da justiça e igualdade, concluindo-se que todos têm a garantia de ter seus direitos assegurados pelo Estado.

1.4 A CONCEPÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E CONSTITUCIONAL

Por todo o descrito, não restam dúvidas de que é inequívoca a constatação de que o acesso à justiça constitui um direito essencial a todo jurisdicionado. No entanto, cabe demonstrar como as normas jurídicas tem reconhecido tal direito nos campos internacional e nacional, que juntos, fornecem fundamentos para a categorização do acesso à justiça como um direito humano, fundamental e constitucional.

Para compreender tais categorias (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos constitucionais), é recomendável diferenciá-las umas das outras a fim de que seja possível discernir a importância do enquadramento do direito de acesso à justiça em cada uma delas.

Os direitos humanos, segundo Bobbio (1992, p. 17) teriam 3 tipos de definição. A primeira seria aquela que determina que são os direitos inerentes aos seres humanos pelo simples fato de serem humanos (tautológica). A segunda remete a que tais direitos não carecem de uma forma específica, porque prescindem dela para ter validade (aspecto formal). Como terceira característica, Bobbio afirma que os direitos humanos seriam “aqueles cujo reconhecimento é condição inerente ao aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização etc.” (dimensão teleológica). Segundo o autor, não é fácil definir um conceito exato de direitos humanos, mas são compreensíveis partindo de uma ideia de que são direitos naturais que cabem ao ser humano numa perspectiva tautológica (1992, p. 17-32).

Sob outro foco, Piovesan (2004, p. 57) leciona que “a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade”, salientando, portanto, o caráter universal dos direitos humanos e o seu reconhecimento no âmbito internacional.

Dallari (1998, p. 7), por sua vez, os concebe, em síntese, como uma forma abreviada de estabelecer os direitos fundamentais (no sentido basilar) da pessoa humana, reputando tais direitos como aqueles sem os quais a pessoa não pode viver.

Opta-se, portanto, por uma visão sobre os direitos humanos de que estes se bastariam a si mesmos, alheando-se de encontrar outros

fundamentos para exigir sua observância no campo político. Oscar Correias, nessa tratativa, defende que não é possível retirar dos direitos humanos sua natureza política. Para defender o distanciamento dos direitos humanos da política seria preciso sua “des-historização”, o que seria irrazoável. Não há sentido buscar fundamentos, caso se considere que os direitos humanos visam contribuir na luta por uma vida melhor (CORREAS, 2008, P. 137).

O direito de acesso à justiça, como detalhar-se-á, possui reconhecimento de importantes tratados internacionais sobre direitos humanos, influenciando de maneira positiva nas questões políticas dos Estados Nacionais. Os direitos humanos, portanto, constituem um relevante instrumento para a fundamentação do direito de acesso à justiça, de modo que o anseio por ter sua pretensão apreciada por órgão judicial, portanto, deve ser maior que os entraves estatais que, por vezes, obstam a sua realização.

Para defender tal posicionamento, compartilha-se o pensamento de Jorge Benavides Ordóñez, de que os direitos humanos devem ser vistos como continuação dos direitos naturais que, por óbvio, se fundamentam nestes e não no direito positivo (ORDÓÑEZ, 2012, p. 31).

Deste fato decorre que, ao defender o direito de acesso à justiça, numa concepção mais próxima à moral, também é imperioso defendê-la independentemente da possibilidade de aplicação *ipsi literis* das normas positivadas.

No entanto, quando é premente positivar tais direitos, além de ostentarem a característica de humanos, também são chamados “fundamentais”. Esta providência, no entanto, demonstra a ambivalência e uma certa contradição do fundamento filosófico do valor da justiça pois, ao mesmo tempo em que se reconhece a existência espontânea dos direitos naturais, prevê a sua positivação para torná-lo possível (ORDÓÑEZ, 2012, p. 35).

Exemplo deste raciocínio encontra-se em Canotilho, que conferencia que os direitos fundamentais seriam aqueles mesmos direitos consentidos como humanos, porém, “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. (CANOTILHO, 1998, p. 359). A diferença para os direitos humanos, portanto, baliza-se em que os direitos fundamentais

possuem reconhecimento numa ordem jurídica estabelecida, com limitação em sua aplicação concreta no espaço e no tempo. Ademais, enquanto direito fundamental, há que idealizá-lo em razão da previsão normativa de instrumentos para sua observância:

A revisitação ao tema “acesso à Justiça” hoje, permite considerá-lo como um direito fundamental, compreendido à luz da efetividade das técnicas processuais e das instituições. Mais especificamente como um direito social, porque é garantia e realização da justiça, vista como igualdade, dignidade humana e moral jurídica. (OLIVEIRA, 2014, p. 26)

Portanto, enquanto direito fundamental, o acesso à justiça se configura em razão de sua proteção normativa no campo do direito interno, incluindo-se as garantias processuais para que seja levado a cabo no âmbito das instituições jurídicas.

Finalmente, os direitos constitucionais, como o próprio nome pressupõe, são aqueles dispostos nas Constituições dos Estados e que por este motivo integram o rol de direitos mais importantes e, portanto, hierarquicamente superiores de um determinado Estado-Nação.

Por vezes, esses direitos igualmente podem ser denominados fundamentais, pois são garantidos institucionalmente e limitados a um tempo e espaço específicos, possuindo hierarquia superior. No Brasil, a Carta Política de 1988 determina em seu artigo 5º quais são os direitos e garantias fundamentais vigentes no Estado Brasileiro.

Examinando a breve definição trazida sobre os direitos humanos, fundamentais e constitucionais, deve-se inferir que o direito de acesso à justiça encontra-se revestido por todas essas categorias de direitos.

O acesso à justiça no Brasil é um direito assegurado constitucionalmente no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, na Carta Magna de 1988. No artigo 5º inciso LXXIV, o direito está exposto da seguinte forma “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”. Assim, nota-se que tamanha é a importância deste direito, que o Estado deve tomar para si a responsabilidade de assegurar que todos tenham acesso, independente dos custos que este acesso possa gerar.

Corroborando o mandado constitucional, foi editada a Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que prescreve as normas para a concessão de assistência judiciária aos excluídos e prevê uma série de itens a serem custeados pelo Estado caso o jurisdicionado não tenha condições de arcar com tais despesas sem seu prejuízo ou de sua família.

Apesar de boa parte das normas relativas ao acesso à justiça estarem voltadas para a assistência judiciária, é inevitável advogar no campo de discussão teórica do Direito, novos horizontes de reflexão do tema. No entanto, em face da centralidade da maioria dos debates na questão do Poder Judiciário, deve-se incluir outros âmbitos conceituais e normativos para a proposição, a fim de chegar-se à construção desejada sobre seu acesso. Nesse sentido, há que se discernir quais aportes poderiam ser utilizados pela via do direito internacional, uma vez que este possui a prerrogativa de dar amplitude geral ao tema, em instâncias acima dos poderes dos Estados.

1.5 A CONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Sabe-se que o reconhecimento de certos direitos como os humanos, os fundamentais ou constitucionais é etapa essencial na direção de sua efetivação diante de sua importância dentro do poder político dos Estados Nacionais. Porém, há um importante contexto da construção normativa que também denota a essencialidade dos direitos nele circunscritos: o âmbito normativo internacional.

Para a presente análise, reputa-se primordial demonstrar como o direito de acesso à justiça também encontra aceitação nos espaços do Direito Internacional e sob quais aspectos tem sido abordado neste contexto.

Esta preocupação advém de que, na sociedade contemporânea, percebe-se uma acentuada atividade normativa originada nos fóruns internacionais de discussão. Tão forte é esta realidade que Juan Ramón Capella (2008) chega a falar numa “crise das instituições jurídicas” diante da normatividade que tem surgido fora da esfera estatal, incluindo-se os organismos internacionais. Para o autor, isto tem acarretado certa “perda de soberania” dos Estados em favor de organismos supra-estatais: ao criar

normas discutidas fora das esferas políticas internas dos Estados, em sua estrutura de poder legitimada pelo povo, não seria respeitada a legalidade da produção normativa, uma vez que não se cumpre a sua produção no espaço legitimado pela democracia interna.

No entanto, apesar deste pensamento, não há como negar que a ingerência das deliberações internacionais tem ocasionado também pontos positivos, especialmente quanto ao reconhecimento de direitos acima do Estado, enquanto organismo dotado de poder político sobre seus cidadãos.

Ora, quando o acesso à justiça é prescrito neste âmbito, reforça-se ainda mais sua exigibilidade nos Estados e em situações concretas, independentemente se as condições materiais são acordes ou não à exigência normativa: do reconhecimento internacional do acesso à justiça, depreende-se que é necessário efetivá-la, não podendo o responsável por ela, eximir-se sob qualquer argumento.

Deste modo, no campo internacional, o direito ao acesso à justiça encontra-se previsto em cartas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo VIII: Toda pessoa 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.

Artigo IX: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

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

A Carta, como marco histórico no campo dos direitos humanos leva ao direito internacional a previsão legal no que cabe ao acesso à justiça, reafirmando o direito de todos os indivíduos de gozarem de uma efetiva prestação jurisdicional, visando resguardá-las de violações a seus direitos fundamentais e sendo assim refletida nas legislações dos países.

O primeiro artigo positiva um direito genérico à justiça pelo Estado (Poder Judiciário), quando prevê que toda pessoa tem o direito de receber do Estado a solução necessária à descontinuação de atos que violem seus

direitos fundamentais, plasmados pela Constituição de seu país ou pelas suas leis.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, portanto, oficializa na normativa internacional este direito genérico do cidadão de receber do Estado a devida resposta diante de seus direitos violados.

Os próximos artigos, também relevantes para o tratamento que se desenvolveu nesta tese, referem-se às garantias processuais que devem ser observadas em face dos acusados de violar o direito de outrem, ou de agir de forma contrária às normas jurídicas. O artigo IX e X registram, respectivamente, que ninguém pode ser preso, detido ou exilado sem o procedimento que a lei prevê, e que toda pessoa tem direito a acudir a um tribunal (Poder Judiciário) para decidir algum impasse relativo a seus direitos ou deveres.

Diante de tais previsões, mais uma vez deve ser reforçado o argumento de que o Estado não pode, em hipótese alguma, furtar-se de seu dever de proporcionar o intento pela justiça aos jurisdicionados.

Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos igualmente chancela o direito de acesso à justiça, fazendo com que esta preocupação também seja contemplada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana. Textualmente, a referida Convenção estabelece em seu artigo 8^o, 1 que:

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

A Convenção, como se vê, preocupa-se com uma concepção de acesso à justiça voltada para a atuação estatal, proclamando que toda pessoa deve ser assistida em seu direito de acessar a um juiz ou tribunal competente para garantir a observância de seus direitos e obrigações juridicamente previstos, de qualquer natureza. Apesar de haver formas não estatais de busca pela justiça, a garantia de direitos vinculados ao Estado

ajuda no não esvaziamento da instituição tendo em vista que, *a priori*, cabe ao Estado dirimir os conflitos sociais.

Assim, a Convenção reforça ainda mais o direito de acesso à justiça pelos sistemas providos pelo Estado, prevendo-o no campo do direito internacional.

A obrigação de cumprimento de direitos pelo Estado, quando assumida internacionalmente, deve sempre ser pensada como uma prioridade a ser exercida em razão da responsabilidade do ente estatal em responder pelos seus atos, e mais ainda quando violam direitos assumidos na seara internacional. Ou seja, enquanto parte de um tratado multilateral de direitos humanos, o Estado compromete-se com diversas obrigações para com os indivíduos que estão debaixo de sua jurisdição em virtude do conteúdo de mencionado acordo.

Se o Estado contrata, cria objetivamente um regime de normas de direitos humanos e torna exigível a obediência a tais normas (ANNONI, 2009, p. 32):

A responsabilidade internacional do Estado é, em regra, apresentada como sendo uma obrigação internacional de reparação em face da violação de norma internacional prévia. É o descumprimento da norma (acordo, tratado, convenção) internacional previamente pactuada, que gera o dever de reparar o dano causado. (ANNONI, 2009, p. 35)

Deste modo, cabe ao Estado assegurar todos os meios para que o acesso à justiça seja provido, tanto em razão da função estatal precípua de promoção da paz social que lhe é correlato, como também, pela assunção deste compromisso no campo internacional.

No caso de não cumprimento de referidos direitos, restará ao prejudicado, perscrutar os meios de responsabilização do Estado, seja para obrigá-lo a cumprir com o direito pleiteado ou para pretender uma indenização legitimamente devida diante da violação.

Destarte, tendo em vista a essencialidade do direito de acesso à justiça como condição fundamental para a existência humana enquanto sociedade, não resta outro caminho a não ser refletir sobre os reais desafios que ainda devem ser superados para torná-lo efetivo.

É axiomático que muitos estudos já destacam aspectos a serem seguidos para a garantia do direito de acesso à justiça como fundamental para se disponibilizar outros. No entanto, o objetivo será dilucidar de que maneira a falta de estrutura estatal em certos rincões do interior do Brasil, mais precisamente da Amazônia, ainda tem sido um sério obstáculo para que populações em condições específicas extremas logrem a cobertura dos sistemas de justiça para resolução de seus conflitos.

Diante deste desafio, há que se inserir algumas possibilidades para sua superação.

2 CONDIÇÕES ADVERSAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Ainda que a Justiça seja um valor reconhecidamente subjetivo, sua análise se faz caso a caso. Parte-se, portanto, do problema de sua efetivação pela via das instituições estatais e das condições adversas a elas inerentes, muito embora, não se pretenda excluir as eventuais contribuições que venham de fora da esfera pública.

Conforme já explanado, muito se pensa a respeito dos problemas apresentados pelo Poder Judiciário nesse enfoque. Além da demora na prestação jurisdicional, carência de recursos financeiros e de serviços para os jurisdicionados, grandes acervos de processos e inefetividade da estrutura para garantir celeridade processual, forçoso acrescentar, ainda, uma outra classe de impedimentos que é a oriunda da falta de estrutura mínima disponível de funções essenciais à justiça.

Quando inexistente estrutura, seguir todas as determinações processuais torna-se um desafio a ser respondido pelo Estado de Direito e pelas instituições democráticas.

É certo que o ideal em termos de acesso à justiça seria que todas as condições para sua realização fossem oferecidas por aqueles que exercem esta competência. No entanto, o desejo por um sistema de justiça funcional não tem sido suficiente para rechaçar o fato de que problemas estruturais ainda são uma realidade, demandando a institucionalização de alternativas para problemas que aparentemente não possuem solução.

Com o objetivo de perseguir respostas a essas contingências, incumbe tratar as dificuldades do acesso à justiça relacionadas à ausência de estrutura suficiente que lhes são devidas. Para tanto, será útil verificar qual a estrutura prevista pelo sistema normativo pátrio para o acesso à justiça e em seguida demonstrar como faticamente aquela está indisponível nas comarcas amazonenses.

Diante desta celeuma, então, primordial encontrar alternativas capazes de abarcar a complexidade das relações sociais e efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça.

2.1 ESTRUTURA FUNDAMENTAL À ATIVIDADE JURISDICIONAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É a Constituição Brasileira quem determina a estrutura, organização, princípios gerais e competências para magistrados e tribunais, descrevendo-os em 35 artigos (do artigo 92 ao 126), em capítulo destinado ao “Poder Judiciário”.

Desta forma, está na Constituição à disposição dos diversos tribunais brasileiros que deverão ter sua atividade judicante submetida à legislação processual, que, de acordo com o artigo 22, I da CF/88 é de competência da União, não havendo possibilidade de que os municípios ou estados interfiram nesta questão. No entanto, apesar desta determinação, a organização interna dos Tribunais é estabelecida por meio de regimentos internos destes, consoante ao que prevê o art. 96, I, “a”, da Constituição.

Não obstante, a organização e divisão judiciária dos Estados são disciplinadas em leis estaduais por Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, podendo ser criada, ainda, uma Justiça Militar (AVRITZER *et al*, 2010, p. 18).

Para garantir a realização da Justiça no território brasileiro, também foram plasmadas na Constituição de 1988 as funções essenciais à Justiça, constantes do Título IV da Carta Magna, que trata da Organização dos Poderes. Estes poderes estariam divididos em quatro grupos, sendo os três primeiros o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O quarto conjunto, de que trata o Capítulo IV, de acordo com Moreira Neto (1991, p. 30), não se refere especificamente a um poder tal como os demais, mas de um conjunto de instituições que se revestem de igual relevância e dignidade atribuída aos demais, devido ao lugar essencial que ocupa na máquina do Estado. Para o autor, incumbe consignar a mesma independência e harmonia, expressas no Artigo 2º no que couber (MOREIRA NETO, 1991, p. 31).

No que tange à justiça estritamente, tem-se como estrutura principal no aparelho público o que a Constituição Federal denominou como “funções essenciais à justiça” que são formadas pelo Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública.

Segundo o artigo 127 da Constituição, ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, além dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Pela Carta, o Ministério Público é uma instituição autônoma, não subordinada a nenhum dos outros poderes, até mesmo por levar-se em consideração sua alocação num quarto conjunto dos “grupos de poderes” então atribuídos.

A Advocacia Pública, por sua vez, representa a União e os Estados na defesa de seus interesses. De acordo com os artigos 131 e 132 da Carta Magna, este ofício é exercido pela Advocacia Geral da União e Procuradorias dos Estados e Distrito Federal.

A outra categoria trazida pela Constituição (artigo 133) é a Advocacia Privada, igualmente essencial à Justiça, tendo em vista que é através dela que os indivíduos propõem suas demandas para apreciação do Poder Judiciário.

Por fim, nos artigos 134 e 135, tem-se a Defensoria Pública, destinada à “orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (BRASIL, 1988).

Assim disposto, seguindo as determinações da Constituição Federal Brasileira, as funções apresentadas no Título IV precisam ser pontualmente observadas na atividade judicante, havendo-se a obrigatoriedade de que os jurisdicionados tenham acesso garantido a tais instituições com o fim de que possam pleitear suas demandas diante do Judiciário.

Em síntese, este é o conjunto de instituições denominado na Constituição Federal como “Funções essenciais à Justiça”. Não obstante, note-se que, com o termo “justiça”, a estas funções não se permite interpretá-las de modo a contemplar apenas o Poder Judiciário. Cabe inserir este termo a todos os âmbitos da vida pública nos quais a “Justiça” possa ser proporcionada aos cidadãos:

Essa essencialidade à Justiça, ressalte-se, não se deve entender que seja referente apenas à ação do Poder Judiciário, ou seja, à “Justiça” no estrito sentido orgânico, mas, na verdade, estendida à ação de todos os poderes do Estado, enquanto digam respeito à legalidade e à legitimidade. Está entendida a “Justiça”, portanto, no seu

sentido mais amplo, como a finalidade última do Estado Democrático de Direito, sem nenhum qualificativo parcializante que pudesse restringir o âmbito de atuação da advocacia geral dos interesses constitucionalmente garantidos.

A essencialidade deve entender-se, assim, como dirigida à totalidade das instituições que atuam no Estado, tanto as propriamente estatais quanto às de vigência na sociedade. [grifos do autor] (MOREIRA NETO, 1991, p. 31)

É por este motivo, que salientar-se-á neste trabalho os chamados Sistemas de Justiça, ao invés de apenas eleger o Poder Judiciário como instituição máxima da realização do “justo”. Por sistema de justiça compreende-se como o conjunto de instituições que vão além do Poder Judiciário:

o sistema de justiça é mais amplo do que o Poder Judiciário. A rigor, o juiz é apenas uma peça de um todo maior. O sistema de justiça envolve diferentes agentes: o advogado, pago ou dativo; o delegado de polícia; funcionários de cartório; o promotor público e, por fim, o juiz. (...) Esse complexo sistema judicial é bastante desconhecido da população. O público, em geral, desconhece não apenas o seu funcionamento como também é incapaz de distinguir os papéis e as funções de cada um de seus agentes. Pode-se afirmar que o grau de desconhecimento é universal, não havendo correlação positiva entre escolaridade e conhecimento. Ou seja, mesmo pessoas com grau universitário não possuem conhecimentos mínimos sobre o sistema de justiça e seus diferentes operadores. Não é raro que ignorem a existência de dois agentes inteiramente distintos como o são o juiz e o promotor. O delegado de polícia sequer é visto como pertencente ao sistema de justiça. (SADEK, p. 9-11)

Ao se reflexionar sobre o cidadão que aciona a justiça com suas mais variadas pretensões, imprescindível saber que esta percorre caminhos muito além do sistema judiciário e sua concretude ultrapassa a figura do juiz. Apesar do presente trabalho indicar as opções postas à disposição do magistrado para o exercício de suas funções em situações especialmente problemáticas, não há que se perder de vista que outros cenários também impõe-se inclusão no rastreio por soluções para o acesso à justiça.

Ao se escolher uma abordagem mais abrangente acerca dos sistemas de justiça, inserem-se ainda outras instâncias, entre elas os mecanismos

alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) além de formas comunitárias de lidar com a justiça.

No entanto, como parte do problema que se coloca, existe o fato de que em muitas regiões do país não há o acesso à totalidade dessas instituições, de modo que se postula por saídas que visem suprir as carências existentes, sem que se percam as raízes do Estado de Direito, entre as quais as que retratam a obediência aos enunciados constitucionais.

2.2 ALGUMAS DIFICULDADES PARA O ACESSO À JUSTIÇA LEVANTADAS PELA DOUTRINA

Segundo José Eduardo Faria (2004, p. 104), a ineficiência do sistema de justiça brasileiro remete à sua origem no Brasil Colonial, quando as instituições foram implantadas segundo os moldes portugueses composto de prazos, instâncias e recursos e outros elementos que tornaram o Judiciário um sistema de procedimentos escritos profundamente burocratizados.

Tal sistema, no entanto, foi concebido para uma sociedade relativamente estável, como a portuguesa, que contava com padrões equitativos de renda e um sistema legal de normas padronizadas e unívocas.

Assim, resta concluir que um sistema imaginado para uma sociedade com tais características não teria condições de ser aplicado sobre a complexa realidade do Brasil Colonial, que não contava com esta homogeneidade. Pelo contrário, o Brasil era um misto de povos indígenas, negros, portugueses e espanhóis, que originaram uma população extremamente miscigenada.

Da persistência em modelos político-sociais externos decorre, inclusive, a observação a respeito de uma colonialidade inerente às instituições jurídicas, processo que vem sendo estudado com vistas a explicar os problemas relacionados à falta de adequação das instituições públicas no geral diante da realidade dos países latino-americanos.

Rachel Sieder (2010, P. 4), nesse ínterim, descreve como colonialismo legal a imposição de ideais e modelos políticos de matriz europeia em face dos países colonizados, que absorvem esta racionalidade em razão das exigências do desenvolvimento capitalista surgidas a partir do Século XIX.

Para Romina Lerussi (2013, p. 5), a colonialidade do direito se conforma a partir de três elementos: a condição discursiva e política do direito, a episteme conceitual que fundamenta o direito nas relações de poder e de saber, além dos legados coloniais que continuam funcionando nas estruturas atuais do Estado.

A condição discursiva refere-se a toda a argumentação utilizada pela racionalidade colonial na implementação das instituições na América Latina em geral e no Brasil, especificamente. Tal condição das instituições pré-coloniais foram desprezadas e reduzidas apenas a categorias do tipo “modo de vida” ou “costumes” e que, por este motivo não poderiam coexistir diante das instituições formais europeias, numa postura de extremo etnocentrismo e postura de superioridade diante do “outro”.

A sensação gerada pela inferiorização histórica dos povos persiste até os dias atuais sob a égide da “colonialidade do saber”, explicada por Aníbal Quijano (2005, p. 9) como a elaboração intelectual da modernidade pela perspectiva de conhecimento e de construção a partir de uma matriz mundial de poder (o poder europeu). Originado deste conceito que decorrem as outras diversas formas de colonialidade, às quais Quijano denomina como eurocentrismo, que foi construído de maneira relacionada à secularização burguesa do pensamento europeu e às necessidades do capitalismo colonial/moderno imposto a partir da exploração das Américas (QUIJANO, 2005, p. 9).

Consoante ao raciocínio de Danielle Annoni (2009, p. 173) o modelo de Estado Liberal utilizado como estandarte político nos países nos Séculos XVIII e XIX fazia refletir os ideais do *laissez-faire* no acesso à justiça, pois, segundo a autora, só se podia enfrentar os custos e delongas de um processo judicial quem dispunha de meios econômicos para tanto. Estas características foram transferidas como herança colonial aos esquemas de justiça, que persistiram até mesmo quando os Estados se tornaram independentes politicamente, porém, importando os modelos pensados no contexto europeu e historicamente impostos aos colonizados.

Por fim, os legados coloniais aludem à herança que a racionalidade moderna deixou em todos os âmbitos da sociedade. Esta herança, de acordo com o pensamento de Alexander e Mohanty (2004, p. 150), permite identificar

as continuidades e discontinuidades entre as práticas contemporâneas e aquelas herdadas das velhas formações estatais.

Assim, a preocupação em refletir sobre estes processos advém da necessidade de verificar-se até que ponto a formação das estruturas da justiça atendem à realidade para a qual foram postas ou atendem a interesses diversos da sua finalidade precípua. A questão da colonialidade do Direito contribui para a controvérsia sobre a eficiência dos sistemas de justiça diante da realidade social que se lardeia como desafio para os aplicadores do Direito, cabendo concluir que a formação do Judiciário, com raízes herdeiras da colonialidade, precisa urgentemente ser revista.

Se os desafios são grandes em todo o país, em regiões específicas como a Amazônia eles agigantam-se, a ponto de comprometer o direito fundamental do acesso à justiça.

Deste modo, reformas na racionalidade aplicada no campo jurisdicional, podem em muito contribuir para modificar o quadro de entraves observados em decorrência do formato institucional excessivamente burocrático das etapas elementares à justiça. Alguns deles são demonstrados pelas abordagens que tradicionalmente se desenvolvem na identificação dos entraves ao acesso à justiça.

Apesar de serem apontadas diversas causas para as dificuldades que permeiam o acesso à justiça, mantem-se a análise naqueles obstáculos que estão diretamente relacionados ao problema deste trabalho, ou seja, as dificuldades de acesso à justiça em regiões desprovidas do aparelhamento estatal mínimo ao pleno oferecimento das funções essenciais à Justiça.

Entre as adversidades a serem enfrentadas e que retratam diretamente no contexto pretendido são elas: descrédito nas instituições judiciárias, carência de recursos econômicos, dificuldade diante dos atos processuais em razão do excesso formal, não disponibilidade das instituições judiciais, etc.

A primeira dificuldade a ser perquirida relaciona-se à descrença geral que certos segmentos sociais nutrem de que o Judiciário deve ser evitado a todo custo em razão dos embaraços de acesso, ineficácia, custos e demora processual. Como aduz Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 168):

Para os pobres, a justiça é mais barreira intransponível que uma porta aberta. As manifestações de desalento e descrença quando uma ofensa ao direito é constatada são muitas vezes mais numerosas que as palavras ou gestos de confiança, ou, ao menos, respeito pelo aparelho judicial-policial.

Em razão dos distintos obstáculos impostos para o acesso à justiça, as camadas sociais mais desguarnecidas de recursos são desestimuladas a socorrer-se das vias estatais de solução de conflitos. Este desânimo, no entanto, não se refere apenas aos custos econômicos, mas também ao desgaste emocional que afasta o cidadão da prestação jurisdicional (SANTOS, 2003, p. 168).

Muito desta descrença leva aos cidadãos a desistirem dos direitos que lhes assistem ou mesmo a criar vias não estatais de resolução de conflitos, que em certos casos podem ser benéficas¹². Porém, quando o anseio por justiça transpassa os limites estabelecidos pelo Estado de Direito, a via não estatal pode apresentar graves problemas:

O cidadão, não crendo na Justiça, afasta-se do sistema oficial, somando-se a milhares de pessoas que não mais procuram o Judiciário, sem falar em outro número infindável de cidadãos, distante das organizações judiciais, agindo com outro sistema totalmente informal e descomprometido da realidade estatal, concebendo seus próprios caminhos e sua própria forma de resolver seus problemas. O Estado organizado deve voltar a atenção para estas situações, não só visando a uma prestação jurisdicional eficiente e rápida, mas ensejando à sociedade, em todos os campos, oportunidades para a solução dos conflitos. Justiça efetiva significa o direito fundamental à cidadania. (TORRES, 2005, p. 30-31)

A preocupação do autor, ora apresentada, reporta-se, mormente, à situação de injustiça que a falta de acesso gera para as populações por ela afetadas. Se sobre o território brasileiro há uma jurisdição de poder político que inclui o funcionamento de uma estrutura judiciária para a resolução de

¹² Outras vias de resolução de conflitos – pluralismo jurídico. Consoante ao pensamento de Antonio Carlos Wolkmer, toda a tradição legislativa e de aplicação da justiça é formalmente dominada pelo Estado. O pluralismo jurídico consiste na doutrina que possibilita a utilização de outras formas de resolução de conflitos por procedimentos societários não-estatais utilizando convenções de padrões normativos de conduta articulados informalmente ou por segmentos individuais ou coletivos. (WOLKMER, 2001, p. 286)

conflitos que é financiada por todos os cidadãos, indistintamente, reconhece-se então que o direito de utilizar desta estrutura é destinado obrigatoriamente a todos, sem diferenças. Como desafio ao Estado, portanto, indispensável uma reforma estrutural das instituições de Justiça, de outro jeito a incredulidade dos cidadãos que batem às portas da justiça será insidiosamente duradoura.

Diante deste quadro, a consciência social no Brasil tem evoluído, de modo que, atualmente, existam muito mais cobranças da opinião pública para que os tribunais assegurem o acesso à justiça, atendendo, assim as demandas da comunidade de forma mais célere, equânime e justa para todos.

A saída, neste íterim, para consecução deste anseio residiria na adoção de políticas de modernização dos procedimentos operacionais e processuais que servissem aos sistemas de justiça (MATTOS, 2011, p. 80). Insistindo neste desafio, portanto, é que urge atualizar a legislação processual com o fito de solver o maior número possível de entraves ao acesso à justiça, garantido-o como direito fundamental que efetivamente representa.

Sem embargo, o Novo Código de Processo Civil trouxe inovações que estão ainda aquém de resolver problemas tão latentes como a falta de estrutura dos sistemas de justiça, além da inadequação normativa às características do usuário do serviço jurisdicional em áreas de isolamento.

Outra classe importante de rogativos a serem superados atine à carência de recursos econômicos. Malgrado este tema haver sido trabalhado por Cappelletti e Garth (1988), inimaginável afirmar que a pobreza foi erradicada no mundo. Em países em desenvolvimento como o Brasil, ainda se encontra uma número significativo de hipossuficientes, além das condições de miserabilidade enfrentadas por uma significativa parcela desta (MATTOS, 2011, p. 76).

Evidente que as condições econômicas são escassas para a existência digna e de sobrevivência dos cidadãos, menos ainda darão conta de arcar com as despesas processuais: como honorários de advogados, custas do processo, perícias, ônus de sucumbência e etc. Há outras situações, ainda, em que o valor da causa é muito inferior ao custo que se

teria na satisfação de um direito, tornando inútil a propositura da ação (SANTOS, 2003, p. 168).

Isto, de acordo com Mattos (2011, p. 80), favorece à descrença geral da sociedade e, ainda mais, quando a esta causalidade se aliam exemplos como:

Carência de recursos materiais e humanos por parte do judiciário; ausência de autonomia com relação aos demais poderes no âmbito do Estado, sua localização apenas nos grandes centros urbanos¹³, o corporativismo de seus membros e a inexistência de mecanismos de controle externo por parte da sociedade; falta de preparo dos profissionais do direito; respostas insuficientes como fatores complicadores à concretização do acesso à justiça.

Portanto, esta conjuntura envolve muito mais do que o simples apelo por recursos financeiros. Trata-se, sobretudo, de carência estrutural em todos os sentidos, incluindo a indisponibilidade de informação acessível aos jurisdicionados, falta de planejamento e de dinamização do funcionamento da justiça.

Inobstante aos movimentos vinculados à advocacia popular, a pressão para instalação de centros jurídicos nos municípios, a precariedade das Defensorias Públicas na Amazônia, os poucos recursos econômicos ainda são embaraços para o acesso à justiça por parte de populações desassistidas, especialmente aquelas localizadas em espaços com estrutura estatal inexistente, como no interior de estados brasileiros, longe dos grandes centros urbanos.

Destarte, de tantos percalços à efetividade da justiça no Brasil, o elenco de Fernando Mattos é preciso (2011, p. 89):

a) carência de recursos econômicos; b) “chicanas” processuais; c) descrença da sociedade no judiciário; d) capacidade jurídica pessoal; e) condições da ação; f) julgamento antecipado da lide; g) conscientização em relação aos direitos difusos e coletivos e h) aspectos simbólicos, psicológicos e ideológicos atrelados à noção de justiça e do poder judiciário.

¹³ Este aspecto mostra-se de suma importância para a pesquisa, tendo-se em vista que trata do problema das longas distâncias e da concentração de serviços relacionados à Justiça apenas para localidades específicas, tornando problemática a sua disponibilização em zonas menos assistidas.

Nesta relação, enumeram-se os mais diversos tipos de entraves, pertencentes a distintas esferas de soluções possíveis. Embora, exista ainda, outros fatores não contemplados pela doutrina, mas que por sua relevância no cotidiano de milhares de pessoas, necessitam de investigação pelos pesquisadores do Direito.

Neste compasso, desenvolver-se-á uma teorização a respeito das principais dificuldades encontradas pelo magistrado em comarcas de pouca estrutura, distantes das capitais ou sedes de municípios mais equipadas, que são diversos, entre os quais:

- a) Ausência de advogados para serem constituídos pelas partes;
- b) O desconhecimento das partes acerca de seus direitos e obrigações, bem como do arcabouço jurídico mínimo para levá-los ao exercício correlato;
- c) A ausência de direitos de cidadania básicos como um simples registro de nascimento ou Registro Geral;
- d) Desconhecimento linguístico no caso de povos indígenas e outros tipos de populações tradicionais, dificultando a comunicação;
- e) Inexistência de corpo técnico multidisciplinar para dirimir alguns tipos de conflitos, como por exemplo: engenheiros, médicos legistas, peritos elétricos, peritos de trânsito, peritos ambientais, assistentes sociais, além de topógrafos, geógrafos ou cartógrafos necessários a solução de conflitos de natureza agrária ou fundiária pela via de georreferenciamento;
- f) Precariedade de funcionamento do Ministério Público pela frequente inexistência de promotor de justiça nessas localidades;
- g) Quando há representação do Ministério Público, no geral, os Termos de Ajustamento de Conduta, Acordos de Penas Alternativas e outras transações não guardam pertinência temática com a infração criminal correlata;
- h) Precariedade da máquina cartorária judicial e extrajudicial;
- i) Indisponibilidade de internet para movimentar os processos (que são virtualizados parcialmente em seu acervo), seja pelos advogados, seja por parte dos magistrados. Este é um problema

complexo, pois o Conselho Nacional de Justiça exige o peticionamento eletrônico.

- j) Ausência da representatividade da advocacia pública, privada e de estagiários;
- k) Inexistência de universidades e filiais com núcleos jurídicos para atendimento gratuito da população carente;
- l) Rebaixamento de comarcas para termos judiciários;
- m) Longas distâncias para comunicação dos atos;
- n) Ausência de transportes fluviais para cumprimento de mandados;
- o) Falta de treinamento e qualificação dos servidores da Justiça;
- p) Recursos insuficientes para manutenção dos imóveis públicos do sistema de justiça;
- q) Dependência logística e de servidores oriundos das prefeituras municipais, comprometendo a independência constitucional da magistratura.

Apesar de graves, este compêndio de atrasos é deixado de lado na horizontalização da prática legislativa, sendo que a saída para esse elenco caótico inevitavelmente só virá na linha vertical de quem se encontra lidando com tais vicissitudes.

Em que pese isto, um ponto em comum se obriga replicar para minorar o distanciamento do cidadão dos instrumentos judiciários úteis para o direito à jurisdição.

A temática do formalismo excessivo é um dos motivos do descrédito no Judiciário e traduz-se no conjunto de práticas forenses aportadas numa estrutura processual excessivamente burocrática e detalhista, onde não há previsão de situações atípicas, como aquelas citadas anteriormente. Neste caso, será urgente prever formas processuais complementares que incluam preceitos de ordem constitucionais, uma vez que o legislador não tem como projetar todas as potencialidades eventuais que obstaculizam o direito judicial de pretensão do usuário interiorano.¹⁴.

¹⁴ As propostas de ativismo procedimental, que poderiam ser pensados a partir da teoria neoconstitucionalista, serão tratadas com a profundidade devida no quarto capítulo desta tese e comporão um dos eixos centrais da hipótese aqui desenvolvida.

Uma forma de ultrapassar este entrave reside na preparação dos operadores do Direito para que aprendam a utilizar-se da lei e dos princípios constitucionais para superar o formalismo excessivo que, em determinadas circunstâncias, impede o jurisdicionado de ter seu direito atendido. Fernando Mattos (2011, p. 82) bem ilustra este fato ao constatar que uma parte do entrave consiste na má formação educacional dos operadores. No escólio do professor:

A comum simplificação que identifica o fenômeno jurídico desconhece as extensões axiológicas e sociais dos seus acontecimentos. A primazia do formalismo normativo que reduz o direito à norma – comumente utilizada por parte significativa dos operadores jurídicos - estimula a crença de que o Direito vem a ser uma entidade autônoma, independente de fatores sociais, históricos e/ou teleológicos. Dentro deste formalismo, não raro, observa-se a aplicação da lei dissociada de aspectos éticos e, às vezes, sem a necessária adequação com a real identidade do direito. Assim, a identificação do direito positivo como justiça e a recusa em avaliar este mesmo direito com base em critérios de justiça, éticos, político-econômicos e sociais, afetam significativamente a produção de uma ordem jurídica justa.

O que o autor traz à baila é justamente o papel que os próprios operadores do direito podem exercer na efetivação da justiça. É dizer que nem sempre todos elementos essenciais ao cumprimento dos requisitos formais do processo estarão desimpedidos para uso por parte dos operadores do direito.

Diante dessa panorâmica, portanto, os profissionais devem ser habilitados a colimar, dentro do ordenamento jurídico, outros meios que facilitem a solução das demandas a ele submetidas.

Cumprir citar como exemplo de formalismo excessivo, o argumento de que a inobservância das condições da ação constitui impedimento ao julgamento do mérito da causa. Este problema é aduzido por Fernando Mattos, que qualifica esta convenção jurídica como uma nova barreira para o acesso à justiça. O autor, inclusive, assinala que a exigência de determinadas condições para que o julgamento do mérito seja possível se corporifica em anteparo legal de negação do acesso à justiça, pois reputa que as exigências contradizem-se com o preceito constitucional contido no

artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual a lei não poderá deixar de submeter à apreciação do judiciário qualquer espécie de ameaça ou lesão a direito (MATTOS, 2011, p. 118).

Obviamente, o formalismo é importante para o Estado de Direito, sem o qual é difícil manter a segurança jurídica. Porém, o seu lado negativo se apresenta quando se pensa que o seu excesso faz com que prevaleça a visão de que o processo é “um conjunto de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuta em detrimento da mais incauta” (LOURENÇO, P. 12), o que, definitivamente, afeta gravemente a população mais carente ou desprovida de maior informação. No caso de populações que não contam com certas instituições jurídicas o cenário só tende a piorar.

O formalismo causa um grande mal e se faz presente, muitas vezes, quando são exigidas providências como, por exemplo, o reconhecimento de firma em alguns documentos mesmo quando há previsão legal da dispensa de tal exigência, concorrendo para desanimar e afastar o cidadão da Justiça. Causas como essas se constituem em barreiras a dificultar e, às vezes, até mesmo impedir o rápido andamento do processo. (TORRES, 2005, p. 31)

Se, em populações em que o direito postulatório é acessível absolutamente com o auxílio da advocacia popular ou uma Defensoria Pública, existe, todavia, a dificuldade do jurisdicionado em entender a lógica processual. Este desconhecimento do direito é mais significativo quando se refere à populações residentes em áreas mais distantes das capitais ou grandes centros urbanos¹⁵.

Ainda que transpostas as impossibilidades do cidadão de facilmente demandarem no Judiciário, ainda persiste a grave questão da morosidade processual na justiça brasileira.

Danielle Annoni caracteriza a lentidão na prestação jurisdicional equivalente a “retardo, delonga, dilação, procrastinação na resposta do Poder Judiciário à petição do indivíduo”, mas alerta que falar de demora na prestação jurisdicional não é tão simples. Seu diagnóstico advém de uma série de etapas que vão desde a complexidade do mérito, número de partes

¹⁵ Os detalhes a respeito das deficiências de estrutura estatal nos municípios do interior do Brasil serão demonstrados em item próprio desta pesquisa.

e pólos processuais, provas a serem colhidas e tantas outras que extrapolam prazos legais e informais irrazoáveis para a lide (ANNONI, 2009, P. 123).

Além do mais, esta espera, segundo a autora, constitui a principal mazela da administração da Justiça nos estados modernos (ANNONI, 2009, p. 129). O incômodo desta afirmação igualmente encontra reflexos no estudo ora proposto, uma vez que a tardança em circunstâncias usuais, aliadas à inexequibilidade de efetuar todos os pormenores legalmente impostos constituem matizes centrais ao que se almeja aclarar.

Em notícia de 01/10/2014, o Conselho Nacional de Justiça divulgou que quase metade das denúncias recebidas pela Ouvidoria do órgão referiam-se à morosidade processual no Poder Judiciário. Conforme levantamento feito pela entidade, proporcionalmente, as maiores concentrações de queixas desta natureza estão localizadas no Pará (73%) e Acre (70%), ambos estados localizados na região amazônica (CNJ, 2014).

Esta estatística sempre foi amplamente conhecida pela sociedade brasileira, tanto que foi objeto da Emenda Constitucional n. 45/2004, ao adicionar ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII, que determina 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” (BRASIL, 2004).

Múltiplos os estudos que debatem as causas da morosidade processual. Quando se indaga sobre o tema, comum que se associe ao volume exorbitante de trabalho que sobrecarrega os magistrados. No dizer de Annoni, ainda que não se possa exigir do magistrado que este cumpra uma carga de trabalho insuportável, obriga-se ao poder público, investimentos para a garantia da atividade jurisdicional em sua normalidade (ANNONI, 2009, p. 127).

Esta situação, no entanto, revela certos contrassensos que precisam ser discutidos no campo do acesso à justiça. O último relatório do Conselho Nacional de Justiça “Justiça em Números” revelou que no ano de 2014 as despesas totais do Poder Judiciário foram da ordem de R\$68,4 bilhões, sendo que as despesas com pessoal ocupam entre 83,8% a 93,5% (CNJ, 2015, p. 29). Ou seja, ainda que parte expressiva dos recursos sejam destinados a suprir as despesas de pessoal, isto não tem sido suficiente para

resolver o problema do acesso à justiça, em face da complexidade da questão envolver outros fatores.

De acordo com Cruz e Tucci, os obstáculos à consumação do acesso à justiça célere se categorizam em três grupos: fatores institucionais; fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material. Ao se esmiuçar estes pontos, os autores avaliam que nas questões institucionais, pesa a ideologia conservadora, mesquinha e personalista arraigada no Judiciário. Quanto aos fatores técnicos, os autores coincidem em que o desprestígio das sentenças de primeiro grau e o alto nível de recorribilidade das decisões também contribuem em grande medida para a situação atual de congestionamento processual hodierno. Já no que resvala à insuficiência material, optou-se por recordar que a precariedade das instalações do Judiciário (agregando-se os demais entes que integram o sistema de justiça), as condições de trabalho dos operadores concorrem largamente para a constituição do penoso quadro de morosidade processual no Brasil (CRUZ e TUCCI, 1997, p. 100-104).

Ora, mesmo em vista da chegada de avanços no que se denota neste campo, sendo muitas as ações esboçadas nesse caminho, admissível que este revés, apesar de atenuado, exige maior atenção para inadiáveis melhorias. Neste talante encaixa-se a máxima de Rui Barbosa:

Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. (BARBOSA, 1947, p. 70-71)

Pouco adianta, portanto, que se disponibilize ao cidadão o ato de ingressar em juízo para aproximar sua demanda ao julgamento esperado, se o direito somente será assegurado ou resguardado tardiamente, quando for inservível sua tutela.

A morosidade dos atos processuais é relatada por Torres como um índice que agrava a crise já existente no próprio Direito. Especialmente motivada pelo grande volume de ações propostas e número excessivo de recursos existentes, mesmo com a inédita mas tímida alteração do Novo

Código de Processo Civil, queda-se esta em condicionantes paliativas, destoando com a realidade descrita nesta tese.

Para o autor, o número é tão alto a ponto de que os julgadores disponíveis passam a ser insuficientes diante da demanda das partes interessadas (TORRES, 2005, p. 33). Contraditoriamente, isto ocorre em virtude da melhoria do acesso à justiça já conquistada nas “ondas” referidas por Cappelletti e Garth (1988), através das quais muitos daqueles que não tinham acesso ao Judiciário puderam doravante apresentar suas demandas em juízo.

Destarte, independente dos tipos de obstáculos à progressão da justiça que venham a surgir, fundamental sempre sua identificação (a evolução social sempre traz novos desafios a serem superados) e tratamento adequado pela ciência do Direito. De outra sorte, há que se concordar com Mattos, quando expende que:

em rigor, somente com uma séria e profunda transformação do inter-relacionamento do tripé Estado, direito e sociedade civil é que será possível obter um amplo e irrestrito acesso à justiça nos termos em que o propõe a Constituição Federal de 1988. (MATTOS, 2011, p. 121)

Consoante o sentir do autor, a transformação profícua do acesso à justiça, portanto, passa pela identificação, estudo e aprofundamento dos obstáculos, bem como da criação de meios processuais em que a participação estreita dos operadores do direito e dos jurisdicionados se façam presentes, objetivando cautelar direito tão preambular.

No conjunto dos infortúnios que se multiplicam, cabe como etapa seguinte a concentração naqueles relativos à estrutura dos serviços essenciais à justiça, em especial, às deficiências que acarretam um danoso cerceamento do acesso à justiça, sem que se preveja legalmente o que fazer no caso de sua ocorrência.

2.3 A DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DE SERVIÇOS ESSENCIAIS À JUSTIÇA NO BRASIL E O CASO DA REGIÃO AMAZÔNICA

Além dos obstáculos das mais diversas ordens para que o acesso à justiça seja consentido aos seus usuários, um deles em especial merece destaque em razão do pouco tratamento que lhe é destinado na doutrina atual: a incompatibilidade existente entre os requisitos processuais legais e a estrutura estatal alcançável para atender tais exigências. É justamente diante desta incongruência que as funções essenciais à justiça encontram grande dificuldade de trabalho forense nas comarcas interioranas, onde não raramente são escassas as estruturas estatais de advocacia privada, popular, Defensoria Pública e Ministério Público: “A ineficiência do “sistema de Justiça” no exercício dessas funções deflui, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar” (FARIA, 2004, p. 104.).

Contextualmente, porquanto, infere-se que o Poder Judiciário não se encontra organizado nem estruturado de maneira homogênea no território brasileiro, ocasionando, por este motivo, a exclusão de atores e demandas, conforme estudo de Avritzer *et al* (2010), que desenvolveu uma cartografia da justiça no Brasil¹⁶ com o desiderato de se verificar as inclusões e alcances estruturais que se apresentam nos sistemas de justiça brasileiros.

O estudo esclarece que o território de cada Estado, no que concerne a administração da justiça comum é dividido em comarcas, nas quais se utilizam dos principais serviços jurisdicionais. No entanto, as comarcas não estão instaladas em todos os municípios, havendo, portanto, uma série de municípios que não dispõem desse aparelhamento judiciário (AVRITZER *et al*, 2010, p. 19). Apesar de o alcance da pesquisa ser limitado devido a que apenas foram analisados cinco Estados (Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Pará e Rio de Janeiro), é dedutível ter um apanhado sobre a distribuição de serviços relacionados aos sistemas de justiça nesses Estados.

¹⁶ Há que se ressaltar a dificuldade em encontrar materiais acadêmicos que analisem profundamente o problema das dificuldades de acesso à justiça em quanto às condições estruturais. O estudo citado é um dos poucos que tratam especificamente deste tema e, ainda assim, limita-se à análise de apenas alguns estados brasileiros.

Em Minas Gerais, que possui 853 municípios, apenas existem comarcas judiciárias em 320 deles, o que representa apenas 38% de municípios com comarcas e 62% de municípios sem comarca. No mesmo passo, observa-se o Estado do Rio Grande do Sul que, contando com 496 municípios, possui apenas 164 deles com comarcas, o que representa 33% de municípios com aparelhagem judiciária e 67% de municípios que não a possui. Por outro lado, em Pernambuco, com 185 municípios, 152 deles possuem estrutura, configurando 82% de municípios com sede e 18% sem. No Pará, por sua vez, há 143 municípios, com comarcas instituídas em 116 delas, totalizando 81% e 19%, respectivamente. Finalmente, no Rio de Janeiro, que possui 92 municípios, 66 deles contém comarcas, configurando uma proporção de 72% e 28%, com comarcas e sem comarcas (AVRITZER *et al*, 2010, p. 20).

Deste estudo, portanto, fica claro que muitos são os municípios que não dispõem de uma estrutura do Poder Judiciário para resolução de conflitos, devendo os jurisdicionados, se quiserem acudir a tais serviços devem dirigir-se a um dos municípios-sede, onde há comarca acessível para então valer-se da jurisdição.

Este desalinho, no entanto, pertine apenas às dificuldades enfrentadas pelos jurisdicionados que não dispõem de estrutura judiciária para julgamento de suas demandas. No entanto, outros desafios se desordenam, cobrando olhares minuciosos em vista da parca abordagem doutrinária: os problemas estruturais existentes mesmo em municípios-sede que possuem (ou deveriam possuir) aparelhamento adequado para o funcionamento do Poder Judiciário e da efetividade do acesso à justiça devido aos jurisdicionados.

Como exemplo deste tipo de atraso estrutural, a região Amazônica estampa toda sorte de empecilhos simultâneos. Esta é detentora de inúmeras peculiaridades físicas que por si mesmas implicam a urgência de normatividade específica que combata os problemas espaciais, estruturais e logísticos que lhes são inerentes, seja em virtude das grandes distâncias ou em razão do próprio descaso do Poder Público em corrigir carências crônicas manifestadas em tais regiões.

Com efeito, dentro desta descrição, considerar-se-á: as dimensões territoriais; dificuldades de transportes e de logística; carência institucional; realidade socioeconômica e peculiaridades culturais.

2.3.1 Dimensões territoriais

As dimensões territoriais singulares da região amazônica constituem um fator intrigante desde a época colonial. Ainda quando o território sul-americano era dividido entre Portugal e Espanha, a gestão das áreas conquistadas já apresentava dificuldades devido à sua vastidão. Desde 1621, apenas a Amazônia Portuguesa formada pelas capitanias do Maranhão e Grão-Pará representava áreas ainda maiores do que hoje se entende como região Norte do Brasil. A região ainda possui como peculiaridade o fato de ter sido colonizada somente depois de aproximadamente um século após a conquista do litoral americano, sendo a ela inerente, ainda, relações sociais e políticas próprias e que, por este motivo, demandam modelos explicativos diferenciados (SAMPAIO e COELHO, 2013, p. 16).

Para Sampaio, essa característica de tratar-se a região amazônica de maneira atípica advém da notável distinção desta em comparação às demais. Em especial, a preponderância das atividades extrativistas e a importância incontestável dos povos indígenas na configuração econômica e na defesa do território, além da fulcral instabilidade das estruturas do poder estabelecidas à época: “a qual, de um lado, demarcava vínculos com a Coroa e, de outro, balizava as relações internas, próprias da vida amazônica”, o que denota a origem de dinâmicas sociais singulares, específicas da Amazônia Equatorial (SAMPAIO e COELHO, 2013, p. 23).

Um dos motivos que fazem a região tão complexa, indubitavelmente, é a vasta extensão territorial que representa, o que torna necessária a sua classificação para melhor aprofundamento e detalhamento dos estudos que lhe dizem respeito.

O primeiro grande conceito a ser trabalhado para definir a Amazônia enquanto território é a definição de Pan-Amazônia, Amazônia Internacional ou Amazônia Continental. Trata-se da classificação da maior porção do

território amazônico, que abarcará a outra classificação menor, que se conhece atualmente por Amazônia Legal ou Brasileira.

A Pan-Amazônia é aquela que abrange todos os países onde prevalece o bioma amazônico¹⁷, significando 7,8 milhões de km². Em termos comparativos, este território equivale aproximadamente a 44% do território nacional e 5% da superfície terrestre (BEZERRA, 2010, P. 56).

Na Política Internacional, os países desta região são interligados por meio da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica, que nasceu do Tratado de Cooperação Amazônica, assinado em 1978 pelos países que compõem a região (Brasil, Bolívia, Equador, Colômbia, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela¹⁸).

A Amazônia Legal, por sua vez, é um conceito definido pela SUDAM (Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia) para fins de planejamento regional e se estende por uma área de 5.109.812 km², correspondente a aproximadamente 60% do território nacional. Fazem parte da Amazônia Brasileira os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e parte do Maranhão.

A região amazônica possui singularidades que não podem ser investigadas em sua totalidade em um único estudo. Sobre a floresta já incidiram pesquisas de diversas ordens, como por exemplo, expansão territorial e econômica, biodiversidade, recursos hídricos, populações tradicionais, povos indígenas, questões internacionais e sobre o domínio das instituições governamentais.

Pensando-se no âmbito global, a Amazônia se retrata como uma fronteira que reivindica preservação para a sobrevivência do planeta¹⁹,

¹⁷ Um bioma é uma “unidade biótica de maior extensão geográfica, compreendendo várias comunidades em diferentes estágios de evolução, porém, denominada de acordo com o tipo de vegetação dominante”(FUNDAÇÃO ESTADUAL DE ENGENHARIA DO MEIO AMBIENTE, 1992, P. 43). O bioma amazônico abrange uma área de 49% do território brasileiro e contém aproximadamente 30% de todas as florestas tropicais remanescentes do mundo, 20% das reservas de água doce do planeta, grandes reservas minerais e grande parte da biodiversidade global, com 1,5 milhão de espécies vegetais catalogadas, 3 mil espécies de peixes, 950 de pássaros, e uma incontável variedade de insetos, répteis e mamíferos (IBGE, 2004).

¹⁸ A Guiana Francesa ficou fora do acordo por não constituir um Estado soberano, uma vez que sua natureza política é de um Departamento Ultramarinho da França.

¹⁹ Utiliza-se o conceito de fronteira proposto por Bertha Becker no sentido “espaço não plenamente estruturado, e, por isso mesmo, potencialmente gerador de realidades novas. Sua especificidade é a virtualidade histórica” (BECKER, 2009, p. 21).

además, existem interesses econômicos e geopolíticos que a tornam um campo intensamente complexo de estudo, qualquer que seja sua vertente. Conhecer, ainda que superficialmente estes aspectos é condição indispensável para reflexão em qualquer nível de políticas adotáveis na região.

A gigantesca região amazônica concentra a maior floresta tropical do mundo, 10% da biodiversidade mundial, 25 mil quilômetros de rios navegáveis, 20% da água potável do planeta e 350 milhões de hectares de floresta virgem. A Amazônia Brasileira é composta por uma riqueza geográfica e social, em sua área de aproximadamente 5 milhões de km². Na região vivem cerca de 20 milhões de habitantes, sendo que entre eles, 200 mil pertencem a alguma etnia indígena (BEZERRA, 2010, p. 58).

Um dado sobre a Amazônia que sempre chamou a atenção refere-se à sua densidade populacional em relação ao território que ocupa. A Amazônia Brasileira, possuindo 5 milhões de km², é ocupada por aproximadamente 4 milhões de km² de florestas.

A densidade populacional destina-se a estimar a distribuição geográfica da população em determinado espaço, o que se aparenta especialmente difícil numa região com uma prevalência tão expressiva de florestas tropicais (AMARAL *et al*, 2014, p. 73).

A região amazônica sempre permeou o imaginário popular como sendo uma região pouco habitada, o que é verdade em termos relativos já que para cada quilômetro quadrado da região, tem-se uma média de 3,3 habitantes, enquanto que no restante do país, esta proporção é de 21,4 habitantes por quilômetros quadrados (UNICEF, 2015, p. 1). No entanto, a leitura destes não pode desconsiderar as populações locais pelo simples fato de que seu número seja inferior à média do país. Prioritário, então, superar a ideia de que a Amazônia seja um “vazio demográfico” para que seja possível avaliá-la em termos de importância estratégica para o Brasil e para os demais países da Amazônia, considerando que sua população deve ser condizente com a manutenção da sua fauna e flora.

Na realidade, a ideia de vazio demográfico se prende historicamente às complicações encontradas durante a colonização no controle das vias de circulação. Os colonizadores, ao contrário dos indígenas, negros e caboclos

da Amazônia, não possuíam pleno domínio da vida nas florestas. Assim, em vista dos apuros inerentes à ocupação no inóspito bioma, prevaleceu o controle de território pelas vias fluviais, resultando num povoamento disperso ao longo dos rios (GONÇALVES, 2001, p. 35).

Destarte, a despeito da população se representar em número inferior ao restante do país, é fundamental atentar para a diversidade cultural que esta população representa além de sua contribuição para manutenção do bioma amazônico.

De qualquer maneira, a densidade populacional traz ainda outros percalços a serem trabalhados, em especial, aqueles relativos às distâncias existentes entre os municípios e, dentro destes, as distâncias entre as zonas rurais e as sedes municipais. Em termos práticos e em se tratando de Amazônia, enfrentamentos a serem sobrepostos são muitos.

Conforme detalhado, a região possui dimensões continentais, cuja composição revela-se um tanto difícil à livre circulação de pessoas e serviços estatais. Inapropriado se comparar o Estado do Amazonas, por exemplo, com estados da região Sul e Sudeste do Brasil, que estão comunicados entre si por uma ampla malha rodoviária, tornando muito mais viável o acesso aos bens e serviços oferecidos pelo Estado e pela economia.

Na região amazônica, impera outra configuração espacial, que estabelece seus próprios impeditivos ao funcionamento do Estado. A seguir, cabe a exposição de alguns deles.

2.3.2 Dificuldades de transporte e de logística

A questão dos transportes na Amazônia é um dos maiores desafios para o desenvolvimento da região, sendo essencial superar os padrões praticados atualmente e que são inaptos para compensar o encurtamento das distâncias e ordenar o fornecimento de bens e serviços. A Região Amazônica habitualmente é retratada na mídia por sua desestruturada máquina administrativa local, mormente no que tange à precariedade de suas rodovias e pelo isolamento das cidades.

Sobre este problema, o Serviço Geológico do Brasil (CPRM) entende que a Região Norte é diferente das outras regiões do país e certamente tem registrado maiores atribulações devido às circunstâncias adversas que exigem logística e infraestrutura redobrada (CPRM, 2006, p. 1). Ou seja, os problemas envolvendo transportes na Amazônia não se limitam apenas ao senso comum e ao imaginário dos seus habitantes, uma vez que tais deficiências são reconhecidas pelos próprios órgãos estatais.

O traço distintivo da região em relação ao resto do país evidencia-se na presença predominante da biota amazônica e por abrigar a maior bacia hidrográfica do planeta. Possuindo uma densa floresta de dimensões continentais, a Amazônia é ainda recortada por uma infinidade de rios, cuja maioria é navegável na maior parte do ano, de forma que todo modo de vida das populações amazônicas é dependente destas relações de comunicação, comércio e transportes desenvolvidos às margens dos rios (BARBOSA, 1980, p. 33).

Walmir Barbosa explica que, com raras exceções, a maioria das cidades na Amazônia localizam-se às margens do Rio Amazonas e seus tributários: “Por esta razão, a navegação fluvial é de vital importância para toda a região, que conta a dedo as estradas de rodagem e vias férreas que possui e até mesmo os aeroportos” (BARBOSA, 1980, p. 33).

Inobstante à vocação para os transportes fluviais, de acordo com Golçalvez, a formação de redes de transporte na Amazônia possui dois padrões: o primeiro, fluvial; e o segundo, rodoviário. O primeiro teria predominado na região amazônica até a década de 50 do Século XX.

Após o predomínio deste tipo de transporte, segundo Ricardo Lessa, na Amazônia foi disposto o mesmo modelo de transportes por rodovias que se optou para o restante do país almejando incentivar a indústria automobilística através do modelo de substituição de importações (1956-1961) cabeceado por Juscelino Kubitschek.

O presidente, à época, assumiu o lema de fazer o Brasil crescer “cinquenta anos em cinco”, fazendo parte desta pretensão “avançar para o oeste”, o que começou a cumprir com a construção de Brasília e com as rodovias que cortaram o país (LESSA, 1991, p. 39).

Perceptível era a intenção de integrar todas as regiões brasileiras e vencer o isolamento geográfico. No caso da Amazônia, o lema era “integrar para não entregar”, significando que a integração da região às demais regiões do país era condição, inclusive, de manutenção da soberania brasileira sobre o território amazônico.

Naquele contexto, predominava uma visão em que a Amazônia era veiculada como uma

região uniforme e monótona, pouco compartimentada e desprovida de diversidade fisiológica e ecológica. Enfim, um espaço sem gente e sem história, passível de qualquer manipulação por meio de planejamentos feitos à distância, ou sujeito a propostas de obras faraônicas. (AB’SABER, 2004, p. 131)

Esta imagem em muito ditaram as políticas integracionistas e desenvolvimentistas que se perpetraram na Amazônia. Como caso emblemático da política da época, conta-se do episódio em que, diante de uma gigantesca árvore derrubada por um trator e aplausos de todos os presentes, Kubitschek teria dito: “Vamos arrombar esta selva” (LESSA, 1991, p. 39). Este fato reforça o propósito distorcido de que a floresta era um obstáculo a ser transposto para que o sonho da integração da região com as redes econômicas nacionais converter-se em realidade. Todavia, o equívoco recorrente na ocupação da Amazônia consistiu em encará-la como parte do território nacional sem características específicas, como se todo o Brasil constituísse uma massa homogênea, a ser trabalhada por meio das mesmas políticas públicas.

Este modelo de integração rodoviária, na lição de Roberto Migueis, ampliou e favoreceu a malha viária em todo o país, porém, isto ocorreu com maior êxito nas regiões Sul e Sudeste e pouco impactou positivamente os estados do norte do país.

No caso do Estado do Amazonas, afastada do eixo econômico nacional, os meios de transporte existentes continuaram insuficientes, haja vista que mesmo possuindo a maior bacia fluvial do mundo, não havia uma frota de embarcações que pudesse atender satisfatoriamente a todos os municípios (MIGUEIS, 2001, p. 122).

Esta instabilidade foi transposta somente na década de 70, durante o governo de Emílio Garrastazu Médici, ápice da ditadura militar, ocasião em que se optou por investir ainda mais nos transportes rodoviários e construindo, na Amazônia, estradas que rasgavam as florestas no intuito de integrar a região Norte do Brasil ao restante do país.

Apesar desses esforços, a Amazônia continuou isolada, diferente do que se pretendeu, pois a falta de planejamento entre os setores de transportes e os cortes orçamentários geraram custos-benefícios aquém dos índices de produtividade que se esperava com a implementação dessa rede de transportes (MIGUEIS, 2001, p. 122). Em outras palavras, o resultado esperado em relação à utilização da infraestrutura não surtiu os efeitos esperados pelo poder político instituído à época.

As principais estradas existentes na Amazônia Legal atualmente são Belém- Brasília (BR-010), Cuiabá-Porto Velho (BR-364), a Transamazônica PA/AM (BR-230), Porto Velho – Manaus (BR-319) e Cuiabá – Santarém (BR-163). Esta última foi criada na década de 70 pelo governo militar e atravessa a região central da Amazônia.

Até os dias atuais, esta precária rodovia é intransitável em boa parte de seu trajeto, possuindo asfalto somente no trecho mato-grossense. Segundo o autor, a população que seria beneficiada por ela continua isolada, abandonada e sem acesso à políticas públicas (SOUZA, 2013, p. 17)

Algumas explicações para o insucesso do sistema de transporte rodoviário na Amazônia são dedutíveis, entre as quais se destaca o fato de que este modelo não seria o mais eficiente e indicado para a região em face das dificuldades de construção e manutenção dos pisos (em razão do bioma amazônico) e dos elevados custos desse meio de transporte, o que se mostra contraditório em uma região com tanto potencial hídrico para navegação como a Amazônia (FONSECA, 2011, p. 372). Isto é, os governos não atentaram às especificidades de cada região do Brasil, em especial, da floresta amazônica. Apesar da “boa intenção” de integrar todo o país numa

rede abrangente de transportes, os gestores da época subestimaram a imensidão da selva, já que este modelo não era o mais condizente²⁰.

Destarte, lembrando os problemas envolvidos à construção de rodovias na região Norte e a ineficiência atual do transporte fluvial, reconhece-se que ainda persistem as adversidades logísticas da Amazônia, que se somam às longas distâncias percorridas para atender à operosa integração dos municípios.

Em grande medida são as próprias características naturais da Amazônia que dificultam os domínios humanos. As cheias e vazantes dos rios que formam a maior bacia hidrográfica do planeta, que é composta por aproximadamente 1.700 rios de maior porte e mais de 6.000 afluentes de menor dimensão, emaranhados com cerca de 25 mil quilômetros de vias navegáveis, além de uma grande variedade de elementos paisagísticos e ecológicos (SOLA, 2015, p. 38). Portanto, na região amazônica, é mais comum que se utilize o transporte fluvial, pois este é muito mais viável para a população, quando comparado ao rodoviário (inexistente em muitas localidades) e aéreo (devido aos altos custos que representa). No mapa a seguir, veja-se a proporção entre rios navegáveis, rodovias e predominância do bioma amazônico.

²⁰ Além das dificuldades de construção e manutenção das rodovias, há que se atentar para o fato de que este tipo de sistema de transportes é excessivamente prejudicial ao meio ambiente, favorecendo ações de desmatamento. Quando é construída uma rodovia na região, é comum ver a construção de estradas clandestinas, perpendiculares às rodovias, criando um sistema irregular conhecido como “espinha de peixe”. (AB’SABER, 2004)

Wilfredo Jesús Ardito Vega, acarreta em que a população se concentre nos lugares com melhores condições, porém, muitas vezes separados por grandes distâncias e acidentes geográficos difíceis de enfrentar, o que leva o território peruano, muitas vezes a ser comparado a um arquipélago (VEGA, 2010, p. 27).

Deste modo, visível que os embaraços gerados pelas características amazônicas influenciam diretamente no dia-a-dia desses povos. Segundo alguns autores, até mesmo o subdesenvolvimento atribuído à Amazônia se deve, entre outros fatores, à não integração com as demais regiões do país e pela impossibilidade de acesso pela via fluvial²¹.

2.3.3 Carência institucional e necessidade de alternativas não convencionais

A carência de instituições em regiões de isolamento geográfico da Amazônia não constitui um problema amplamente estudado na ciência jurídica. Há uma elevada escassez de dados relativos às instituições do interior dessas localidades, apesar de haver trabalhos acadêmicos que elenquem alguns percalços de setores específicos.

É fato que no plano ideal, no contexto de um Estado de Direito, o correto seria a plena disponibilidade de todos os órgãos e estruturas fundamentais para o atendimento dos amplos direitos sociais cuja responsabilidade fora atribuída ao Poder Público. No entanto, esta completude somente seria possível numa realidade homogênea, em que todas as localidades possuíssem essa capilaridade estatal, munidas de todo o maquinário administrativo que fosse suficiente para a concretude das suas demandas. Em que pese isto, em algumas regiões brasileiras, tal idealismo ainda está longe de ser alcançado, razão pela qual é imprescindível assegurar medidas efetivas e legais, dentro dos limites constitucionais, para garantia dos direitos, incluindo o acesso à justiça.

Sobre as dificuldades institucionais enfrentadas na Amazônia, Vega sustenta que

²¹ Alguns autores atribuem esta visão à Djalma Batista. Cf. COSTA JUNIOR, LIMA e CAMPOS, 2011.

En el caso de la Amazonía, son todavía mayores las distancias hasta las sedes de las instituciones estatales y los recorridos que se realizan por vía fluvial implican un elevado costo de combustible o un viajes muy prolongados. Por esta razón, la mayoría de ciudadanos de las zonas rurales de la selva ha terminado absteniéndose de acudir al Poder Judicial²².

O autor retrata os problemas ocorridos na Amazônia Peruana, porém, cabe distinguir que estes eventos também são recorrentes na Amazônia Brasileira, em razão de condições geográficas semelhantes, especialmente no que se refere às longas distâncias entre os municípios e o elevado custo de transporte para interligar tais locais. Indubitavelmente, essas condições adversas se refletem tanto na vida dos cidadãos que precisam do amparo dos sistemas de justiça quanto na implementação do aparato estatal nessas regiões, constituindo-se em obstáculos que precisam ser superados.

Sobre políticas públicas no geral, conveniente o resumo trazido por Jane Simoni (2009), ao tratar das instituições públicas em situações específicas. Para a autora, há uma diferença abissal entre trabalhar em escala nacional e em escala local, como na Amazônia Brasileira, em que estão em jogo aspectos sociais, políticos, históricos, econômicos, culturais e técnicos. Em ditas circunstâncias, há graves dificuldades de operacionalizar a visão inicial elaborada para determinada política pública.

Porquanto, são facilmente encontradas experiências na Amazônia que objetivam superar os problemas de estrutura prejudiciais ao atendimento dos direitos das populações. Exemplos dessas iniciativas se encontram nos serviços de saúde, na educação e em relação ao próprio Poder Judiciário.

Lucena *et al* (2012, p. 1) consigna sobre os direitos sociais na região amazônica que:

Devido ao isolamento geográfico da maioria dos municípios do Amazonas, cujo acesso muitas vezes é realizado somente por via fluvial, existem enormes dificuldades econômicas e sociais que impedem que a população usufrua de direitos básicos como saúde e educação.

²² Tradução livre: “No caso da Amazônia, são ainda maiores as distâncias até as sedes das instituições estatais e as viagens que são realizadas pela via fluvial implicam um elevado custo de combustível ou viagens muito prolongadas. Por esta razão, a maioria dos cidadãos das zonas rurais da selva tem terminado por abster-se de acudir ao Poder Judiciário”.

Os muitos impasses para se assegurar direitos sociais básicos no interior dos municípios amazônicos são combatidos por medidas não convencionais como a utilização de satélites, compensando tais privações com inovações tecnológicas.

As atuais tecnologias de educação à distância são um exemplo de adaptação do sistema de ensino garantindo o aprendizado para estudantes isolados, independente das distâncias apresentadas. Neste passo, aponta-se que as conquistas na área das telecomunicações, bem como das tecnologias digitais são benéficas para aproximação social ao ambiente escolar devido às vantagens logísticas e pedagógicas envolvidas (PETERS, 2003).

Para além disso, o Portal do Ensino Superior (2015) atesta que as características próprias da Região Norte do país a diferenciam quanto à iniciativa de políticas relativas ao Ensino Superior. Como as estatísticas registram as largas extensões territoriais com povoados dispersos e o isolamento de cidades, estas localidades, mesmo com potencial mercado econômico não são munidas de sistemas de transporte e de profissionais comuns aos centros urbanos.

No caso da saúde, que lista também muitos problemas como a falta de médicos, enfermeiros, ambulatorios, hospitais, igualmente experiências não convencionais são utilizadas. É o caso da ferramenta da telemedicina, que se traduz em um recurso tecnológico de assistência médica para sua promoção e prevenção, além da capacitação profissional para comunidades isoladas.

A assistência pela via de transmissões de áudio e vídeo em tempo real oferta à população acesso à informação, assistência médica e palestras sobre saneamento básico (MACHADO *et al*, 2010, p. 247). Na Amazônia, há núcleos de telemedicina em Rondônia (MACHADO *et al*, 2010) e Amazonas²³.

No que cabe ao Poder Judiciário também há desafios estruturais crônicos a serem superados. O primeiro deles refere-se à carência de um agente fundamental para a atividade jurisdicional: o magistrado. Em notícia recente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, um relatório

²³ Desenvolvido pela Universidade do Estado do Amazonas por meio do Núcleo Técnico Científico – Polo de Telessaúde/ Telemedicina da Amazônia. Informação disponível em: <<http://www.telessaudeam.org.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

constatou que das 78 vagas instaladas em 62 comarcas no Estado, apenas 55 estão providas de juiz. Das 62 Comarcas existentes, 22 estão neste momento sem juiz titular. Até que se resolva o problema, ao Tribunal resta adotar apenas medidas paliativas como designar que juízes titulares de vagas no interior, cumulem suas funções com alguma comarca contígua (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, 2016).

As dificuldades estruturais dessas regiões, como já descrito, em muito estão vinculadas às distâncias entre elas. Por este motivo, muitas das alternativas estão voltadas para a superação dessas desproporções, visando garantir o acesso à justiça às populações de localidades interioranas na Amazônia.

Uma das alternativas já desenvolvidas na região consiste na Justiça Itinerante²⁴. Este modelo foi elaborado no contexto da descentralização judiciária, determinado pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, e consiste no deslocamento de uma equipe representando um determinado Juizado Especial para áreas de difícil acesso por parte da população. Nas ações são feitas visitas para realização de atermção das demandas e, em outra visita, são feitas as audiências e julgamentos de mérito. Além disso, é incentivada a aproximação entre as partes conflitantes, orientações acerca dos direitos em disputa e propiciação de acordos extrajudiciais, conforme o caso (FARINELLO e CAMBI, 2010, pp. 119-141).

²⁴ Determinado pelo artigo 107 da Constituição Federal, devendo ser utilizado pelas Justiças Federal, do Trabalho e Estaduais. “Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: [...] § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: [...] § 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. § 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo. [...]. Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]. § 7º O Tribunal de Justiça instalará a Justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.

Mesmo com todos os benefícios que os Juizados Especiais Itinerantes trazem, em pesquisa do Conselho da Justiça Federal e do IPEA, apenas 3,5% dos Juizados Especiais Federais adotam essa prática periodicamente. Além do mais, os Juizados adjuntos e aqueles localizados em centros sub-regionais e de zona, que estariam mais próximos às regiões carentes não realizam itinerância. Forçoso concluir, portanto, que a descontinuidade do expediente revela a falta de interesse em implementar como rotina os juizados itinerantes como efetivo instrumento de acesso à justiça (CJF/CEJ/ IPEA, 2012, p. 47).

Tomando mais uma vez o vizinho Peru como exemplo, onde o modelo itinerante também é realizado, outros desafios são dispostos. Segundo Wilfredo Vega (2010, p. 28), por conta da insuficiência de recursos orçamentários algumas ações de justiça itinerante (Salas Mistas Itinerantes) estão deixando de exercer suas atividades, acarretando sérios problemas para as pessoas que dependiam desse atendimento.

No esteio desta análise, fatores frustrantes da itinerância podem ser listados: i) a justiça itinerante não está completamente disponível para os jurisdicionados quando dela necessitam, devendo se aguardar até que haja uma ação de itinerância; ii) a justiça itinerante não tem rotina para funcionamento, haja vista a pequena quantidade de juizados que a adotam; iii) o modelo itinerante não prevê a superação de obstáculos anormais da simples distância física e falta de estrutura; iv) a itinerância regular depende de circunstâncias climáticas, além de embarcações ou veículos cedidos de outros órgãos e de servidores treinados de perfil multidisciplinar; v) a itinerância envolve não somente causas judiciais mas todas as políticas assistenciais mínimas para o exercício da cidadania do jurisdicionado que vão desde a expedição de carteira de identidade, carteira de trabalho, biometria e cadastro eleitoral, registro de imóveis, cadastramento de posseiros para futuro registro de imóveis rurais, expedição de certidões negativas, realização de casamentos e serviços cartorários gratuitos dos mais diversos.

Ainda assim, é desejável que este modelo se expanda, providência esta que possui plena previsão legal (constitucional) que faculta à

flexibilização de algumas normas, tal como o tempo regular que os processos normalmente perdurariam, se tramitados no sistema de praxe.

Este sistema, no caso amazônico, mostra-se assaz justificável, pois leva aos cidadãos a oportunidade de resolverem suas demandas, abstraindo-se do confronto processual e das etapas que lhes seriam impostas no Judiciário. De outro jeito, é provável que as pessoas beneficiadas por ações desta natureza, não pudessem ver sua pretensão atendida satisfatoriamente.

De fato, inconcebível refletir políticas de qualquer segmento na Amazônia sem trabalhá-las de acordo com a realidade de seus povos, que vivem em condições muito distintas daquelas experimentadas pela grande maioria dos brasileiros.

2.3.4 Realidade socioeconômica

Em circunstâncias pontuais será a realidade socioeconômica o primeiro aspecto a ser investigado diante da necessidade de acesso à justiça e a indisponibilidade de estrutura estatal suficiente. Ora, conforme restou caracterizado no capítulo anterior, trata-se da premência de escolher entre garantir a justiça ao jurisdicionado do que não efetivar este direito, tão amplamente assegurado na Carta Constitucional, usando-se como escusa, a impossibilidade estrutural, usurpando o jurisdicionado de fruir de um pleito legítimo em vista das falhas do aparelho público.

Além da ausência de estrutura física, o juiz tem a responsabilidade racional de perceber as peculiaridades culturais dos jurisdicionados. Se nas discussões sobre o acesso à justiça assinaladas no primeiro capítulo já eram arguidos questionamentos sobre as privações que os jurisdicionados mais carentes encontram para decifrar os procedimentos jurídicos aos quais estavam submetidos, este fato é ainda mais denso dependendo do ambiente onde vivem os jurisdicionados, como é o caso dos habitantes de municípios no interior da região Amazônica, cuja composição étnica e cultural é bastante diversa.

De acordo com Aziz Ab'Saber (2004, p. 132), além dos milhões de trabalhadores urbanos, na Amazônia vivem cerca de 250 mil indígenas, 4,5

milhões de seringueiros, beiradeiros e castanheiros, 350 mil garimpeiros, 5 milhões de trabalhadores braçais, funcionários e peões semi-nômades. A estas populações, por vezes, se lhes destinam precárias condições de educação, além do fato de terem elas seus próprios sistemas sociais entremeados numa dinâmica de vida diferenciada.

Mesmo os mercados, até pouco tempo atrás, excluía a região amazônica de seus mecanismos econômicos de integração. Devido aos distintos hábitos de vida das populações tradicionais e por desenvolverem gêneros alimentícios para um pequeno mercado local à produção de subsistência, qualificava-se que a Amazônia não atendia aos modelos desenvolvimentistas que vigoravam no restante do mundo. Consoante ao pensamento de Carlos Walter Porto Gonçalves (2001, P. 101) “a exclusão social e regional estava, assim, inscrita desde o início no novo modelo de (des)envolvimento que se impunha para a região. O mercado está fora”.

A razão de o mercado haver permanecido alijado do contexto amazônico por tanto tempo foi primordial para a convicção de “atraso” da região amazônica. Por outro lado, foi e é justamente por conta desta “demora” no interesse do mercado pela região que é favorecida a preservação ambiental desta localidade, tanto quanto no que pertine aos recursos naturais, quanto pela manutenção de um estilo de vida próprio pelos seus habitantes. Tardando o mercado em transparecer seu interesse pela região, não é de se admirar que o próprio Estado tenha sucumbido às vicissitudes do ambiente amazônico e deixado de investir em estrutura estatal.

Esta “exclusão” da região, aliou-se à complexa formação social que a compunha (indígenas, negros e caboclos, além dos forasteiros), conhecedora do modo de vida da floresta, trazendo como resultado uma dinâmica social diferente das outras regiões brasileiras (GONÇALVES, 2001, p. 101).

Como conseqüência disso, compreendendo que a aparente inação da sociedade amazônica, juntamente com a complexidade geográfica da região, a personalizam especialmente intrínseca, pergunta-se se de fato as políticas públicas se mostram qualitativamente proveitosas ao uso delas. Este questionamento faz ainda mais sentido quando se pensa na disponibilização do acesso à justiça num formato que não condiz com o espaço amazônico.

Obviamente, o ideal seria que em todas as comarcas amazônicas, o Poder Judiciário pudesse atuar com a integralidade das normas procedimentais. No entanto, na prática o que se vê é a indisponibilidade deste ideal, tanto em razão da estrutura física disponível quanto pelo ritmo de vida da cultura ribeirinha.

2.4 MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS, PLURALISMO JURÍDICO E NOVAS POSSIBILIDADES PROCEDIMENTAIS PARA SUPERAÇÃO DAS DIFICULDADES RELACIONADAS AO ACESSO À JUSTIÇA

Neste item difundir-se-ão algumas das alternativas propositivas para a transposição dos anteparos de acesso à justiça que servirão nos ajustamentos de estruturas inadequadas. Para tanto, apresentar-se-ão algumas destas propostas para, no próximo capítulo, abordar-se a questão do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial.

O esforço aqui empreendido considera que, muito embora, os empecilhos ao acesso à justiça sejam de diversas ordens, algumas alternativas não podem ser descartadas pois são importantes aliadas na superação dos impedimentos à efetividade da justiça. Algumas dessas propostas são perfeitamente compatíveis com os ideais neoconstitucionalistas, cabendo, portanto, analisá-las a fim de verificar de que maneira poderiam contribuir ao saneamento da questão.

São elas os mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça, o pluralismo jurídico e as novas possibilidades procedimentais.

Imprime notar, que, inobstante esta pesquisa destinar-se à discussão relativa a uma dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário, não se anseia abandonar e desvalidar as propostas de solução pré-litigiosas.

Soluções internas ao Judiciário aqui exemplificadas tem o condão de enfrentar tais problemas sem, no entanto, prescindir das soluções externas que, apesar de não constituírem o objeto da tese, são úteis à resolução das adversidades descritas.

Como se pretende trabalhar com os sistemas de justiça, incluem-se forçosamente estratégias despidos de litígio, mas relacionados pela função

precípua de propiciar o acesso à justiça tal como se evidenciam os mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça.

São fartos os exemplos na doutrina que citam outras formas de oferecer acesso à justiça às populações. No que concerne aos mecanismos extrajudiciais, trata-se de esquemas alternativos conhecidos pelos nomes de mediação, conciliação e da arbitragem, que são saídas desjudicializadas que previnem a jurisdição contenciosa.

Os meios alternativos de conflitos são modelos postos à disposição da população se abstraindo a beligerância de um processo judicial. Como corolário disto, cuida-se de um afastamento do Estado como ente coercitivo, transferindo à sociedade organizada a responsabilidade de oferecer formas amigáveis pautados no diálogo em vista de uma solução negociada (CALMON, 2007).

Em sede de discussão de meios alternativos, a doutrina optou por dividi-los em meios de autocomposição ou meios de heterocomposição.

Na autocomposição, resolve-se o conflito amigavelmente, sendo a decisão tomada de acordo com a vontade das partes, em condições em que um ambiente propício ao debate e à negociação é criada por aqueles que irão intervir até que as partes cheguem a um acordo. De acordo com Miranda (2006, p.27) a autocomposição se incumbe de uma solução negociada, onde o antagonismo deve converter-se em uma relação cooperativa de criatividade e mútuo respeito, as partes sopesando, recobrando valores esquecidos e resolvendo seu dilema sem recorrer à violência. São exemplos de autocomposição, a conciliação e a mediação.

O instituto da conciliação no Brasil foi estabelecido através da reforma do Código de Processo Civil de 1994, quando foi inserido a letra IV do artigo 125, que determina que o juiz, deve tentar, a qualquer tempo a conciliação entre as partes. De igual modo, no artigo 331 do mesmo diploma legal, estabelece-se a introdução de audiência preliminar com o objetivo de conciliar as partes do processo, aduzindo que o julgador deve, antes de tudo, criar um ambiente propício para que os conflitantes cheguem a um acordo sobre a controvérsia, antes de se passar por todas as etapas processuais do processo contencioso.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil - inobstante a timidez inovadora do legislador – espera-se a diminuição dos quantitativos processuais que abarrotam os escaninhos cartorários e as filas virtuais oriundas do processo eletrônico.

Dentre as novéis alterações, a instigação reiterada para a autocomposição é claramente notada e para tal fim, os tribunais constituirão *centros judiciários* de consensual solução de conflitos, encarregando-se na consecução de audiências e sessões de mediação e conciliação.

Os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) também terão que criar *câmaras de mediação e conciliação* com o mesmo enfoque na área administrativa.

Ellen Gracie, Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal no evento “Perspectivas do Contencioso para 2015”, promovido pelo escritório Gondim Advogados Associados em 18 de março do mesmo ano na cidade do Rio de Janeiro assim asseverou:

Devemos terminar com o contencioso de massa. Não é mais possível que o Judiciário tenha que carimbar decisões semelhantes milhares de vezes (...) é muito pouco acreditarmos que precisamos de um contencioso de massa para empregarmos advogados.

De outra feita, o modo de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil conviverá com outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais advindas de órgãos administrativos do Executivo ou concebidos por profissionais independentes.

Neste mesmo Códex, a conciliação, mediação e arbitragem serão estimulados por todos os operadores do direito, quebrando-se o monopólio desta reponsabilidade do juiz.

Dentre tantas outras mudanças, é previsto que antes do julgamento da ação, o juiz será compelido a novamente conciliar as partes, independentemente do uso de outras formas amigáveis de solução de conflitos.

Para além disso, também se possibilita a avença por meio de conciliação fora do Poder Judiciário, como por exemplo, em escritórios jurídicos privados ou núcleos de assistência jurídica de universidades. Caso o

termo de conciliação seja homologado em juízo, terá validade como título executivo judicial, surtindo, portanto, os mesmos efeitos de uma sentença judicial, consoante ao artigo 57 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.99/1995).

Ao contrário da conciliação, que possui previsão legal consolidada no Código de Processo Civil e outras legislações, a mediação ainda carece de uma estrutura normativa consolidada, conforme entendimento do Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 44). Segundo a instituição, a mediação está regulamentada em países como Estados Unidos, Argentina, Uruguai, Japão, Austrália, Itália, Espanha, França, entre outros. Na Europa, há, inclusive, a Diretiva n. 52, de 21 de maio de 2008, definindo a mediação como um processo no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar conjuntamente um acordo sobre a resolução de sua demanda, com a ajuda de um mediador.

Por outro lado, na heterocomposição, as partes se submetem previamente à determinada jurisdição (podendo dizer o direito), outorgando-lhe a prerrogativa de decidir, retirando o julgamento da esfera do Poder Judiciário. Deste modo, a heterocomposição consiste em uma solução de disputa por meio de uma decisão imposta por terceiro, que decide através de um acordo prévio de deslocamento da esfera de decisão, inclusive na distinção das regras que serão aplicadas em caso de conflito.

O resultado final, na concepção de Miranda (2006, p. 26) é um quadro em que há vencedores de um lado e vencidos de outro, deixando um sentimento de injustiça, pois nenhuma das partes se envolve no processo a fim de argumentar o porquê que aquele direito lhe deve ser atribuído.

Cretella Junior (1988, p. 128), neste mesmo assunto, configura a arbitragem em um sistema especial de julgamento, dotado de procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, através do qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, tendo um conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de julgar o mérito da questão, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Distintivamente dos métodos de resolução de conflitos pela via da autocomposição, a arbitragem torna possível que um terceiro julgue a questão em litígio, não importando se as partes cheguem ou não a um acordo. O método de heterocomposição não se mostra relevante para a presente proposta, razão pela qual não se tecerá maiores comentários.

Por outro lado, os mecanismos de autocomposição denotam-se úteis em contextos já narrados. Em situações de isolamento geográfico e de ausência de estrutura estatal é auspicioso fomentar mecanismos que evitem que os conflitos cheguem a formar um processo judicial. Estimulando-se as partes a um acordo harmônico sobre sua demanda, diminui-se os diversos custos financeiros e sociais.

Sem oposição às formas de resolução de conflitos pela autocomposição, estas ainda pressupõem uma certa participação do Estado como mediador. Portanto, o acesso à justiça pode e deve ser exercido não somente neste viés, mas em outros ambientes construídos pela sociedade, potencialmente aptos ao manejo das controvérsias sociais através de artifícios da própria dinâmica social nativa.

Para se alcançar um real e efetivo acesso à justiça em contextos tão peculiares como o plano amazônico, os operadores do Direito devem lançar mão de todos os instrumentos que forem úteis a este propósito.

Há que se entender que não há uma solução específica para o problema aqui enfrentado. Existem, no entanto, uma série de medidas que, juntas, contribuem com a progressiva abertura do acesso à justiça como um direito fundamental de cidadania, que precisa ser atendido independente da existência de impedimentos estruturais e processuais.

Deve-se reconhecer o uso de ferramentas construídas socialmente, legitimando outras instâncias de poder decisório em âmbito comunitário como trilha para ampliação do acesso sob estudo.

No caso de contextos como o interior da Amazônia, com abundância de formas diferenciadas de organização social, a existência de meios comunitários de resolução de conflitos é um fenômeno humano latente. Tais decisões informais podem ser validadas pela autoridade judiciária, quando as circunstâncias não permitirem que um processo judicial no sentido estrito seja instaurado.

A ideia de pluralismo jurídico, consoante ao pensamento de Antônio Carlos Wolkmer (2001), precipuamente, contrapõe o monopólio estatal do Direito e da Justiça (monismo jurídico), defendendo o reconhecimento de outras formas de manifestação do direito, das normas jurídicas e, por extensão, de outros sistemas de justiça.

A questão enfrentada pelo pluralismo jurídico se relaciona aos problemas da colonialidade, sobre a qual se comentou anteriormente, ressaltando que seu pleito refere-se a que o Estado Moderno permita trazer à tona as demandas coletivas, sufocadas pelo modelo monista de Estado que tradicionalmente vem sendo praticado.

Atualmente, uma importante faceta do pluralismo jurídico diz respeito ao reconhecimento da justiça indígena, o que contribuiria em grande medida com a consolidação de uma necessária concepção plural do Direito (DANTAS e WEBER, p. 489-493).

Na Amazônia, a manifestação do pluralismo jurídico mostra-se como mais uma alternativa para o adimplemento do acesso à justiça. Apesar dos esforços que precisam ser envidados para levar os sistemas de justiça estatais às comunidades amazônicas mais longínquas, tem-se a consciência de que somente um tipo de solução não é suficiente para abarcar a complexidade do universo amazônico. Em se tratando de Direito e Justiça, o reconhecimento de outras formas de organização devem ser consentidas para o acesso à justiça:

O estudo do Direito na Amazônia, a partir de uma perspectiva de eficácia, vai levar inevitavelmente a se pensar num *Direito Amazônico*, nos moldes sugeridos por Alcir Gursen de Miranda. Não parece ser necessário criar nova disciplina jurídica, mas agrupar formulações teóricas e iniciativas práticas em torno dessa ideia que quer significar, singelamente, que o Direito precisa ver e ouvir o homem amazônida antes de formular normas que a ela e ele devam ser aplicadas. Ou, quando menos, já tendo sido criadas, estar conscientes da provável necessidade de relativizá-las ante uma norma que não contemple a realidade amazônica. (ARAÚJO, 2015, p. 12)

Manifesta a ideia do autor ao trazer para o debate alguns elementos essenciais para construção do direito no Amazonas. Na deficiência endógena

da estrutura administrativa judicial, o direito de postulação é retirado da comunidade, porém, contrariamente a tais condições, as reformulações teóricas e suas correlatas iniciativas devem ser construídas dentro e fora do sistema normativo.

Algumas maneiras de integrar as funções jurisdicionais às formas de pluralismo jurídico seriam estabelecidas a fim de legitimar tais autoridades diante do sistema jurídico posto. Esta providência seria concretizada pelo fornecimento de meios pelos quais os juízes se valeriam de lideranças comunitárias como mediadores dos conflitos, chancelando o acordo decorrente da atuação da autoridade informal.

Em outros autores mais incisivos, vê-se, inclusive, a defesa da não ingerência do Estado em costumes locais, que ficam a cargo das autoridades culturalmente constituídas. É o caso do professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998) que denomina como “jusdiversidade” o fenômeno da coexistência de mais de um sistema de direito vigente num mesmo território, como é o caso daqueles que são formatados segundo as crenças e tradições dos povos indígenas, sem resquícios de intervenção do estado mediante a imposição dos seus valores e formalidades. Esta abordagem se diferencia do pluralismo jurídico na medida em que não carece de reconhecimento do Estado para ser válida.

Desta sorte, todas essas alternativas de inclusão de outras formas de realização da justiça não são descartáveis, havendo ainda mais motivos para este reconhecimento em contextos sociodiversos como no caso amazônico. A pluralidade de formas de se alcançar a justiça não pode ser vista como uma anomalia a ser combatida pela presença do Estado. Pelo contrário, esses mecanismos construídos localmente devem ser utilizados a favor do acesso à justiça ao serem integrados aos mecanismos estatais.

Em razão dos apuros que permeiam as sociedades no interior da Amazônia (estruturais, sociais e culturais) inafastável a reflexão acerca da rigidez das normas processuais e sua inadequação para o acesso à justiça. Neste ínterim, cabe lembrar que:

O Direito deve estar em harmonia com as instituições sociais, nascidas naturalmente no arcabouço dos usos e costumes

sociais. É da depuração histórica destas fontes e suas sedimentações no seio da comunidade que se *legitima* o Direito. Se assim não fosse o Direito seria uma criação celebrina artificial, vazia de significado na comunidade que deve vivê-lo. (STEFANINI, 1984, p. 52)

De nada adianta todo um arcabouço jurídico processual consolidado se não há condições concretas para sua aplicação nos rincões do país. É temerário colocar as exigências formais à frente do simples e objetivo direito que os cidadãos tem de receber do Estado uma resposta concreta sobre um direito violado. Se, na prática cotidiana do Judiciário verifica-se que a própria normatividade exerce obstáculos à concretude da justiça, é chegado o momento de repensar o conteúdo e inflexibilidade de ditas normas.

As respostas diante das pretensões processuais, no entanto, passam pela renovação da mentalidade do julgador, o habilitando “a melhor fluência do processo e abandonando-se de lado a postura tradicional que emperra o andamento do feito”. Para sopesar o acesso à justiça efetivo, o juiz deve superar o dogma montesquiano de estrita fidelidade às leis, o que torna o julgador insensível às realidades da vida e às angústias das partes (PELEJA JUNIOR, 2010, p. 32). No caso amazônico, é assertivo conhecer os meandros de sua sociedade, seus flagelos e as limitações da estrutura estatal que lhe é disponibilizada.

Despido do significado humano, o magistrado ao cumprir a inflexão normativa impõe o argumento-chave para as mais diversas injustiças, lesando o direito ao acesso à justiça em circunstâncias extremas. Se o direito que assiste às partes não perpassar integralmente pela ritualística exigida pela legislação processual, seria justo que fosse subtraído à parte o direito de ver seu pleito analisado pelo Judiciário? Em vista da elevação do direito de acesso à justiça como direito fundamental e humano, a resposta será negativa.

Apesar disto, a defesa de meios processuais que ignoram premissas constitucionais é patentemente uma afronta ao Estado de Direito. Por este motivo, discutir no âmbito legislativo alternativas capitaneadas pelos pressupostos da Constituição, integrando as normas processuais é de vital relevância.

A reflexão de Peleja Junior (2010, p. 33) traduz esta preocupação ao dispor sobre uma espécie de ativismo procedimental (endoprocessual). Este aporte empreenderia a desformalização do processo pela flexibilização normativa e incidência do princípio da adaptabilidade²⁵. Por hora, há que se compreender que a utilização destes instrumentos pode colaborar na resolução do problema de que ao julgador é inviável prever, em todos os casos e contextos, os obstáculos à justiça que se colocarão.

Nesta linha, ainda que todos os esforços teóricos sejam envidados, a complexidade das relações humanas sempre dará conta de apresentar questões para as quais não há normas pré-concebidas. Nessas contingências deve o julgador criar desobstruções para remediar as imprecisões processuais, fulcrado no devido processo constitucional (PELEJA JUNIOR, P. 34).

Como se descreveu, as discussões relacionadas ao acesso à justiça, em muito já evoluíram, tratando de vários aspectos que favoreceram para o alijamento das pessoas quanto aos sistemas de justiça. No entanto, no que tange aos problemas estruturais, as discussões ainda se mostram escassas e carentes de estratégias de integração normativa. Os dilemas presentes em lugares remotos, como no interior da Amazônia, raramente são pauta de discussões, pois representam uma parcela muito pequena das transações economicamente importantes.

Para se pensar realmente no acesso à justiça não se deve excluir as populações mais carentes de recursos econômicos e segregadas dos grandes centros urbanos. É imprescindível intentar alternativas para solucionar as dificuldades por elas enfrentadas.

Diante da ausência de abordagens para resolução de obstáculos estruturais ao acesso à justiça, há que se perquirir novos mecanismos. Nessa direção, o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo podem contribuir fundamentalmente para soluções na complexa realidade amazônica.

²⁵ Este tema será melhor abordado no próximo capítulo.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

As ideias a respeito de um novo modo de construir, interpretar e aplicar o Direito toma a cada dia mais força nos espaços de debate acadêmico. Há muito a Ciência Jurídica vem mudando suas formas, buscando a cada dia tornar-se um meio de regulação social mais próximo das urgências do cidadão de todas as complexidades que a acompanham.

Neste intuito, constata-se que desde meados do Século XX, muitas foram as alterações estruturais ocorridas nos sistemas normativos. Entre tais inovações, se inseriram novas categorias no rol das normas jurídicas, optando-se por se adicionar os valores defendidos pela sociedade no sistema de normas jurídicas sob a denominação de princípios.

Com isso, a tendência de conceitos normativos mais abertos eram e são hoje claras na ciência do Direito, sendo uma parcela importante dessas abrangências, a viga mestre para a construção do neoconstitucionalismo enquanto teoria interpretativa e de aplicação. Como corolário desse entendimento, este novo parâmetro ditou a obediência aos valores sociais designados como princípios em pé de igualdade com as normas jurídicas por excelência (as leis).

Propõe-se, nesta etapa, analisar, ainda que brevemente, o processo pelo qual se deu esta outorga de força normativa aos princípios e sua essencialidade para o nascimento da teoria neoconstitucionalista. De entróito discorrer-se-á sobre a teoria do neoconstitucionalismo, assim como sobre os fenômenos jurídicos consequenciais - o ativismo judicial e o ativismo processual - enfocando-se em seus pontos positivos e negativos, verificando, outrossim, se os modelos fornecidos por tais teorias são favoráveis à solução da problemática estrutural do acesso à justiça amazônica.

3.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO

Para compreender as raízes fundamentadoras do neoconstitucionalismo, *prima facie*, é essencial conhecer a força normativa dos princípios para ciência do direito, vez que estes constituem elemento de arrimo mais prevalente do que as regras, neste ideal da nova hermenêutica dos direitos da Constituição e, por conseguinte, do ativismo judicial.

Assumindo uma postura a favor de um Direito determinado pela dialética histórica, consoante o defendido por Lyra Filho (2012, p. 58) há que se assumir que sua essência exige a mediação científica que dialogue com os momentos históricos. Assim sendo, improdutivo se apegar a uma visão estática das normas, de modo que se torna importante a atenção aos tipos de normas jurídicas que proporcionam ao Direito acompanhar as dinâmicas sociais da atualidade.

A postura de consentir uma abertura normativa que agregue fatores históricos, no entanto, advém da própria cultura jurídica que sempre relega a história (ou histórico dos fatos) às introduções das análises, sem incluí-las verdadeiramente nas questões centrais:

Apesar de algumas tentativas para situar as questões de direito historicamente, raramente os juristas falam uma linguagem histórica. A quase indiferença em relação a esta perspectiva encontra uma expressão pedagógica bem eloquente: num trabalho de direito, a história – diz-se “o histórico da questão – é sempre relegado para a introdução, neste *no man's land* que precede o tema. No fundo, a história não interessa realmente ao jurista, porque uma óptica idealista-universalista é precisamente oposta a uma tal reflexão. Este desconhecimento da história é um obstáculo real, como veremos ao longo deste estudo, pois uma apreciação das instituições jurídicas em relação com uma teoria da história nos poderia dar as chaves de um conhecimento real. (MIALLE, 2005, P. 55)

Curial reconhecer a relevância dos fatos históricos e da evolução social, ao se proceder assim, plausível uma interpretação socialmente mais justa das normas. Neste objeto de estudo, (acesso à justiça em contextos adversos) o limiar com a História e com a realidade social perfaz-se indispensável pois são os meandros, anseios e relações humanas que vão

ser o substrato dos tipos e formas de solução a serem construídas em prol dos sistemas de justiça.

Ademais, nas palavras de Crettella Junior (1993, p. 193), realizar o Direito implica afirmar que a sociedade é sua condição precípua, devendo as normas atentarem aos valores de toda a sociedade, incluindo aqueles peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos minoritários. Sem este reconhecimento não será possível a construção - atualmente utópica - da ordem social justa e democrática.

Note-se que todo o ordenamento jurídico deve ser proposto e estruturado em sintonia com as demandas históricas que o criaram. No Estado de Direito, as normas descritas nas Cartas Constitucionais, nas palavras de Lassale, são meras folhas de papel, mas representam o conjunto dos fatores reais de poder que regem uma nação, fruto dos fatos históricos e da conquista dos direitos com muita luta e sacrifícios (LASSALE, 1995, p. 37-43).

Nesse sentido, a Constituição não se apresenta como um documento inerte, carente de dinamicidade e caracterizador de um poder engessado ao texto constitucional. Com efeito, traz-se à lume a ideia de “Constituição Radical”, defendida por Vera Karam de Chueiri (2013, p. 25), que entende que as normas constitucionais não podem ser consideradas exatamente como normas básicas que se resumem ao seu texto. Há que se apreender, segundo a autora, que a Constituição não estabelece apenas o poder constituído, mas, antes, plasma o poder constituinte, caracterizando o povo como comunidade política, apta a construir incessantemente as bases jurídicas, ou seja, ao povo cabe o poder constituinte permanentemente. Considerando esta questão, vale observar também que as normas constitucionais vão mais além da mera visão de Direito acabado, pronto e suficiente de acordo com o que é textualmente proposto em suas linhas.

Outra teoria que contribui para pensar a dinamicidade das normas constitucionais refere-se ao estabelecimento da Constituição como um organismo vivo (*living constitution*). De acordo com José Ribas Vieira e Deo Campos Dutra (2013, p. 56) a ideia nasceu no constitucionalismo norte-americano e foi fruto de debate entre os originalistas e os não-originalistas. Os primeiros, defendiam que para realizar-se a correta interpretação das normas

constitucionais, seria fundamental recorrer à história, à linguística e à antropologia a fim de se evitar mudanças na hermenêutica da Constituição, preconizando a manutenção da perspectiva do legislador. Por outro lado, os não-originalistas, reputavam que as normas não possuíam exatamente um único sentido. Para os defensores desta maneira de interpretar as normas constitucionais, a atividade interpretativa, portanto, realizaria a atualização do conteúdo da norma jurídica (VIEIRA e CAMPOS, 2013, p. 55).

É certo que as teorias do originalismo e não-originalismo apresentam variantes entre si, porém, neste trabalho destaca-se, em específico, a ideia da Constituição Viva ou *Living Constitution*. De acordo com David Strauss, esta ideia refere-se à digressão de que uma Constituição pode adaptar-se às novas circunstâncias, incluindo as mudanças sociais ocasionadas com o tempo, sem que haja a necessidade de sua alteração formal. (STRAUSS, 2010, p. 1).

Por tais motivos, reconhece-se a tendência no Direito de perquirir modelos interpretativos para as normas que se voltem às realidades sociais, o que somente pode se conceber através da sensibilidade em relação às dificuldades enfrentadas para a efetiva tutela estatal em face dos direitos que estão em questão. Assim disposto, impensável o Direito ser construído e aplicado sem observância à correspondente justiça social.

Neste ângulo constitucional, nem sempre normas homogeneizantes são aplicadas indistintamente aos diferentes grupos sociais que compõem determinados nichos. Perceber, portanto, a diversidade de condições em que se encontram os protegidos pelo Direito, enseja a urgência por formas jurídicas que possam adaptar-se às múltiplas dimensões. Por esta razão, o Direito é composto, primeiramente, pela categoria mais genérica das normas.

Segundo o pensamento de Humberto Ávila (2004), as normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos”, ou seja, são proposições abstratas, porém com conteúdo determinável e passível de generalização no que se refere ao seu sentido.

Nas palavras de Tercio Ferraz Junior, as normas devem ser compreendidas como:

expectativas contrafáticas, que se expressam por meio de proposições de dever-ser, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos tem sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos. (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 113)

Neste ponto, o universo das normas jurídicas é, de afogadilho, abstrato e generalista, expressando proposições que defendem o “dever-ser” para determinadas circunstâncias às quais estas serão aplicadas. Tais normas podem ser mais ou menos abstratas, razão pela qual, serão classificadas em princípios e regras cujas estruturas lógicas se diferem entre si.

Para o filósofo alemão Robert Alexy (2008, p. 90), as normas-regras correspondem àquelas normas circunscritas à validade jurídica, aplicadas à maneira “tudo ou nada” e, portanto, menos abstratas, pois determinam as relações que visam albergar. Ou seja, de acordo com o seu conteúdo, a regra estipula exatamente os elementos que determinam se ela será ou não aceita como válida.

Já as normas-princípios, ainda segundo Alexy (2008, p. 90-91), referem-se aos mandamentos de otimização relacionados aos valores defendidos pela sociedade como “justos”, integrando, tal qual as normas-regras, o rol do ordenamento jurídico. Valendo-se de uma concepção aproximada à de Alexy, Habermas (2003) pondera, que estes princípios servem como balizadores à auto-organização política de uma determinada comunidade, ditando os parâmetros de convivência que devem ser privilegiados nos discursos propalados na função comunicativa do Estado.

Ao longo da história da construção do pensamento jurídico, observa-se que a ideia de princípio foi trabalhada de diversas maneiras, até chegar à concepção empregada atualmente. Malgrado isto, pontue-se que a noção de norma e sua divisão entre princípios e regras nem sempre foi uma realidade na construção teórica do Direito.

Na fase jusnaturalista da construção jurídica os princípios gozavam de pouca consideração quanto à validade, já que sua normatividade era considerada nula.

Por sua vez, na fase positivista, os princípios ocupavam um lugar coadjuvante, limitando-se aos princípios gerais do Direito²⁶, e somente podendo ser aplicados em caso de lacuna legislativa. Eram, portanto, preconizadas, as normas-regras e a subsunção do fato à norma, consistente no alcance da perfeita adequação entre a ocorrência social e a previsão legal.

Conforme esclarece Rossi (2011, p. 21), existem várias correntes de pensamento voltadas à explicação do positivismo jurídico, uma vez que esta categoria se diferenciou no decorrer de cada contexto histórico, econômico, político, social e ideológico.

Não obstante, e para fins de se detalhar distinções, há que se diferenciar os principais elementos que caracterizam o positivismo e sua influência na consideração da função dos princípios para o Direito, de modo que se opta pela preleção de Rossi e Barbosa quando aduzem que uma das mais ressaltadas características do positivismo seria a defesa de um “modelo de regras para explicar a estrutura do sistema jurídico”. Nesse entendimento, as regras comportariam a descrição exata de um caso, relacionado a uma descrição normativa que ele se refere (ROSSI e BARBOSA, 2013). Esta, porquanto, seria a característica positivista comum que se apresenta na categoria: o excessivo apego às normas específicas em detrimento da consideração de tipos normativos mais abertos, como os princípios.

Finalmente, ao contrário do que se construiu com o positivismo, na fase pós-positivista do Direito, os princípios passaram a ser vistos como portadores de normatividade, sendo elementos chave para a ordem constitucional (WHATELY, 2013, p. 223).

Dessarte, pelo ponto de vista normativo, a ideia de princípio saiu de uma acepção insignificante, passando a ter um caráter supletivo até que, em dado momento, os princípios passaram a ser reconhecidos como norma, sem importar o grau de generalidade que lhe é inerente. Neste tom, a noção de princípio sempre foi mais genérica e atrelada aos valores defendidos no seio

²⁶ No Brasil, os Princípios gerais do Direito constituem elementos de integração normativa, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

da sociedade. O que se modificou, no entanto, foi seu caráter normativo e, daí, passou-se a admitir a sua imperatividade.

A ideia de princípio e seu uso no Direito, portanto, em muito está refletida nas concepções em favor e contra o positivismo. No caso do pós-positivismo, ainda segundo Rossi e Barbosa (2013, p. 61-80) pretende-se a construção de um modelo de regras e princípios a serem compreendidos como normas, que estabelecem soluções normativas, mas que não definem especificamente um caso, ou seja, não indicam expressamente quando essas soluções poderão ser aplicadas.

Nesta senda, “os princípios supririam juridicamente as aberturas do sistema por meio da ponderação ou compromisso interpretativo entre eles, estabelecido na deliberação prática que orientará a atuação dos órgãos de aplicação” (ROSSI e BARBOSA, 2013, p. 61-80).

Deixa-se, portanto, uma abertura à aproximação dos valores sociais na construção e interpretação normativa. A ideia de princípio aqui defendida em muito se aproxima à abordagem relativa aos valores evidentes na sociedade, porém, contemplando esta sociedade como um todo e englobando posicionamentos morais e valores diferentes:

Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos. (REALE, 2002, p. 701)

Segundo esta concepção de Direito, portanto, há que se coadunar os diferentes (e as vezes conflitantes) valores que permeiam uma sociedade. Logo, o desafio é trazer para dentro do ordenamento esses valores e sedimentar mecanismos que permitam a sua co-existência pacífica, tendo-se critérios definidos constitucionalmente para racionalizar caso a caso quais regras ou princípios devem ser definidos.

Assim, cabe o resgate da inclusão de valores sociais abandonados na visão positivista estrita, a exemplo da ética, para a construção de um direito

capaz de reconciliar os ideais de segurança jurídica e de justiça como valor moral:

O direito deve ser um instrumento de realização de condutas éticas e toda a atividade de produção e realização do direito, seja teórica, seja prática, deveria se guiar por parâmetros éticos e visar a consecução de objetivos éticos. Admitir e estimular uma estreita vinculação entre o direito e a ética, permitirá que a segurança e a justiça – os dois pilares básicos da vida social – sejam reconciliadas. (MARMELSTEIN, 2010, p. 19-20)

Inobstante isto, ainda que se defina sobre a importância de incluir os valores sociais no Direito, ainda se discute a respeito, sobretudo, como tais valores serão incluídos nos sistemas normativos. Nesta toada, vê-se a existência de algumas reflexões distintas quanto ao posicionamento dos valores sociais dentro de um determinado sistema normativo, como aquele asseverado por Prieto Sanchis (1994), que plasma os valores numa espécie normativa paralelamente aos princípios e as regras. No entanto, esta afirmativa não é integralmente seguida pela maioria dos doutrinadores, que atribuem uma carga axiológica aos princípios.

Na interpretação de Rossi (2011, p. 103), consoante a Escudero (2008, p. 375), os principais argumentos que apoiam a maioria dos sistemas jurídicos faz referência aos princípios e valores morais, fato que, na visão da autora, colide com a negação do papel da moral como fonte de direito. Para ela, a incorporação da moral nos textos jurídicos é adequada para se garantir o respeito aos princípios que assim são incorporados (ROSSI, 2011, p. 103). Deste modo, há que se consentir a proximidade, em termos práticos, dos valores sociais aos princípios, assumindo-se a ideia de que tais princípios são erigidos tendo como fundação os valores morais defendidos pela sociedade.

Deste modo, adota-se a concepção de que os valores integram a categoria normativa quando expressos no formato de princípios. Em síntese:

Os valores, portanto, representariam o conjunto de ideias que a sociedade entende como de fundamental importância para reger as relações sociopolítico-econômicas em certo momento; são os anseios sociais necessários para a subsistência da vida em sociedade; enfim, é o entendimento

prevalecente em determinado tempo e lugar, daí porque os valores podem ser mudados sem alterar as normas. (BARROSO, 2013, p. 121)

Em que pesem as divergências doutrinárias, importa destacar que, de todo modo, sem sentido uma concepção de direito baseada somente nas regras escritas no formato de leis. É primordial incluir os valores sociais nas normas, pois são eles os únicos possíveis de refletirem com maior atualidade aquilo que a sociedade crê como justo em determinado momento histórico. Quando trabalhados dentro de categorias normativas (como os princípios), os valores sociais constituem uma importante ferramenta para lapidação da justiça social sob a égide do Estado de Direito.

A preconização de uma concepção normativa mais aberta, portanto, também se coaduna à ideia de Estado de Direito defendida pelo jurista americano, recentemente falecido, Ronald Dworkin (2002, p. 7). Para o autor, o Estado de Direito se concebe pela perspectiva do texto legal (vinculação estrita ao conteúdo das leis) ou pela perspectiva centrada nos direitos (além do conteúdo normativo). Esta segunda opção, pressupõe que independente do estrito conteúdo das leis, os cidadãos possuem direitos e deveres morais entre si, além dos direitos políticos perante o Estado como um todo. Além do mais, uma concepção pautada nos direitos abre margem para que prevaleça a democracia sem atentar contra direitos contra-majoritários, ou seja, contra os direitos das minorias.

Conforme a análise dworkiana, esta aceção é mais complexa que a primeira e implica que a aquiescência às leis não se mostra suficiente para a realização da justiça, salientando que este consentimento legal provocaria injustiças, se suas regras forem injustas. Diante deste raciocínio, o autor orienta os juízes a desenvolver teorias semânticas que o auxiliem na aplicação da ordem normativa, aceitando-se que o texto jurídico é apenas uma das fontes de direito reconhecidas, não sendo, portanto, a fonte exclusiva. Assim, caberá ao julgador, adepto da concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, valer-se de algum princípio que capte, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes em litígio, desde que os princípios sejam compatíveis com a ordem jurídica (DWORKIN, 2002, p. 8 e 15).

Nesta cadência, para pensar em modelos de aplicação da justiça que melhor se acomodem à situações não usuais, como é o caso do problema enfrentado por este trabalho, não resta solução mais adequada do que o assentimento de tipos normativos mais abertos e flexíveis disponíveis à justiça dos cidadãos. Ora, sendo utópico às leis abarcarem toda a diversidade de situações sociais possíveis, assumir o Direito por um viés de interpretação da norma de modo estrito, textual, implicaria consignar um preceito de direito excludente e afeito às injustiças, o que parece uma interpretação descabida.

Desta forma, congruente consentir as normas-princípios como parte fundamental do próprio Estado de Direito, uma vez que ensejam a aplicação da justiça a um número muito mais amplo de situações. Isto, graças a um maior grau de abstração e relatividade normativa, sendo empregados a um número muito maior de possibilidades factuais ou jurídicas, em cada caso concreto em razão da proporcionalidade. Nas palavras do já mencionado pensador Robert Alexy:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. (ALEXY, 2008, p. 90)

Ronald Dworkin (2010, p. 36), por seu turno, estrutura a sistemática dos princípios com uma ideia mais fundada na abstração de justiça, uma vez que determina que o princípio deve ser entendido como o conjunto de padrões que não são necessariamente regras, mas que devem ser respeitados em razão do senso de justiça e equidade a que estão relacionados, incluindo algum grau de moralidade. O jurista americano constrói ainda uma teorização visando a completude da ciência jurídica, esclarecendo que a atuação do juiz (Juiz Hércules) frente ao caso concreto

novo – diferente do *sopesamento* de Alexy - deve se conduzir tal qual a metáfora do escritor de um romance que elabora cada novo capítulo do livro de modo harmônico com os capítulos anteriores (teoria do romance em cadeia), ou seja, evidenciar uma linha de precedentes concatenada coerentemente com o caso novo sob julgamento.

Assim, em face dessas teorizações, a utilização dos princípios como elemento constituinte fundamental do Direito demonstra-se relevante para presente abordagem uma vez que se fixa perfeitamente à demanda por instrumentos jurídicos acordes com a realidade social e pela plasticidade que pressupõem:

Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito – o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa – e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida (...) [SARMENTO, 2011, p. 15].

Desta ideia, deduz-se que sistemas jurídicos que priorizam regras e relativizam a normatividade dos princípios estão mais propensos a promover justiça. A plasticidade que se deve dar ao Direito, como recomenda o autor, é sobremaneira importante para proporcionar a justa medida na aplicação das normas, sempre visando colaborar para que estas resgatem a finalidade de promover a justiça.

Como consequência da aceitação dos princípios como categoria normativa, no entanto, surgem alguns problemas paralelos, que igualmente devem ser citados quando se pretende a construção jurídica que admita o uso normativo destes princípios. Na totalidade de contratempos que podem advir, no entanto, concentrar a atenção a este tema influi diretamente com o problema desta pesquisa: o aparente conflito entre normas-princípios e normas-regras.

Este assunto em específico é tratado por Robert Alexy quando versa sobre a colisão entre princípios. Preliminarmente impende salientar que existe uma diferença entre a colisão entre normas-regras e a colisão observada entre normas-princípios. No campo das normas regras, a colisão é mais facilmente resolvida em face de serem utilizados os instrumentos

jurídicos para determinar qual norma será válida. Nesta seara, avalia-se qual das regras é formalmente válida frente a outra. Já nas normas-princípios, por sua vez, a prevalência de um ou de outro dependerá da análise caso a caso, devendo o julgador realizar o que Alexy chama de “*sopesamento*” dos princípios. Neste caso, um dos princípios terá que ceder, o que não significa, no entanto, que o princípio cedente deva ser considerado inválido. Consoante ao autor: “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a relação de precedência pode ser resolvida de forma oposta” ALEXY, 2008, P. 93-94).

Assim, a prevalência de um princípio em detrimento do outro dependerá da análise do caso concreto: Entre as regras, a solução do conflito se dá no campo abstrato, enquanto que nos conflitos entre princípios, invariavelmente, a forma de solução deverá ocorrer no caso concreto.

Quanto ao conflito que por vezes surge entre os princípios e as regras, de acordo com Kohn (2012) caso o princípio seja reconhecido constitucionalmente, a regra será inconstitucional, dando-se primazia à aplicação do princípio²⁷. Esta possibilidade, inclusive, proporciona a consideração de que um princípio jurídico é capaz de substituir uma norma quando esta for injusta, e se mostrar contrária ao princípio que seria preconizado.

Deste modo, eficaz se torna a aplicação de tais princípios pelo Estado, e pelos julgadores munindo estes últimos com instrumentos legais e constitucionalmente previstos.

No campo teórico, o emprego desses princípios baseados nas permissões estabelecidas constitucionalmente compõem a ideia do neoconstitucionalismo, a qual se analisa em seguida.

²⁷ Como exemplo concreto o autor cita os artigos 51 e 52 da Lei n. 5250, denominada como Lei de Imprensa) que restringe o valor de indenização do caso de dano moral. Segundo sua análise, esta regra privilegia os interesses da imprensa, mas atenta para o fato de que a liberdade de imprensa não autoriza o cometimento de atos ilícitos, que, uma vez ocorridos, devem ser integralmente reparados. Assim, esta regra não seria compatível com um princípio maior do direito a ser indenizado no caso de danos morais constantes do artigo 5º, inciso X da Constituição Brasileira (KÖHN, 2012).

3.2. O NASCIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo é um conceito de origem espanhola e italiana, mas que tem exercido influência notória na doutrina brasileira. Trata-se de um conjunto de abordagens teóricas destinado a oferecer novos parâmetros para o Direito Contemporâneo, caracterizados pelo advento de Constituições fortemente dotadas de princípios, valores, direitos fundamentais e mecanismos de controle de constitucionalidade dirigidos por órgãos jurisdicionais especializados (MELO, 2013, p. 62).

Sua história possui como marco a Segunda Guerra Mundial, que funcionou como um divisor de águas para a cultura jurídica. Até a Segunda Guerra, predominava uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento quase como fonte exclusiva de Direito, sem atribuir força normativa às Constituições (SARMENTO, 2011, p. 2). Ademais, com os abusos do Estado com toda a legitimidade normativa, especialmente pelos regimes totalitários, viu-se a necessidade do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão diante do uso legal da violência do Estado ou por outras esferas de poder em quaisquer de suas manifestações, assim como também se estabeleceram métodos diferenciados de controle da Constituição.

Após esse marco histórico, a constitucionalidade mudou sua perspectiva coercitiva:

Depois da Segunda Guerra na Alemanha e Itália e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas instituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (SARMENTO, 2011, p. 2)

Entrementes, foi o receio de permitir que o Estado legitimado a cometer atrocidades em nome de uma maioria o fator que levou ao início da quebra de paradigmas na cultura jurídica. De igual modo, Rossi e Pamplona dispõem que:

A trajetória da centralidade das Constituições no sentido de ocuparem o *locus* mais importante da ordem jurídica se inicia ao fim da segunda Grande Guerra, especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As Constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. (ROSSI e PAMPLONA, 2013, p. 2)

Portanto, o “remédio” encontrado para combater os desmandos do poder político que resultaram nas grandes catástrofes, foi fortalecer o papel dos dispositivos constitucionais, em especial aqueles que espelhavam os valores sociais defendidos pela sociedade, conferindo-lhes caráter normativo. Percebe-se que, analogamente ao que ocorreu com a aceitação da função normativa dos princípios, o que conduziu à busca por mudanças significativas na cultura jurídica foi o receio de compactuar com a legitimação do Estado para o cometimento de atrocidades. Foi, portanto em vista desses acontecimentos históricos, que a sociedade moveu-se no sentido de consignar no texto constitucional normas que garantissem maior proteção aos direitos fundamentais contra abusos estatais. Vê-se, que foi no período do segundo pós-guerra que se adotaram atitudes de verdadeira democratização da Constituição, tornando-a a principal norma jurídica do Estado, cujos preceitos deveriam ser plenamente cumpridos. Assim, a Constituição passou a atuar como protagonista na ordem jurídica dos Estados, espelhando um caráter assecuratório e não programático na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Medina, no entanto, opina no sentido de que estas mudanças estariam dando azo a uma “nova crise na teoria do Direito” ocasionada por algumas situações como a crescente insatisfação com a ontologia aceita na Ciência Jurídica, já que antes o magistrado aplicava o Direito pelo significado textual das regras concretas, seguindo a máxima da “*dura lex, sed lex*” (MEDINA, s.a. p. 407). Nesse tom, houve uma crise com o *modus* habitual do direito e diante desse quadro, portanto, haveria duas alternativas possíveis: o caos, ou a reestruturação dos fatores que a ocasionaram. Em consequência

dos pós-guerras, portanto, muitos filósofos do Direito reconheceram a partir de então, abertamente, que o direito é, irrefutavelmente, um instrumento de política, consoante ao defendido por Marmelstein: “Não há como negar isso e não há como fugir disso, já que o Direito é um mecanismo de poder e uma das funções da política é a conquista do poder” (2010, p. 19).

Nota-se que, aderir a mudanças após fatores críticos ocorridos com aquiescência das instituições parece melhor caminho do que o caos e a convivência com o genocídio contra as minorias que não se enquadram aos padrões sociais hegemônicos.

Entre as grandes inovações ocorridas na tentativa de tornar o Direito mais próximo da sociedade, salienta-se o crescimento da importância do Poder Judiciário na distribuição do poder estatal, de forma que, cada vez mais questões polêmicas da sociedade passaram a ser decididas também pelos magistrados, mormente no que pertine às cortes constitucionais (SARMENTO, 2011 p. 3).

Em suma, uma margem muito maior de poder de decisão foi transferida para o Judiciário, especialmente quando se trata do reconhecimento da discricionariedade política do intérprete das normas, pela aplicação cada vez mais significativa das técnicas de ponderação e uso dos princípios constitucionais para a resolução de *hard cases* (SARMENTO, 2011, p. 3).

Com efeito, esclarece-se que a proposta estabelecida neste trabalho, remete aos aportes de Alexy (2008), no sentido de se racionalizar a ponderação, restringindo, assim, a possibilidade de arbitrariedade nos procedimentos de tomada de decisão. A proposta do neoconstitucionalismo parte, portanto desta premissa cujo detalhamento dos fundamentos e implicações desta forma de pensar o Direito e a aplicação da Justiça serão vistos em seguida.

3.3. A PROPOSTA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Como já retratado, são inegáveis as transformações jurídico-políticas ocorridas no núcleo da sociedade moderna, destacando-se, entre elas, a nova perspectiva adotada quanto à interpretação e aplicação dos textos constitucionais. Sob tal ótica, a Constituição não deve ser utilizada tão somente para limitação do poder político, mas, sobretudo, deve ser aplicada de modo a resguardar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais nela impressos.

Conforme denota Gajardoni (2001, p. 3), a margem de possibilidades para que juiz decida livremente, com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal (fundada no princípio do livre convencimento motivado) ainda não permite que, com fulcro nesses mesmos elementos, o juiz também tenha maior margem de atuação no direito material, nas condições especiais ou na autorização das partes. Segundo o autor, além da lei, das provas e da convicção pessoal, há outros fatores que devem nortear a atuação jurisdicional:

(a) A complexidade das questões de fato ou de direito; (b) a complexidade da prova a ser produzida; (c) o número de litigantes; (d) o volume da prova oral; (e) a relevância da causa para pessoas não participantes do processo; entre outras, também devem influenciar na elaboração e eleição do procedimento, algo que não me parece ter estado na pauta dos legisladores e nem dos intérpretes pátrios. (GAJARDONI, 2001, p. 3)

Ou seja, há uma série de obstáculos à realização da justiça e de seu acesso que ainda não entraram nas pautas de discussões sobre os temas atinentes à efetividade do Judiciário. As hipóteses trazidas pelo autor, portanto, são apenas exemplificativas das inúmeras variáveis que devem integrar as discussões. Deste modo, o primeiro passo para tratar o problema é a impossibilidade do legislador de prever todas as situações em que a observância das normas processuais estará comprometida, impedindo-se, assim, que o Judiciário cumpra sua tarefa de pacificação social.

Neste enredo é que se identifica a proposta do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, como referência para a resolução dos conflitos jurídicos, almejando-se possibilitar a máxima concretude das prerrogativas

constitucionais – e conseqüentemente, o efetivo acesso à justiça – por meio da atuação do magistrado.

Em sede conceitual, o neoconstitucionalismo trata de uma nova maneira de construir e interpretar o Direito, salientando o papel normativo dos princípios, que expressam os valores sociais, juntamente com os direitos e garantias disponibilizados pelo ordenamento jurídico, objetivando ofertar ao julgador que este decida de acordo com critérios que vão além da interpretação gramatical das normas-regras. Nas palavras de Möller (2011, p. 23):

Enquanto o neoconstitucionalismo pode significar um movimento ideológico nascido no âmbito jurídico, que propõe alguns câmbios de atitude na aplicação das normas constitucionais e de alteração do papel dos juízes na formação do direito; também pode ser encontrado o uso do mesmo termo para designar uma concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, capaz de suceder ao positivismo jurídico.

Na preleção do autor, a ideia de neoconstitucionalismo não se centra apenas na mudança quanto ao papel que os juízes exercem na interpretação das normas no geral. Segundo a sua acepção, trata-se da modificação da própria noção de Direito, alicerçadas nas premissas pós-positivistas que fundamentam o fenômeno jurídico, a fim de fornecer ao direito um equilíbrio melhor instituído entre segurança e justiça.

Na interpretação de Toledo e Reigota, o neoconstitucionalismo é uma “nova visão” sobre a “função da Constituição nas estruturas jurídicas contemporâneas”. Segundo eles, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, a Constituição encontra-se em posição de supremacia em relação aos demais instrumentos normativos, não estando limitada ao “controle de constitucionalidade”, mas procurando “assegurar a realização dos valores constitucionais” (TOLEDO e REIGOTA, 2011, p. 6). Ou seja, o núcleo do neoconstitucionalismo consiste, justamente, no entendimento de que a Constituição deve ocupar lugar central no ordenamento jurídico dos Estados, bem como seus princípios e valores devem ser efetivados e integralmente cumpridos.

Gisele Cittadino (2004, p. 105) chama a atenção para o fato de que há que se reconhecer que a expansão da importância da ação judicial é marca fundamental das sociedades contemporâneas, sendo constatado o protagonismo do Poder Judiciário tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, sendo possível, inclusive, pensar em uma espécie de “direito judicial”.

De acordo com Garcia (2015, p. 3) o direito judicial reflete a atividade de definição do Direito pelos tribunais, assumindo configurações concretas (pela solução de litígios) ou abstratas (no caso do controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais constitucionais). Segundo o autor, a principal especificidade do direito judicial em face da norma de origem legislativa é a sua maior maleabilidade. Neste prumo, se está relevando a atividade judiciária de criação de normas, ainda que o uso seja diferente da aplicação observada no Direito Legislativo.

Com amparo nessas digressões, o neoconstitucionalismo consiste em um movimento jurídico-político que envolve vários fenômenos, sintetizados por Sarmento como: a) o reconhecimento da força normativa aos princípios defendidos pela sociedade e sua incorporação pelo Direito; b) rejeição ao formalismo e busca por raciocínios jurídicos mais abertos; c) constitucionalização dos direitos fundamentais; d) reaproximação do Direito e da Moral e e) a judicialização da política e das relações sociais, incluindo-se um deslocamento de poder das esferas legislativa e executiva para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2011).

Segundo a precisa lição de Cláudia Barbosa e Amélia Rossi (2013, p. 61-80), o neoconstitucionalismo está próximo da tradição constitucional europeia, sem negar-se que uma parte de sua inspiração advém de tradição norte-americana, sendo, portanto, o resultado da convergência entre ambas. Da primeira tradição (norte-americana) provém a ideia de Constituição como regra do jogo da competência social e política. Da segunda (tradição europeia), o neoconstitucionalismo teria herdado o entendimento da Constituição como um projeto político bem estruturado, aliado à concepção de que a Carta representa um documento importante na participação direta da construção dessas regras do jogo. Nesse sentido, ainda segundo as

autoras, há a criação de “um texto jurídico supremo para instrumentalizar um programa transformador” (ROSSI e BARBOSA, 2013, p. 61-80).

Entende-se, por sua vez, que a síntese apresentada por Sarmento da mesma forma que as doudas juristas expressam, denotam a ideia do neoconstitucionalismo, como um conceito que pode ser construído a partir da ideia de um movimento jurídico-político, consistente em um conjunto de medidas voltadas a uma visão pós-positivista do Direito, privilegiando a construção e aplicação normativa de modo a incluir os valores consentidos pela sociedade, sob a forma de princípios.

Para além disso, defende-se a ideia de um neoconstitucionalismo firmado nos limites constitucionais, optando por modelos normativos que permitam o Direito vinculado à ideia de justiça enquanto valor moral e ético - como elemento de maleabilidade do Direito - a fim de que este disponha de ferramentas para permitir a justiça diante da complexa configuração das sociedades atuais.

Como características no neoconstitucionalismo, pontual a proposta de Susanna Pozzolo (2011, p. 79):

- a) a adoção de uma noção específica de Constituição como norma; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.

Assim, reconhece-se que a amplitude do neoconstitucionalismo corresponde a critérios gerais que abarcam o Direito como um todo. No entanto, há diversas correntes que se apresentam em decorrência desta construção teórica principal, sendo uma delas o ativismo judicial.

De acordo com Leonardo dos Anjos (2010, p. 147), a noção de ativismo judicial associa-se às novas propostas neoconstitucionalistas, uma vez que estas preveem uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e finalidades estabelecidos na Constituição, resultando numa maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes. Esta nova configuração da atuação do Poder Judiciário já se mostra uma tendência em franca expansão: “o que se tem verificado é que a interpretação, máxime no âmbito das cortes constitucionais, é cada vez

mais exercício de escolha de valores e cada vez menos mera aplicação dos textos legislativos” (ANJOS, 2010, p. 147).

O ativismo judicial, no campo teórico, foi trabalhado por Luiz Roberto Barroso, para quem o conceito também se relaciona com uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização das finalidades constitucionais sendo a postura ativista manifesta por alguns elementos como a aplicação direta da Constituição, ainda que as situações não possam ser expressamente contempladas pelo texto constitucional; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base nos preceitos constitucionais e a imposição de condutas ao Poder Público em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Na mesma opinião, para Toledo e Reigota, o ativismo judicial seria uma nova maneira de interpretar os princípios e cláusulas abertas contidas no texto constitucional, um movimento “que propõe a legitimidade das decisões judiciais que impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa” (TOLEDO e REIGOTA, 2011, p. 11), ou seja, um modo de compreender e aplicar as normas constitucionais, atentando-se para a efetivação dos princípios absorvidos pela sociedade espelhados na Constituição.

Dessa forma, inegável que o ativismo judicial no contexto do neoconstitucionalismo oportuniza, na verdade, a flexibilização das normas jurídicas pelo Poder Judiciário redundando em melhor aproveitamento dos preceitos constitucionais e conseqüentemente maior interferência na área de atuação dos outros dois Poderes, gerando por isso críticas em torno de uma possível violação da teoria da separação de poderes.

Restrito a isto, cumpre mencionar que as atividades de criação de leis (legislativo), de operacionalização do aparelho do Estado para executar as leis (executivo) e a aplicação das leis ao caso concreto (atividade judiciária), sofreram mutações ao longo tempo, especialmente quando se tem um Estado Constitucional, que consagra a existência de uma submissão e compatibilização normativa aos ideais de democracia.

Num estado democrático de direito, é certo que a atividade judiciária também deve envolver preceitos relacionados à justiça enquanto valor moral. A efetivação da justiça é fundamental no exercício da atividade do

magistrado. Todavia, essa também é uma concepção que sofreu alternâncias.

Conforme elucidado no primeiro capítulo, Kelsen entendia a justiça como uma ideia irracional, que não estaria sujeita à cognição humana, defendendo a construção de um Direito apartado dessa noção, já que esta enquanto ciência não poderia ter suas bases fincadas na metafísica. Para ele, a ciência do Direito buscaria algo concreto e real e não exatamente o correto, sendo que a justiça então seria uma “qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação” (KELSEN, 2007, p. 19). A ideia de justiça, conseqüentemente, seria traduzida pela correta aplicação da lei.

O certo é que a evolução social, principalmente pela influência de fatores históricos, foi transformando esta concepção, de modo que para a aplicação da lei hoje é essencial também manter uma margem de flexibilização do Direito, para que este possa adequar-se de forma mais justa à realidade social. Tanto é assim que Daniel Sarmento afirma que os princípios conferem “plasticidade ao Direito”, ou seja, tornam-no maleável para que seja aplicado com maior justiça (SARMENTO, 2011, p. 15). Com efeito, observa-se que uma concepção de Direito que prioriza a aplicação dos princípios em casos não abrangidos pelas normas-regras, coaduna-se com as ideias neoconstitucionalistas e, por conseguinte, com as premissas levantadas pelo ativismo judicial, sendo tais teorias úteis à consecução da justiça se adotadas em respeito à ordem jurídico-constitucional vigente.

Por este motivo, apresenta-se essencial a utilização de princípios constitucionais como alternativa para balizar a flexibilização de normas-regras, a fim de que tal opção não redunde em ilegalidades. Neste caminho, partindo-se de uma concepção que não admita uma separação estrita de poderes, advoga-se a possibilidade de que o Poder Judiciário venha, por meio de suas decisões, exercer suas atividades com supedâneo nos princípios constitucionais, através da argumentação e interpretação jurídicas. É justamente em decorrência deste raciocínio que se inicia o movimento do ativismo judicial no contexto do neoconstitucionalismo, conforme se destaca no presente estudo.

Entre os novos parâmetros surgidos em decorrência de tais movimentos, pode-se citar o crescimento da importância do Poder Judiciário na distribuição do poder estatal, de forma que, cada vez mais questões polêmicas na sociedade passaram a ser decididas pelos magistrados, mormente no que tange às cortes constitucionais. Uma margem muito maior de poder de decisão é transferida para o Judiciário, especialmente quando se trata do reconhecimento da discricionariedade política do intérprete das normas, pela aplicação cada vez mais significativa das técnicas de ponderação e uso dos princípios constitucionais para a resolução de *hard cases* (SARMENTO, 2011, p. 3). Em relação a isto, válido se faz registrar, ainda, a opinião do aclamado doutrinador:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. (SARMENTO, 2011, p. 14)

Nessa trilha, a crescente utilização de princípios constitucionais no campo político, portanto, seria o fator que legitimaria a abertura de uma margem muito maior de discricionariedade ao magistrado, pela justificativa de que os princípios constitucionais refletem os valores mais fundamentais defendidos pela sociedade, conforme repisado alhures. No neoconstitucionalismo, deste modo, ocorre um resgate da moral como fundamental para a determinação do direito, ao contrário do que propõe o pensamento de Kelsen (2007, p. 8) voltado para a separação entre Direito e Moral, enfocando-se a decisão das questões difíceis a cargo do magistrado pela via da argumentação jurídica – o ativismo judicial propriamente dito.

Sobre esta tendência ao uso cada vez mais acentuado da força normativa dos princípios pelos juízes, Sarmento descreve os pontos negativos desta conduta, caso seja esta levada ao extremo pode ocasionar consequências desastrosas, pois favoreceria um governo “à moda platônica,

de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada [...], construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz” (SARMENTO, 2011, p. 13), além do fato de ser alegável, ainda, que o magistrado julgaria de acordo com suas próprias convicções e ideias de Justiça.

Quanto a isto, inclusive, há que se esclarecer que a atividade do julgador em nenhum momento deve ser guiada unicamente por suas convicções pessoais. Apesar de haver influência incontestável de aspectos subjetivos em quais atividades humanas, o processo de decisão do juiz não é aleatório e deve seguir alguns parâmetros. Segundo George Marmelstein este processo engloba interpretação e aplicação do Direito, enfatizando a existência de duas fases: descoberta e justificação. Na fase da justificação é quando o juiz analisa, segundo sua convicção, a resolução mais adequada ao caso, mediante a “verificação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2010, p. 54).

Por esta razão, se desvela adequado o entendimento de que após a aplicação de todas as técnicas de interpretação da norma, persistindo a incongruência legislativa, aí então se fará legítima a postura ativista como meio de resolução de conflitos jurídicos por parte do Poder Judiciário.

Entrementes, a decisão firmada unicamente nos critérios subjetivos do juiz, não corresponderia ao que efetivamente poderia gerar uma postura neoconstitucionalista. Ao contrário, a atividade política do magistrado deve ser vista como parte integrante do modelo de Estado Democrático de Direito, que prevê a distribuição de poder em diversas instâncias e não apenas em âmbitos de poder específicos.

Por esta ótica, nota-se outro problema que alude ao aparente conflito existente entre o Constitucionalismo (que legitima o Poder Judiciário) e a Democracia (que pressupõe que quem tome as decisões importantes para a sociedade seja representante eleito pelo povo):

Esta crítica se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga [...]. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as

interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés justicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente. (SARMENTO, 2011, p. 12)

Pensando-se em argumentos para contrapor a crítica, interessante verificar em Dworkin alguns questionamentos:

Poderíamos pensar que a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas sabemos que às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre direitos individuais [...]. Deveríamos aceitar restrições constitucionais ao poder democrático para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão, ou outras liberdades importantes? (DWORKIN, 1999, p. 214-215)

A partir destas digressões, caberia indagar se determinada norma pode ser substituída por um princípio para adequar-se à situações não usuais. Do mesmo modo que o sistema normativo distingue entre direitos voltados às majorias e direitos atribuídos às minorias, também é necessário considerar que a lei, em casos específicos, pode prejudicar a parte e tornar-se, portanto, injusta. Assim, seria possível a defesa de uma legislação que flagrantemente é injusta para alguns casos específicos? Seria aceitável impedir o uso de princípios e, assim, favorecer apenas aos jurisdicionados que contam com estrutura judiciária adequada e suficiente para cumprir os requisitos constantes da legislação processual?

Sabe-se que as contingências incomuns, onde é detectada a carência de estrutura, não estão diretamente relacionadas aos problemas que envolvem as minorias. Não obstante, sob um olhar comparativo, o argumento pode ser útil para pensar soluções para as populações que não possuem acesso à estrutura de justiça: se não é justo que decisões em prol das majorias afetem os direitos das minorias, também não é justo que normas cabíveis às atividades jurisdicionais bem estruturadas institucionalmente sejam exigidas de igual maneira em face daquelas que não contam como mínimo de condições para atender às suas funções constitucionalmente estabelecidas.

A crítica voltada, portanto, à pretensa atividade política do juiz, deve ser respondida tendo-se em conta que a busca pelo justo faz parte do jogo da democracia, atuando para equilibrar os critérios de justiça diante do caso concreto, cabendo-lhe interpretar as normas jurídicas que lhe são postas, com o escopo de se chegar a uma melhor e mais justa decisão moral frente ao fato impeditivo do processo ou procedimento e visando sempre assegurar o acesso à justiça do jurisdicionado.

Nessa sequência, o papel exercido pelo neoconstitucionalismo é em muito explicado pelo contexto histórico que o ensejou: os abusos de poder e a aplicação de um direito para a sociedade hegemônica geraram uma série de violências e violações aos direitos dos seres humanos que não compunham esta sociedade majoritária. A não observância dos direitos das minorias, portanto, levou à necessidade de construção de formas de pensamento jurídico que efetivamente não obstaculizassem os direitos de uma maioria, legitimando as atrocidades contra as minorias nas guerras mundiais do século passado. Sendo esta a causa da criação dos preceitos neoconstitucionalistas, percebe-se que sua importância reside justamente em que este foi o caminho proposto para equilibrar os direitos da maioria (hegemônicos) em face dos direitos das minorias, que, por vezes, geram choques quando co-existem.

Apesar das críticas quanto à ideia extrema do ativismo judicial no âmbito do neoconstitucionalismo, repara-se que este é caracterizado, principalmente pela posição de protagonista que o magistrado ocupa especialmente quando se trata de assegurar os direitos das minorias que, conforme salienta Dworkin, podem ser injustamente ameaçados pela maioria. No entanto, ainda se mostra um problema a determinação de quais valores serão usados pelo juiz para julgar direitos que envolvam minorias. Para o positivista de Oxford Herbert Hart (2010), essa questão se contrapõe ao apelo pelo consenso: caso o julgador pense na salvaguarda dos direitos individuais e das minorias contra os direitos da maioria, não poderá fazê-lo segundo a lógica da maioria. Para o presente estudo, tal argumento parece relevante, pois prevê comportamentos jurisdicionais diferenciados para situações incomuns (minoritárias).

Um exemplo que bem ilustra a situação são os casos de conflitos socioambientais. Quando o magistrado se vê diante de questões que envolvam conflitos entre princípios igualmente relevantes do ponto de vista social, precisa integrar hermeneuticamente os interesses conflitantes a fim de tomar a decisão o mais próximo possível do ideal de Justiça. Não raramente, haverá situações em que o Judiciário se posicionará diante de interesses conflitantes como o direito ao desenvolvimento nacional em contraposição ao direito de alguma pequena comunidade tradicional, por exemplo, sempre que se tratar da disputa por recursos naturais. É a discussão que se trava atualmente em relação aos empreendimentos hidroelétricos em face da salubridade do meio ambiente e dos povos e comunidades tradicionais que dependem de recursos naturais a serem afetados por mega obras do progresso.

De um lado, vêem-se os interesses nacionais atinentes à produção de energia; de outro, a manutenção das condições sadias de vida dos povos indígenas e comunidades tradicionais a serem afetadas pelo empreendimento. Apesar de o sistema jurídico pátrio plasmar a importância da terra para a sobrevivência cultural dos povos indígenas, não há um reconhecimento também factual (MARCONDES, 2011, p. 60), subsistindo este direito apenas na lei, uma vez que o atendimento da ganância energética da maioria da população brasileira acaba se sobrepondo, na prática, aos direitos da minoria indígena.

Já quanto ao problema do acesso à justiça, nos casos em que há um descompasso entre os modelos normativos e as condições de vida das populações, caberá ao magistrado racionalizar quais os princípios deverão ser aplicados com base no que lhe permite o sistema normativo, nos moldes do que defende Alexy (2008) quanto à ponderação.

Nessa lógica, uma atuação mais ousada por parte do Judiciário, pautada em ideais neoconstitucionalistas voltados aos problemas sociais, ajudaria na observância dos direitos dessas minorias, de forma a ponderar (dentro dos limites constitucionais) pela manutenção da atividade do Judiciário em harmonia com as garantias constitucionais, afinal, “esse processo de criação do juiz, o qual rompe com a divisão clássica dos poderes preconizada por Montesquieu, é chamado de ativismo judicial” (TOLEDO e

REIGOTA 2011, p. 11). Portanto, o neoconstitucionalismo pode constituir um instrumento de auxílio na implementação dos elementos de justiça e de democracia ao Judiciário no tratamento das embricadas questões socioambientais, cuja complexidade nem sempre é acompanhada pelas leis em vigor.

Oportuno destacar, nesse histórico, que a postura proativa do juiz se justifica também diante da impossibilidade material de aplicar a lei em circunstâncias especiais – “trata-se de um remédio que deve ser utilizado somente em algumas épocas” – ocasião em que o Poder Judiciário suplantaria tal omissão mediante o uso de técnicas de interpretação da norma jurídica, sob a luz do texto constitucional, visando sempre a pacificação social (TOLEDO e REIGOTA, 2011, p. 11).

Do ponto de vista da classificação do ativismo judicial, segundo Jussara Maria Pordeus e Silva, há correntes doutrinárias para a compreensão do fenômeno, destacando-se a *corrente normativa*, a dos *interpretativistas* e a corrente dos *não interpretativistas*. No primeiro caso, aplica-se o princípio da Supremacia da Constituição diante das decisões legislativas e das omissões do Poder Executivo. Já quanto aos *interpretativistas*, entende-se inseridos neste rol “aqueles magistrados que interpretam a norma constitucional de forma construtivista, calcados em padrões da comunidade que por vezes se rompem surgindo novos paradigmas” e quanto aos *não interpretativistas*, consideram-se os juízes que se limitam “às formas tradicionais de interpretação da lei, cominando a intenção do legislador e as teorias semântico-positivistas” (SILVA, 2010, p. 260-261).

As correntes *normativa* e a *não interpretativista* corresponderiam às versões menos radicais de ativismo judicial. No caso da corrente normativa, haveria apenas a permissão para uso das normas gerais da Constituição para o caso de falta de lei específica adequada. Mesmo sendo mais contida, esta classe de ativismo judicial não permite uma abordagem interessante aos sistemas de interpretação da norma. Do mesmo modo, a corrente *não interpretativista*, também seria uma versão menos radical de ativismo por prever o uso tradicional de interpretação da lei, indo atrás da vontade do legislador, numa interpretação contextual de quando a norma foi produzida.

Por sua vez, a corrente *interpretativista* propõe uma atuação judicial mais contundente, já que prevê a possibilidade de que o magistrado de construir o modo pelo qual o direito será aplicado, em razão dos valores sociais, ainda que não exatamente explícitos nos textos legais.

As diferenciações entre as correntes reportam-se apenas ao campo de abrangência a ser utilizado em razão das normas e de sua interpretação, mas todas, incontestavelmente, contribuem com a construção de novas formas de interpretação das normas-regras.

Daniel Sarmiento expõe, também, os fundamentos do neoconstitucionalismo, sinalizando também as debilidades da teoria:

A constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição, e leva ao entricheiramento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade [...] A constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional. (SARMENTO, 2011, p. 18)

Partindo desse balizador, defender ou não o neoconstitucionalismo depende exatamente de onde esses limites se colocam. O autor não protege as ideias neoconstitucionalistas caso estas venham a resumir a simples utilização de princípios ao invés de regras; à ponderação em detrimento da subsunção e onipotência do Judiciário em detrimento da autonomia do legislador ordinário (SARMENTO, 2011, p. 19). Em contrapartida, o autor apregoa a ideia neoconstitucionalista se isto significar uma nova teoria constitucional que não rejeite a importância das regras e da subsunção de normas, mas abra espaço para os princípios e para a ponderação, racionalizando o seu uso (SARMENTO, 2011, p. 19). É esta concepção de neoconstitucionalismo que possibilita o ativismo judicial propriamente dito e, conseqüentemente, o acesso à justiça, mediante a concretização dos direitos e garantias constitucionais e o conseqüente acesso ao justo como valor.

Na verdade, seja qual for o grau de ativismo, vê-se que em casos em que a lei não for bem clara, ou melhor, for omissa em aspectos importantes

ou insuficientes as condições materiais para a sua aplicação “mecânica” – o que ocorre em grande número de vezes – deve o magistrado valer-se das técnicas de interpretação da norma, sendo o ativismo judicial um produtor de caminho para estes casos específicos. Dessa forma, aparelhado desta ferramenta, tendo por referência o texto constitucional e os valores ali impressos, o juiz teria a oportunidade de resolver o caso concreto, primando pela concretização do ideal maior de justiça.

Pelo delineado se percebe clara a preleção de Sarmiento, em razão de que tal entendimento coerentemente deixa margem para consideração das complexidades da sociedade, que dificilmente conseguem encaixar-se nos estreitos limites das regras jurídicas. Na verdade, pode-se afirmar que o ativismo judicial no contexto do neoconstitucionalismo não se comporta com desprezo em relação às normas jurídicas, mas sim, almeja o estabelecimento de uma maior valoração aos princípios constitucionais.

Dessa forma, há que se defender a atuação do Judiciário dentro dos limites postos pela segurança jurídica do ordenamento, mas sem que se fechem totalmente as possibilidades de pensar o Direito, contemplando as diversidades e complexidades inerentes à realidade espacial e da sociedade que o compõe, através da concretização dos valores e princípios constitucionais.

3.4 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL: A PREOCUPAÇÃO COM A “ATIVIDADE LEGISLATIVA” DO MAGISTRADO

Inobstante às justificativas doutrinárias neoconstitucionalistas e, em especial, as do ativismo judicial explicarem em grande medida como tais ideais se sedimentam aos pilares democráticos e do Direito, muitas são as críticas formuladas procurando inviabilizar a escolha adequada do magistrado voltada à abertura dos princípios em detrimento das regras.

A crítica mais contundente nesse nexos refere-se a que, ao agirem nos moldes propostos por tais teorias, os julgadores estariam extrapolando os limites de suas competências dispostas na Constituição e institucionalizados pela separação de poderes, além do fato de que segundo as premissas neoconstitucionalistas, muito seria relegado à atividade dos

juízes, que não seriam capazes de fornecer uma análise imparcial dos casos postos à sua instrução.

Em crítica contra o neoconstitucionalismo, Lenio Streck, por exemplo, entende que é temerária a defesa de um constitucionalismo que se pretende novo, porém, depositando suas esperanças no que chama de “loteria” do protagonismo judicial. Para ele, o constitucionalismo que seguiu às grandes guerras mundiais deveria ser denominado como Constitucionalismo Contemporâneo, ao invés do controverso termo “neoconstitucionalismo” (STRECK, 2012, P. 13)

Estes argumentos consistem, portanto, nas principais críticas formuladas em torno do fenômeno da judicialização da política ou da politização do Judiciário, que confere ao Poder Judiciário, instâncias de decisão que originalmente eram atribuídas aos poderes Executivo e Legislativo. Este deslocamento de atribuições, portanto, modifica estruturas clássicas no Direito, favorecendo novas configurações das esferas de poder decisório: “A judicialização e o ativismo de um lado, o poder de intérprete e criador do direito de outro, favorecem o protagonismo político do magistrado e o fortalecem na tarefa de intérprete e criador da norma”. (GARANHANI e BARBOSA, 2014). Apesar das críticas contra esta nova roupagem no campo do Direito, há motivos suficientes para sua defesa. Barbosa (2013, p. 14) aduz que são razões favoráveis à judicialização: a democracia, a insuficiência da separação de poderes, o uso dos tribunais por representantes dos diversos setores da sociedade, a desconfiança do povo em relação aos poderes da sociedade, possibilidade de que o Judiciário resolva situações controversas que deveriam ser tomadas em consenso por outras instituições.

De acordo com Jussara Pordeus e Silva (2010, p. 257-258), o ativismo judicial seria a participação ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais. A Judicialização da Política, por outro lado, seria o fenômeno em que algumas questões de grande repercussão política ou social acabam decididas pelo Judiciário e não pelas instâncias de poder habituais (como por exemplo o Congresso Nacional ou o Poder Executivo).

Com efeito, a influência das decisões judiciais em questões políticas não se dá de maneira homogênea, uma vez que muitas são as esferas em

que esta influência pode ser operada, desencadeando diferentes consequências. Há, no entanto, que se cuidar para não se preterir toda e qualquer influência política em ações no Judiciário à pecha da inadequação e da impossibilidade.

Consoante ao que defende Mancuso (2015, p. 82), a atividade judiciária inevitavelmente se reveste de um certo peso político, na medida em que impactará a coletividade no geral ou um segmento significativo dela. No entanto, esta intervenção não pode ser tratada no sítio partidário da política, uma vez que o desenvolvimento deste tipo de atividade se dá em âmbitos específicos e bem delineados que em nada podem ser comparáveis à atuação do juiz.

Porquanto, isto seria uma ingerência política diferenciada, cujo acometimento é previsto constitucionalmente, como parte da ordem jurídica posta, em resposta à oferta insatisfatória de soluções advindas do Estado. Quando não é possível a resposta pela via das normas-regras postas, caberá ao Judiciário valer-se dos princípios reconhecidos para suprimir as deficiências na prestação das funções públicas aos cidadãos:

A judicialização da política não é um fenômeno gerado espontaneamente, nem é autopoietico, mas em verdade radica, remotamente, na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo Poder Público à população. Essa postura ineficiente abre um vácuo que passa a atrair as demandas reprimidas e as insatisfações gerais, as quais, restando sem atendimento e sem canal de expressão adequado, acabam se voltando para a instância que se apresenta como derradeira, quando as demais falham: o Judiciário. (MANCUSO, 2015, p. 83)

Esclareça-se, no entanto, que nesta perspectiva deve se levar em conta que o fenômeno da judicialização resulta de um novo papel do Estado, voltado à realização de direitos sociais, da superação de uma teoria limitada de separação de poderes e à atribuição de normatividade aos princípios. À luz destas premissas, forçoso anuir que a judicialização da política não é em nenhum momento um fenômeno contrário à ordem constitucional-democrática ou mesmo à separação de poderes. Esta ideia é corroborada, inclusive, por Gisele Cittadino (2004, p. 106), para quem o processo de

“juridificação” das diversas esferas da vida social é viável quando compatibilizado com uma filosofia constitucional engajada nos cânones de igualdade e dignidade humanas. Ademais, o juiz só atua mediante provocação, quando as demais esferas do poder estatal não foram capazes de solucionar a demanda levantada, lembrando que ao magistrado é vedado deixar de dar resposta às pretensões que lhes são apresentadas em cumprimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado na Carta da República no art. 5º, inciso XXXV.

Na visão de Virgílio Afonso da Silva (1996, p. 30), os argumentos que se utilizam da separação de poderes ou da ausência de legitimidade democrática comumente são utilizados de modo maniqueísta, uma vez que não se cita o fato de que o próprio controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável da ordem constitucional, sendo irrestritamente aceito que os juízes possuem legitimidade para intervir nas questões legislativas e processuais.

Em vista disso que a influência do Judiciário em questões políticas constitui uma realidade constitucionalmente prevista. Rodolfo de Camargo Mancuso trata de esclarecer que a dificuldade contramajoritária existente nesta questão advém da não consideração de que a legitimidade da jurisdição também é expressa pelos instrumentos da ordem jurídica:

Cabe desde logo registrar que, à base da resistência ao controle judicial dos atos e condutas da Administração, mormente das políticas públicas por ela encetadas, está o que na doutrina constitucional se chama *dificuldade contramajoritária*, consistente nisso que a legitimidade da intervenção judicial radica numa base técnica (aprovação em concurso público ou acesso pelo quinto constitucional), e expressa numa situação *a posteriori* (vedação da justiça de ofício), ao passo que a Administração Pública atua (para o bem ou para o mal, errando ou acertando) legitimada pelo mandato popular concedido aos governantes, tratando-se, pois, de uma legitimidade de índole primária, já que o Poder, originariamente, pertence ao povo (CF/1988, parágrafo único do art. 1º). Aquela *dificuldade* consiste, então, em se encontrar o modo, os limites e os parâmetros pelos quais os juízes, que não foram escolhidos pela população, possam indicar atos, condutas, opções e programas encetados pelas instâncias públicas. (MANCUSO, 2015, p. 80-81) [grifos do autor]

Em suma, a legitimidade de atuação do juiz também radica numa esfera jurídica democrática e legitimamente válida, posto que é construída seguindo as instituições do Estado de Direito. A dificuldade comentada pelo autor, no entanto, dirige-se às questões teórico-normativas que exigem interpretação correta a fim de que não sejam utilizadas para oferecer oposição à atividade política exercida pelo magistrado.

Ora, conscientizando-se sobre uma linha de equilíbrio entre a utilização de normas mais abstratas à resolução de casos complexos e a segurança jurídica, o próprio ordenamento poderia, no plano ideal, fornecer alternativas para em casos específicos em que são inacessíveis as condições materiais para observância estrita das normas-regras.

Esta questão é desenvolvida nesta tese na medida em que há subsídios essenciais para a defesa de um ativismo judicial, aportados nos princípios constitucionais, que contribua na efetivação do acesso à justiça em regiões com carência de estrutura estatal, em especial, aquelas estruturas que compõem os sistemas de justiça e são imprescindíveis para o acesso à justiça.

Deste modo, defende-se como já dito, por uma forma de acesso à justiça diferenciada para regiões com problemas dessa natureza. Um caminho nessa direção é apresentado por alguns autores com o nome de ativismo procedimental.

3.5 A IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL

As condutas de racionalidade do magistrado, na visão do neoconstitucionalismo, muitas vezes, se voltam para os fundamentos de suas decisões, logo, lançar o olhar sobre outra possibilidade é indispensável - no caso em tela: a aplicação dos princípios constitucionais diante de problemas de natureza processual/ procedimental.

No escólio de Peleja Junior (2010, p. 33), a premência de incluir tais questões na seara do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial nasce da procura e admissibilidade por alternativas diante do fato de que ao legislador

é quimérico prever todos os casos e entraves à materialização da justiça que poderão ocorrer.

Ainda que o sistema normativo preveja uma série de mecanismos de integração da norma, constituídos para suprir suas lacunas, haverá situações em que o juiz lançara mão de outros expedientes para viabilizar sua atividade de julgador, sendo que

No campo do processo a situação não é diferente. Há casos nos quais existe um vácuo legislativo que carece ser colmatado pelo julgador.

Nessas situações o julgador deve criar mecanismos que possam remediar a situações na busca de um processo justo, fulcrado no devido processo constitucional. Trata-se do ativismo judicial, na modalidade procedimental, que se exterioriza na técnica de flexibilização procedimental judicial e na desformalização do processo. (PELEJA JUNIOR, 2010, p. 33-34)

Para além disso, uma vez evidenciada a inadequação legislativa ou a impossibilidade de aplicação das normas processuais, irremediável que o magistrado crie mecanismos para instruir e desenvolver um processo justo e compatível com as condições materiais dispostas.

Como se expõe na literatura, por vezes serão elencadas didaticamente as categorias “ativismo processual”, “ativismo procedimental” ou, ainda, “neoprocessualismo”.

Primeiramente cumpre esclarecer os âmbitos de abrangência de cada uma dessas categorias.

O ativismo processual relaciona-se com a aplicação de pressupostos neoconstitucionalistas às normas processuais, ou seja, aquelas que compõem o conjunto de práticas processuais determinadas pelo ordenamento jurídico com a finalidade de chegar à prestação jurisdicional. O ativismo no âmbito dos processos remete à lição de Ada Pellegrini Grinover quando estabelece a desformalização do processo como maneira de empregar a técnica processual visando tornar o processo mais simples, rápido e econômico e de fácil acesso, solucionando com eficiência espécies distintivas de litígios (GRINOVER, 2003, P. 76).

Também conhecida como “adaptabilidade processual”, a ideia igualmente se coaduna ao princípio da instrumentalidade das formas, sendo fator que demonstra o discurso legitimador da discricionariedade judicial, referindo-se, ainda à obrigatoriedade de que o processo corresponda a um instrumento de concretização dos objetivos do Estado (OLIVEIRA, 2014, p. 138).

No tocante ao ativismo procedimental, por seu turno, trata-se da aplicação de pressupostos neoconstitucionalistas no âmbito da forma como os atos processuais são executados visando a um propósito que lhe é da essência. Valendo-se do novel ordenamento jurídico processual brasileiro, o procedimento pode ser caracterizado como procedimento comum (art. 318 do novo Código de Processo Civil de 2016) e procedimentos especiais (art. 539 e seguintes do mesmo diploma legal). O procedimento comum é um rito usual, padrão, de modo que os procedimentos especiais seriam subsidiários a este.

A flexibilização das regras específicas acerca de tais procedimentos, seria o que se conhece de ativismo procedimental, sob pena de usar inadequadamente a terminologia “procedimental”. Malgrado a preocupação para com os termos utilizados, há autores que fazem uso da nomenclatura como sinônimo de ativismo processual, tal como se cita em Peleja Junior, para quem a ideia estreita-se à noção de flexibilização procedimental, relativo à possibilidade de encontrar uma fórmula para uma situação concreta submetida à juízo, quando não houver uma lei que discipline o caso concreto (PELEJA JUNIOR, 2010, p. 34). Vê-se que esta definição se aproxima da ideia exposta em sede de ativismo processual.

Nesta mesma linha, o neoprocessualismo, sendo conceituado de acordo com a ideia semântica que transparece, pode significar os movimentos gerais no que diz respeito à flexibilização de normas tanto processuais quanto procedimentais.

Para o neoprocessualismo, amplia-se o conceito de processo: trata-se de um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais. (HERZL, 2012, p. 10)

No avaliação de Herzi, esta ideia fica clara, uma vez que se prioriza a aplicação dos princípios com o fim de proporcionar a satisfação de direitos fundamentais.

Sem paradoxo, sua significação pode, ainda, referir-se à coadunação entre a instrumentalidade do processo e a necessidade de sua conformabilidade em decorrência dos direitos fundamentais:

o grande desafio do neoprocessualismo, imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais, é conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (art. 5^o, Inc. XXXV e LXXVIII) com o garantismo (CAMBI, 2007, p. 38)

Ao se robustecer os argumentos em torno da modalidade processual do ativismo judicial, cabe pensá-lo no contexto de casos em que não há condições materiais de cumprimento das normas relativas ao processo.

Nesse quadrante, a necessidade de aplicação do ativismo procedimental alia-se à obrigatoriedade do poder público de promover direitos fundamentais como o acesso à justiça. Esta preocupação se narra nas reflexões dos processualistas que, a cada dia, tomam consciência de que a função instrumental do processo deve se corporificar no papel que lhe corresponde: o de efetivador da justiça (ANNONI, 2009, p. 115).

Isto porque a maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização. Essa incapacidade revelada pela ausência de mecanismos de materialização dos direitos reconhecidos, traduz-se na negação do próprio Estado, constituído como democrático e de Direito. (ANNONI, 2009, p. 114)

Numa perspectiva mais radical, tem-se ainda, os movimentos de desjudicialização, que se pautam na adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, tomando-se medidas de caráter extrajudicial. É a retirada de procedimentos que antes eram instituídos nas instâncias judiciais, mas que, agora, são absorvidos por instâncias não judiciais (OLIVEIRA, 2014, p. 162-163). Entretanto, esta característica pressupõe a abertura de um maior

espaço à iniciativa privada, individualista, encarregando-se da resolução de demandas ali dispostas. Porém, esta saída não se coadunaria exatamente com o problema para o qual se perscruta uma solução, pois não se destacaria neste caso as soluções alternativas de conflitos do rol de viabilidades para o acesso à justiça.

Sem óbices, também é possível encontrar argumentos contrários à criação de mecanismos que visem suprir a ausência do Estado. Nesse sentido, Danielle Annoni tece as seguintes ponderações, porém, em relação à demora processual e impossibilidade do magistrado de julgar nos parâmetros de celeridade e à resposta de flexibilização de normas processuais nesse sentido:

No Estado de Direito, não pode o Estado alegar que pela impossibilidade de se cumprir a lei essa deve ser modificada e adequada à sua realidade (...). Não se pode, por certo, exigir do julgador que realize mais trabalho do que é capaz ou obrigado a fazê-lo. Mas se pode exigir do Estado que garanta o funcionamento normal da atividade judiciária, cumprindo as obrigações expressas em lei.

Apropriando-se desta reflexão, questiona-se se o Estado, diante de situações de indisponibilidade de condições materiais para levar a cabo os atos processuais legalmente previstos, deve permitir a maleabilidade das normas ao invés de resolver os problemas que deram origem à defasagem material em questão.

Compreende-se que o dever-ser, no contexto de um Estado de Direito, seria exatamente que em todo o território nacional fosse possível a presença de cada um dos elementos condizentes à regular prescrição das normas processuais e procedimentais. No entanto, diante da realidade fática, impera reconhecer que as dificuldades estruturais do Estado Brasileiro em geral e dos sistemas de justiça, especificamente, não serão sanadas numa perspectiva de curto e nem de médio prazo.

Os desafios institucionais a serem transpostos no Brasil ainda são de difícil reparação, razão pela qual incumbirão aos juristas refletir em que medida a impossibilidade de aplicação normativa determinará o atendimento de um direito básico, reconhecido internacionalmente e no âmbito nacional, listado como um direito de cunho constitucional. Faz-se, então, premente que

os operadores do Direito partam deste raciocínio em direção à avença de que a satisfação dos direitos com este nível de garantia tenha primazia diante das adversidades estruturais do Estado.

Por derradeiro, portanto, há que se pensar que a observância dos direitos deve, sim, encontrar mecanismos reconhecidos pela cultura jurídica moderna para tornar plausível a concretização do acesso à justiça e da realização da justiça enquanto categoria moral:

o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente (sem embargo disto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias. (CAMBI, 2007, p. 43)

Trata-se, assim, de dar prevalência a categorias normativas diferenciadas (como os princípios), além de modificar o modo de pensar o Direito tradicional, em direção a uma cultura jurídica mais próxima dos jurisdicionados. Internalizar necessidades diferenciadas dos jurisdicionados que não se enquadram em todos os pressupostos legais, traduz-se em um desafio a ser encarado pelos operadores do Direito.

Realizar, portanto, esta nova cultura, como diz o autor, é muito mais difícil do que simplesmente criar modelos abstratos que suposta e erroneamente servirão sem ressalvas a todas as situações.

Pensando-se a Amazônia como um grande laboratório e observando a complexidade geográfica e social que ela representa, forçoso concluir que as formas jurídicas, tal como concebidas atualmente, pouco podem proporcionar aos jurisdicionados da região um sistema que atenda às suas demandas.

Ao se debruçar sobre a totalidade das normas processuais e os requisitos para o andamento de processos, nota-se uma óbvia disparidade em face das incipientes estruturas representativas do poder público na região.

Assim, diante da impraticabilidade de uso de algumas normas processuais em espaços como a Amazônia, o neoconstitucionalismo e suas decorrentes teorias tais como o ativismo judicial, processual e procedimental, são de grande valia. Por tais motivos:

portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego na Constituição, a toda a forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco - para a concretização da consciência constitucional e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais. (CAMBI, 2007, p. 44)

Deste modo, propugna-se pelo emprego de uma concepção equilibrada de neoconstitucionalismo, para se fazer uso não apenas quanto à forma de decidir, mas igualmente, nos instrumentos de tramitação das demandas dos jurisdicionados em face dos sistemas de justiça.

Entende-se como já referendado, que no caso da Amazônia e de outros contextos problemáticos a utilização de apenas uma solução para as respostas que aqui se descreve é inverossímil. Existe, no entanto, um conjunto de medidas que podem ser adotadas visando efetivar o direito de acesso à justiça. A medida neoconstitucionalista para a superação de dificuldades de aplicação de normas processuais é apenas uma delas que será visto em seguida.

4 O USO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA FALTA DE ESTRUTURA ATRAVÉS DA FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS

Após definido o problema da necessidade de se buscar a justiça enquanto valor e efetivar o acesso à justiça como um direito fundamental, identificados ainda os entraves não convencionais ao seu cumprimento em regiões específicas e consentidas, também, as possíveis contribuições do neoconstitucionalismo para tais transtornos, cabe analisar como estas premissas podem ser aplicadas em eventos onde a falta de estrutura prejudicam a progressão das etapas processuais em regiões interioranas, como no caso amazônico.

De acordo à argumentação proposta, o acesso à justiça é um direito humano fundamental, havendo, no entanto, uma insuficiência nas concepções de justiça, já que esta como valor, sozinha, não garante a resposta adequada às questões apresentadas no sistema estatal. Para que incontestavelmente, se admita a consecução da justiça enquanto valor acolhendo-se a pretensão do jurisdicionados, imperioso se flexibilizar as normas processuais, sempre que inexistir aparato estrutural devido para se cumprir as normas processuais majoritariamente formais, típicas do processo civil.

Ao se aduzir o esforço teórico empreendido nesse ponto de vista, há que se salientar que, apesar de neste trabalho, defender-se uma proposta específica para o tratamento da questão (pela via neoconstitucionalista), impende se compreender que diante da complexidade do problema enfrentado, insuficiente cingir-se a uma única alternativa que dê azo a toda gama de entraves identificados. Deste modo, paralelamente à proposta apresentada, essencial reconhecer que o assentimento de outros mecanismos de acesso à justiça, materiais ou formais, impõe-se coligir, quando se objetiva tratar problemas tão profundos e de difícil resolução.

Para esclarecer estes levantamentos, serão descritos alguns tópicos específicos para entendimento da abordagem, quais sejam: a flexibilização de normas processuais ou procedimentais para casos em que haja deficiências estruturais nos órgãos públicos relacionados à justiça em regiões

complexas como a Amazônia; a discussão em torno da exclusividade da União em legislar sobre matéria processual, (a ser trabalhada neste capítulo); o uso dos princípios constitucionais como balizadores da flexibilização de normas-regras para as hipóteses em questão e, por último, o neoconstitucionalismo como teoria que favorece processos interpretativos mais maleáveis para o protagonismo judicial por meio da adaptabilidade processual, advogando-se por uma nova construção constitucional e pelo ativismo no que tange aos casos específicos de ausência de estrutura no sistema de justiça.

Apesar de no âmbito doutrinário, diversas serem as correntes preocupadas em dar respostas aos problemas de acesso à justiça - como repisado - serão analisadas as alternativas possíveis ou compatíveis com o neoconstitucionalismo. Nesta linha, o ativismo judicial, a adaptabilidade processual, o neoprocessualismo e a instrumentalidade serão os alicerces da composição de um conjunto de alternativas que, juntas, poderão fornecer novos rumos para se combater os reveses que pesam sobre o jurisdicionado.

4.1 DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS COMO CAUSA PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS/ PROCEDIMENTAIS: ANALISANDO AS POSSIBILIDADES PARA A AMAZÔNIA

A deficiência estrutural do Estado em regiões geograficamente isoladas a exemplo das comarcas amazônicas, conforme ventilado, lança luz sobre um ângulo ainda não adequadamente enfrentado nos estudos sobre este direito fundamental. É certo que o ideal que se espera de um Estado de Direito é a plena disponibilização de todos os recursos humanos, estruturais e materiais mínimos ao pleno desenvolvimento de suas funções, incluindo as funções exercidas pelo Poder Judiciário e demais instituições partícipes dos sistemas de justiça. Todavia, ao se restringir a postura do operador de direito de agir apenas e tão somente num plano ideal ocasionaria o cometimento de injustiças incontornáveis contra a grande massa de hipossuficientes que não possuem o privilégio de serviços públicos de qualidade devido às precárias

condições que lhe são impostas. Ora, quando se estabelecem direitos assegurados em âmbito internacional e nacional, a partir dos tratados internacionais e da Constituição Federal, efetivar esses direitos se torna indispensável.

Ao relacionar os dissabores da Região Amazônica no Capítulo 2, restou cristalino que o universo das deficiências estruturais do Poder Judiciário ainda é insuficientemente pesquisado pelos estudiosos. Na maioria das análises das condições adversas para o acesso à justiça, não existem dados que retratem com minúcias as deficiências e a falta de instituições auxiliares do juízo. A ausência de representante do Ministério Público ou a falta de recursos humanos, tecnológicos e financeiros para a lavratura de perícias, por exemplo, fazem parte do rol de assuntos que comumente não compõem o estudo do direito.

Do mesmo modo, a experiência amazônica se exige pensar em soluções em conjunto e não apenas em uma única forma de resolução dos problemas estruturais para os quais se desejam alternativas. Com efeito, ter o comprometimento vocacional de trabalhar com os sistemas de justiça incompletos deve ser estimulado concomitantemente com a aceitação pessoal do operador do direito das demais formas de pacificação construídas socialmente. Além disso, o ofício do magistrado no interior do Amazonas vai além, pois demanda refletir sobre as inadequações na seara instrumental e nesta realidade reconhecer autoridade das instâncias comunitárias, sendo parceiro e legitimador das atividades de tais âmbitos locais reforça o acesso de direitos das mais diversas categorias. Ao revisitar os óbices enumerados no Capítulo 2, resta límpida a utilidade destas soluções integradas.

De introito, as vicissitudes apontadas correspondem ao panorama complexo enfrentado pela região. A primeira e óbvia esfera de soluções remeteria ao saneamento das deficiências estruturais que dificultam a vida dos comunitários residente nessas comarcas longínquas. Logicamente, o cenário ideal deveria ser composto pelo completo atendimento de todos os requisitos previstos pela lei para toda a população brasileira²⁸.

²⁸ Esta constatação foi demonstrada por Danielle Annoni (2009, p. 126) quando se posiciona no sentido de que o Estado não pode alegar a impossibilidade de cumprir a lei, pleiteando que esta se adeque à realidade social. No entendimento da autora,

Assim, a prioridade para longo prazo, é pensar na melhoria das relações entre o Estado e a sociedade como um todo, pressionando-se os governos para que se façam presentes integralmente nos espaços sociais sobre os quais recai a jurisdição estatal. Isto inclui não apenas reivindicações pelo funcionamento dos sistemas de justiça nessas áreas, mas também a exigência de outros serviços públicos vitais para a existência digna em sociedade, como educação básica e superior, saúde, serviços bancários, cartórios, acesso à alimentação de qualidade, fomento às atividades agrícolas, melhoria dos sistemas de transporte e logística e etc.

A melhoria das condições de vida nessas áreas longínquas denota um ponto fundamental para atrair profissionais dispostos a representar o Estado e cumprir as funções que lhes foram designadas²⁹.

Não obstante isso, impensável que esta realidade distorcida se modifique a médio ou a longo prazo e sendo o Estado responsável por cumprir com a razão de sua existência, ou seja, propagar o bem de todos, ao Judiciário se atribui, atualmente, a obrigatoriedade de preservar o jurisdicionado de suas garantias em face desta deficiência crônica.

Na procura por alternativas para suprir estes impropérios, o neoconstitucionalismo aplicado à Região Amazônica pode servir como uma ferramenta importante para ofertar ao magistrado uma margem racional para resolução de conflitos que lhe são postos, quando não houver possibilidade de se preencher todos os elementos exigidos pelas normas que disciplinam o processo e o procedimento.

Na falta de algumas condicionantes, o neoconstitucionalismo seria instado a permitir ao julgador a abertura hermenêutica correspondente ao fato, esta atuando na acomodação da lei processual inadequada à realidade

a lei deve sim ser modificada para combater os entraves ao acesso à justiça, mas não para que o Estado dela se justifique para não destinar os recursos necessários ao atendimento desses direitos.

²⁹ A título comparativo, nas questões de saúde, há uma discussão sobre a falta de médicos nessas regiões. Enquanto o Governo Federal brasileiro institui programas para atrair profissionais para regiões problemáticas, a comunidade médica atribui esta falta de interesse da categoria às péssimas condições de vida e de trabalho que são fornecidas aos profissionais nesses lugares. No caso da falta de estrutura médica, coincidentemente a Amazônia é a mais carente em relação a outras áreas no Brasil, o que, segundo Silveira e Pinheiro (2014, p. 452) ocorre em grande parte pela disparidade de estrutura existente entre as capitais e o interior.

adversa. O juiz, conhecedor do contexto local, construiria uma melhor forma de solucionar as questões que lhe seriam interpostas, manejando a lei homogeneamente imposta para todo o território nacional.

A proposta do neoconstitucionalismo, portanto, é útil diante da inviabilidade de subsunção da regra processual aos fenômenos sociais em localidades extremas e conseqüentemente ao se utilizar de um direcionamento reconhecido pelas próprias normas jurídicas, permite-se uma maior abertura aos procedimentos. Para que isso seja possível, superar a desconfiança em relação ao neoconstitucionalismo se mostra condição nodal, pois a partir de seu reconhecimento, a pacificação da jurisprudência sedimentaria tais inovações. Isto, porque os ideais neoconstitucionalistas ainda não são plenamente compreendidos, aceitos e nem possuem bem expressas as delimitações do que seria ou não permitido se fazer empregando sua argumentação. Há ainda um longo caminho a ser percorrido para consolidar o tema na doutrina e nos tribunais.

No entanto, algumas medidas podem ser adotadas para auxiliar nesta consolidação. Conforme será demonstrado, este início seria concebível por meio da aplicação do princípio da instrumentalidade, oportunizando um leque de possibilidades para que o magistrado resolvesse os conflitos sem perder a essência do objetivo esperado dos atos processuais. Doutra parte, também cooperam no sentido de superar a perspectiva estritamente positivista no acesso à justiça, a adoção de mecanismos extrajudiciais na resolução de conflitos, pela articulação com o poder local (municípios) e reconhecimento do pluralismo jurídico.

Normalmente, em regiões com pouca estrutura estatal, manifestam-se formas de solução de controvérsias construídas socialmente. Esses costumes de efetivação da justiça não devem ser ignorados pelo magistrado, na sua função de órgão judicial, que pode este, inclusive, agir no sentido de reconhecer e/ou homologar judicialmente determinada decisão proferida pela autoridade local, se for necessário.

Da experiência amazônica, também decorrem outros questionamentos como a necessidade de maiores reflexões sobre a determinação constitucional da competência privativa da União para legislar em matéria

processual³⁰. De tantas peculiaridades regionais que interferem na atividade do Poder Judiciário, haveria que se pensar se a competência da União é uma boa alternativa na ótica da garantia do acesso à Justiça. Nesse tom, à primeira vista, a legislação processual estadual parece ser um caminho mais apropriado à construção de normas que contemplem dificuldades locais.

Assim, reconhece-se que as novas realidades que obstaculizam o Direito não podem ser ignoradas pelos juízes na cominação das normas-regras. Os conceitos jurídicos representam os valores e interesses da sociedade, que vão sendo construídos e alterados com o passar do tempo acompanhando as transformações da sociedade e os novos desafios que se colocam a ela.

Sendo o Direito, o fator de regulação da sociedade, não pode como ciência humana permanecer alheio às novas demandas, ou seja, danoso constatar que as deficiências estruturais da Amazônia não serão solucionadas com brevidade devido à complexidade a ela inerente e a não criação de alternativas para transpassar tais barreiras.

Portanto, é proficiente desenvolver protocolos estritos para suplantar tais adversidades em nome do ideal de justiça e da garantia de seu acesso, estabelecidos constitucionalmente.

As novas e constantes demandas sociais implicam no reconhecimento de que o Direito não constitui um sistema fechado, vez que este não pode extrair de si mesmo uma condição legitimante ou uma justificação social para todos os acontecimentos que lhe forem postos. Antes, inicialmente, deve-se estudar suas exigências no plano fenomenológico, para, depois, pensar a sua produção.

Por este motivo, defende-se uma renovação na *práxis* judiciária, promovendo uma mudança de horizontes, saindo-se da clássica legalidade estrita em direção a uma nova e contextualizada condição legitimante, consentindo com novos meios de auto e heterocomposição (MANCUSO, 2015, p. 354-356).

³⁰ Neste ponto, cabe agradecer a instigação promovida pelo professor Vladimir Passos de Freitas, quem efetivamente chamou a atenção para a questão e quem colaborou com as reflexões a respeito.

Em síntese, a realidade amazônica ensina que algumas questões precisam ser melhor trabalhadas:

i) Em que pese a importância dos obstáculos ao acesso à justiça tradicionalmente tratados pela doutrina, a questão da falta de estrutura em regiões interioranas precisa de maior atenção nas discussões sobre o tema;

ii) Encontrar soluções para as situações específicas de cada região do Brasil implica a necessidade de reconhecer que não é possível pensar em apenas uma solução a ser considerada como panaceia para todos os problemas. O que se deve ter em vista é que há uma série de medidas que, juntas, podem colaborar com a mitigação do problema.

iii) As dificuldades de ordem geográficas, sociais e econômicas observadas na Amazônia, conforme demonstrado no Capítulo 2, levam à defesa de uma maior racionalidade dos magistrados para adaptar procedimentos mais adequados à realidade material observada em regiões onde há carência de instituições previstas em lei, sempre se respeitando os limites constitucionais e visando não cercear o jurisdicionado de seu direito de acesso à justiça e à busca da justiça enquanto valor, garantindo direitos essenciais desses cidadãos. As regras de caráter formal privilegiam a segurança jurídica, porém, em situações onde o mínimo não está disponível, o neoconstitucionalismo constitui a ferramenta que melhor se aproxima desta necessidade de, buscando-se a aplicação da justiça e a observância da dignidade humana seja possível ponderar pela flexibilização normativa.

iv) Também seria produtora repensar algumas normas jurídicas de caráter processual, abrindo-se um leque maior de nuances para que o legislador, em âmbito estadual, estabeleça normas mais adequadas para determinadas realidades específicas. Deste modo, o legislador verificaria quais os problemas mais comuns em seu Estado, colhendo dados de pesquisas destinadas a esta finalidade, positivando, assim, os procedimentos autorizados diante das deficiências estruturais.

v) Outras formas de resolução de conflitos não devem ser descartadas ou consideradas antagônicas às medidas tradicionalmente adotadas. Além de se buscar maiores margens de atuação para o Poder Judiciário em casos específicos de estrutura deficitária, o Judiciário deve agir de maneira a complementar outros sistemas de Justiça, incluindo-se a maior utilização de

formas alternativas de resolução de conflitos e o reconhecimento de justiças instituídas no seio comunitário, como aquelas costumeiramente praticadas por comunidades tradicionais e povos indígenas.

Neste enfoque, cabe aos operadores do Direito a tarefa de aproveitar-se das dificuldades elencadas em seu contexto de atuação para que de forma criativa e preocupada com a observância de direitos básicos dos jurisdicionados, possam se utilizar das potencialidades constitucionais para efetivar a justiça e levar o seu acesso à toda população, independente das dificuldades encontradas em determinados contextos.

4.2 A DISCUSSÃO ACERCA DA SUPLEMENTAÇÃO DE NORMAS DE CARÁTER PROCESSUAL POR PARTE DO ESTADO COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

Como parte das soluções que se objetiva, fundamental reconsiderar a centralização da produção normativa em matéria processual.

Em países de menor diversidade populacional e geográfica, a unicidade das normas processuais se mostra positiva. Ao se investigar países megadiversos como o Brasil, conclui-se que este pode não ser o melhor caminho para atender aos jurisdicionados submetidos à condições geográficas e socioeconômicas tão díspares, ainda mais quando se confronta instabilidades como aquelas listadas no interior da Amazônia.

A norma constitucional atual estabelece que unicamente a União é competente para legislar em matéria processual, entretanto, como parte das soluções cobiçadas, tal direito posto carece de ousadia a fim de que se possa ampliar as possibilidades para o pleno acesso à justiça por meio da suplementação de normas de caráter processual pelo Estado-membro.

Como já mencionado, à União se atribui privativamente editar normas processuais, competência essa que lhe fora outorgada pelo Poder Constituinte. Entretanto, o Constituinte não se limitou a distribuir competências à União, mas, também conferiu competências aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Ocorre que, em se tratando de matéria

processual, somente a União pode legislar, cabendo aos Estados e DF, tão somente, a prerrogativa de suplementar normas instrumentárias, sob o conceito de competência concorrente.

Esta previsão encontra-se no Art. 24, XI da Constituição Federal, que prescreve que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual. A este talante, o entendimento de Gajardoni esclarece que desde que sejam observadas “normas gerais mínimas editadas pela União”, o Estado ou Distrito Federal podem disciplinar procedimentos em matéria processual, até de forma diversa daquela constante em lei federal desde que a emitam para suplementar tal lei, bem como para “atender às peculiaridades regionais” (GAJARDONI, 2008, p. 47).

A conquista desta prerrogativa, para o presente estudo, é de vital importância, pois, a partir desta providência, tem-se algum apoio normativo por meio de regras para ofertar maior suporte ao magistrado em circunstâncias extremas de deficiência estrutural.

Percebe-se, portanto, que a União concedeu estreito viés legislativo ao Estado e Distrito Federal para suplementar a norma processual geral, entretanto, esta restrita competência parece não alcançar a abrangência exigida para a adequação das normas procedimentais à realidade local, o que dificultaria a legitimidade da flexibilização do procedimento adstrito ao pleno acesso à justiça, especialmente em regiões carentes de estrutura dos sistemas de justiça.

Em julgamento da ADI 1.807, o Ministro Dias Toffoli muito bem define a competência privativa e concorrente:

A definição de regras de competência, na medida em que estabelece limites e organiza a prestação da atividade jurisdicional pelo Estado, é um dos componentes básicos do ramo processual da ciência jurídica, cuja competência legislativa foi atribuída, pela CF de 1988, privativamente à União (Art. 22, I, CF/88). (...) A fixação da competência dos juizados especiais cíveis e criminais é matéria eminentemente processual, de competência privativa da União, não se confundindo com matéria procedimental em matéria processual, essa, sim, de competência concorrente dos estados-membros.” (ADI 1.807, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 30-10-2014, Plenário, *DJE* de 9-2-2015.)

Assim, clarifica-se a interpretação dos dispositivos constitucionais referentes à competência em matéria processual: enquanto cabe à União privativamente legislar a respeito das normas processuais, aos Estados-Membros é assignada a possibilidade de legislar de forma concorrente.

Vê-se, portanto, que a definição de competências proporciona maior fixação de “limites” e organização na “prestação da atividade jurisdicional”. Para além disso, seriam frutíferos estudos mais detalhados que pudessem erigir com maior precisão se apenas com a ilação de se legislar concorrentemente sobre o procedimento, seria plausível atender às peculiaridades regionais, ou se apenas normas processuais atenderiam ao caos da ausência dos sistemas de justiça.

Há quem afiance que “a utilização das competências concorrentes, como idealizada, satisfaz aos desígnios de se chegar a descentralização mais inclusiva, sem prejuízo da direção uniforme que imprime a certas matérias”, defendendo que essa abertura legiferante para os Estados, *a priori*, escaparia de seu âmbito de atuação. Anuir a essas inovações traduz a ampliação de seus horizontes, bem como lhes incentiva a criatividade (ALMEIDA, 1991, p. 82).

Todavia, assegura-se como mais acertada a reflexão de Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Constitucional, *apud* Borges Netto, André Luiz. Competências legislativas dos Estados-membros, p. 59), segundo o qual:

É lamentável que o constituinte não tenha aproveitado a oportunidade para atender ao que era o grande clamor nacional no sentido de uma revitalização do nosso princípio federativo. O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro. Continuamos, pois, sob uma Constituição eminentemente centralizadora, e se alguma diferença existe relativamente à anterior é no sentido de que esse mal (para aqueles que entendem ser um mal) se agravou sensivelmente.

De fato, concebe-se como preponderante o argumento de que a União centralizou o poder, permanecendo com mais competências que os outros entes federativos, o que se toma como um atraso do ponto de vista processual, já que tal rigidez no processo por vezes impossibilita o pleno acesso à justiça em razão das tantas peculiaridades regionais dispostas no continental território brasileiro. Isto, por sua vez, pode ocasionar a não observância da determinação constitucional de prioridade aos direitos fundamentais.

Ademais, levando-se em conta o limitado poder de legislar dos Estados, é improvável que a edição de normas procedimentais auxilie suficientemente na resolução dos problemas de acesso à justiça em cada região onde eles se originam. Assim, o neoconstitucionalismo, tal qual em outras circunstâncias, pode contribuir para a resolução do dilema, haja vista autorizar o magistrado a flexibilizar regras visando atender ao direito de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Neste mote, inevitavelmente surge a inquietação no que pertine a acertabilidade da escolha feita pelo Constituinte em estabelecer como competência privativa da União o 'legislar sobre matéria processual'. Esta ponderação se justifica precisamente à medida que se vê, no Estado Brasileiro, a diversidade nos aspectos econômico, cultural e territorial. Ou seja, em razão da grandiosidade e heterogeneidade da federação, pugna-se pela hipótese de que distribuir a competência legislativa em matéria processual também para os Estados-Membros se contribuiria para adequação da lei às realidades fáticas impostas pelos contextos onde são aplicadas.

O fato é que em países de menor diversidade populacional e geográfica, a unicidade das normas processuais seria positiva, no entanto, quando se avaliam países com tamanha pluralidade, como o Brasil, força-se concluir que este não seria o melhor caminho para satisfação dos jurisdicionados.

Quanto a isso, faz-se mister lembrar as informações descritas no Capítulo 2 acerca das dificuldades encontradas na região amazônica para efetivação do acesso à justiça, no qual se esclareceu sobre a falta de estrutura mínima disponível de funções essenciais à justiça, bem como,

dificuldades de transporte e logística – dado o isolamento geográfico da região – carência de pessoal para o atendimento das comarcas situadas no interior do Amazonas, inexistência de estrutura pericial, ausência de advogados e rábulas, ou mesmo condições nulas para citar as partes em vista da realidade socioeconômica e peculiaridades culturais, dentre outros elementos.

Partindo do olhar sobre tais percalços, as deduções articuladas parecem insurgir-se com maior intensidade, pois, como uma norma processual geral, editada pela União, albergaria, ao mesmo tempo, as urgências de Estados Brasileiros com melhor acesso – em termos de logística, desenvolvimento econômico e social – e as especificidades das localidades interioranas da Amazônia?

Assumindo-se a impossibilidade de que esta legislação una seja capaz de resolver os problemas pontuais das distintas localidades, cabe ao Estado refletir que, diante disto, não fica autorizado ao Poder Público comprometer a garantia de fruição dos direitos fundamentais inerentes aos jurisdicionados. Quando a norma, portanto, não oferece os subsídios para proporcionar tais direitos, deve-se desenvolver formas de suprir esta deficiência nas funções estatais, sendo a proposta do neoconstitucionalismo condizente neste sentido. Assim, há que se aproximar o direito que as pessoas tem a gozarem de uma estrutura do Estado que lhes garanta o acesso à justiça até mesmo por uma necessidade de retomar-se a ideia de “justo” para as populações, especialmente aquelas que se diferenciam por condições sociais, econômicas e geográficas distintas.

Certamente, quanto à Amazônia, os desafios para implementação das normas processuais previstas em lei federal parecem ainda mais desafiadores justamente em defluência das características peculiares desta região, de modo que se revela oportuna a análise de alternativas para flexibilização, pelo magistrado, das normas processuais e sua adaptação ao nicho de cada localidade, a fim de se possibilitar o pleno acesso à justiça.

No que se refere à adequação das normas às peculiaridades locais, percebe-se prevalente o pensamento de centralização de tal problemática, relativa aos procedimentos processuais na esfera federal de modo que os Estados permanecem tolhidos em sua capacidade de amoldar as normas em

atenção às suas contingências locais ou de positivar aos juízes disposta prerrogativa.

Por outro lado, não se pode olvidar que conceder a mobilidade às normas de caráter processual ensejaria também uma parcela de insegurança e incertezas jurídicas aos jurisdicionados. Na verdade, conforme já expressei, a razão de ser da rigidez das normas processuais pretende garantir essa ordem, segurança e previsibilidade do sistema, para que a sociedade obtenha tratamento justo e igualitário, não se sujeitando ao eventual alvedrio tirânico dos magistrados. Além do mais, o problema também reside no fato de que esse exagerado formalismo insinua a existência de uma certa “incapacidade” dos juízes de se envolver mais ativamente no processo por meio do ordenamento dos atos processuais, como se o mesmo fosse “um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual” (GAJARDONI, 2008 p.86) – pensamento este que se figura completamente ultrapassado.

Por este motivo, em razão da evolução das normas jurídicas e do Direito, torna-se essencial suplantar este arquétipo rígido da segurança jurídica, adicionando-lhe novos parâmetros que autorizem pontuais ajustes à legislação, agregando ao formalismo um caráter mais razoável do direito. Como será salientado, este caminho seria exequível através de uma autêntica reforma das normas processuais, que poderá prever em lei as intercorrências mais usuais, traçando, assim, a maneira legal de contorná-las.

Não obstante a isso, em decorrência da impraticabilidade do sistema normativo de antecipar todos os fenômenos físicos que lhe seriam postos, deveria ser concebida a abertura às premissas neoconstitucionalistas, vindo estas a suprir as situações em que o formato de procedimentos previstos não seriam compatíveis aos casos extremos.

O engessamento das normas processuais e o completo afastamento dos parâmetros neoconstitucionalistas impossibilita uma maior atuação por parte do juiz no curso do processo, bem como por vezes, não permite o respeito às peculiaridades locais, tornando ineficaz qualquer tentativa de permitir o pleno acesso à justiça em tais localidades.

Não é que se defenda o aleatório desenvolvimento dos atos processuais – depreende-se como elementar que o processo tenha regras e

normas bem definidas – entretanto, a experiência jurisdicional notabiliza a conveniência de uma motilidade no endurecimento das normas processuais, com o escopo de garantir o seu resultado útil para as partes envolvidas, sempre que as condições materiais não favoreçam a absoluta reverência às normas.

Despiciendo aduzir que sob os ditames de um Estado Democrático de Direito, o império das leis é o pilar de sustentação do sistema jurídico. Entretanto, quando tais normas atravancam o direito do jurisdicionado de acessar a justiça ou, ainda, quando não se estampam suficientes para integrar a realidade de um Estado, daí então, se faz imprescindível repensar tal técnica aplicativa.

Com efeito, deseja-se, portanto, proporcionar uma mais ampla atuação do magistrado para fortalecimento do direito do cidadão de obter prestação jurisdicional por meio da maleabilidade das normas processuais.

Nesta linha, reiterando o fato de que o Constituinte escolheu atribuir competência privativa à União para legislar sobre normas processuais, há que se pensar em alternativas que permitam maior flexibilidade aos magistrados para criar procedimentos supletivos àqueles que são irrealizáveis em virtude da carência institucional. Quanto a isto, mencione-se que a despeito da possibilidade de o Estado estabelecer procedimentos em matéria processual, é no cotidiano da prestação jurisdicional que o juiz identifica as dificuldades existentes quanto à aplicação da legislação processual em âmbito federal e estadual ou, ainda, a inaplicabilidade de tais normas por conta das peculiaridades da região, sendo necessária, portanto, sua atuação de maneira mais proativa.

Na verdade, o magistrado, cumprindo o seu papel de órgão judicial, deveria estar autorizado a flexibilizar a formalidade relativa à regras processuais inaplicáveis em seu contexto em razão de uma obrigação constitucional de garantir o acesso à justiça e a fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos. Tal colocação pode vir a se concretizar se forem superadas as desconfianças em relação ao neoconstitucionalismo, entendendo-se que este somente será passível de ser aplicado em consonância com os parâmetros constitucionais relativos ao processo.

Por essa razão, primeiramente, patrocina-se a ampliação da competência dos Estados e do Distrito Federal para que esses entes políticos possam legislar em matérias processuais realizando as adaptações às especificidades locais, proporcionando maior efetividade do direito ao pleno acesso à justiça, bem como a possibilidade de flexibilidade de tais normas pelo juiz.

Sendo assim, é nesse conturbado contexto que o magistrado se encontra - aparentemente irremediável - pois, para cumprir a lei este precisa aplicar as normas processuais previstas em âmbito federal e, ao mesmo tempo, para salvaguardar o direito do cidadão ao pleno acesso à justiça precisa manejar a norma geral, conciliando tal ordenamento às deficiências da comarca. Por isso, é substancial reconsiderar o modo como as normas processuais são legiferadas e, ainda, repensar as limitações implícitas impostas aos magistrados, vez que são estes os que laboram diariamente na linha de frente do serviço judicial e podem, de fato, identificar os clamores das comunidades às quais atendem.

4.3 USO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA SUPRIR A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR LEIS PROCESSUAIS

Os princípios, conforme já sustentado, são parte importante das normas jurídicas, demonstrando-se instrumentos fundamentais dentro do ordenamento, especialmente pelo fato de conterem em si a essência e ideologia exigidas pelas normas processuais. Por essa razão, em casos de impedimento de aplicação das leis processuais, os princípios jurídicos podem revelar-se como valiosas ferramentas para conformabilidade de tais normas em busca do ideal de pleno acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional.

Como já amplamente argumentado, as normas processuais não abarcam todas as ocorrências vislumbradas na rotina do serviço judiciário local, gerando com isso um prejuízo na resolução das questões submetidas à Justiça. Seja por conta de seu caráter abstrato ou pela velocidade da

dinâmica social – que impõe novas situações jurídicas diariamente – as normas processuais não são capazes de acompanhar a ágil mutação ocorrida no contexto socioeconômico. Por isso, comumente podem ser vistas demandas jurídicas sem resposta legal, com resolução não prevista na norma, submetendo as partes a uma espera demasiada, carecendo, assim, de posicionamento do órgão julgador.

Esse entrave, oriundo da inaplicabilidade de leis processuais aos casos concretos, impede a inteireza da prestação jurisdicional, relegando ao inatingível o direito de se acessar a justiça e aos serviços judiciais condizentes para concretização do ideal de justiça perseguido pelas partes. Dessa forma, afirme-se que a utilização dos princípios como meio de remediar a inaplicabilidade de leis processuais solidifica-se como alternativa adequada a ser imposta. Contudo, por meio dos princípios se encontra disponível - sobre outro enfoque - uma opção para sanar lacunas, tachando-se, ainda, o fato de serem tipos normativos específicos.

A este respeito, cumpre lembrar o teor do Art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/10), já mencionado no Capítulo 3, segundo a qual em caso de omissão legal o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942). Tal dispositivo leva ao entendimento de que os princípios gerais podem auxiliar no processo decisório do juiz, desde que sejam utilizados subsidiariamente, em caso de omissão legislativa. No entanto, cumpre esclarecer que o que a referida lei reconhece, é a utilização dos princípios gerais do direito, conforme salientado no Capítulo 3, que não contempla a possibilidade de preconização dos princípios constitucionais. Tal alternativa, portanto, não possui o mesmo efeito e objetivos daqueles propostos pelo neoconstitucionalismo e sua proposta de aplicação dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, deve-se considerar que normalmente as regras contidas no ordenamento jurídico e aquelas que autorizam o uso de princípios gerais do Direito não são suficientemente específicas para contemplar todas as demandas instaladas junto ao Judiciário, mas ao contrário, as normas processuais geralmente contêm certa abstração

justamente por não preverem todos os pormenores envolvidos quando de sua aplicação.

Frise-se ainda que, no exercício hermenêutico, recorrentes os conflitos entre os princípios e as leis constantes na Ciência Jurídica, ocasião em que se priorizaria as diretrizes impostas pela Constituição Federal por meio dos princípios e os aplicaria ao caso concreto – o que, inclusive, constitui a proposta do neoconstitucionalismo.

Quanto a isto, ainda, importa mencionar o entendimento segundo o qual:

os princípios não excluem as normas quando ambos estiverem em harmonia com o (s) valor (es) que os alicerçam. No entanto, para tal confronto no curso do processo é necessário que o juiz, em primeiro lugar compreenda os valores e princípios que são informados pelo Estado e Constituição vigente, pois aí residem os ideais vivos da democracia, e em segundo empregue outro modelo de interpretação que ultrapasse a exegese tradicional, assim como penetre pelos princípios informadores do Estado e da Constituição vigentes, razão do imprescindível exame do atual paradigma jurídico para a eficaz aplicação do direito ao caso concreto. (PAULA, 2012, p. 36-37)

Portanto, pacificando-se que os princípios permeiam todo o ordenamento jurídico – pois, são sua própria essência – em caso de atrito entre a lei e os princípios, reflexiona-se como mais racional a prevalência dos princípios, norteando-se pelos ditames do Estado sob a égide da Carta Constitucional.

O embate, portanto, ficaria na definição de quais seriam os princípios a serem defendidos em detrimento de outros, o que acaba tendo uma resolução mais político-argumentativa do que jurídica propriamente.

O fato é que a subsunção da lei, para alcançar seu ideal de justiça, sempre deve respeitar o contexto social ao qual está vinculada, empregando os princípios sob os quais se funda o respectivo ordenamento jurídico, caso contrário, configuraria verdadeira ofensa ao Estado de Direito instituído e idealizado pelo Constituinte.

Portanto, julga-se pontual a autonomia e liberdade do magistrado para agir no seu ofício, inclusive, conformando a lei aos anseios constitucionais,

ao se deparar com o texto normativo que se opõe aos princípios constitucionais.

Para os casos abarcados pelo objeto deste estudo, impende salientar que os princípios e valores que são dignos de prevalecer são aqueles adstritos à garantia do direito de acesso à justiça ao jurisdicionado para que este – com suas limitações pessoais e sociais - seja capaz de exercer integralmente o que lhe cabe.

Reitera-se, ainda, na presente abordagem, a irrepreensível utilização dos princípios como trilha de concretização das ideologias calcadas na Constituição sempre que se detecte a inexecutabilidade das normas processuais.

A este respeito é válido mencionar que o magistrado possui papel fundamental, pois, lida diretamente com os entraves causados pela rigidez do texto normativo, devendo, por vezes, optar por dar maior abertura aos princípios, com o desiderato de alcançar a concretude do direito ao amplo acesso aos serviços jurisdicionais pelos cidadãos.

Note-se que os princípios correspondem ao centro do ordenamento, sendo eles que orientam e servem como balizadores à edição de normas processuais, bem como à auto-organização política de uma comunidade. Com efeito, a imposição dessas normas pelo juiz garante maior brandura legislativa. Na verdade, os princípios colaboram para a correta compreensão de todo o sistema jurídico e de sua organização, bem como encaminham quais os propósitos da lei e dos instrumentos normativos existentes.

Diante de tais elucubrações, inevitável questionar: De que forma especificamente os princípios constitucionais poderiam auxiliar na tomada de decisões por parte dos juízes? Quanto a isto, entende-se que a aplicabilidade dos princípios certamente ensejaria em decisões mais justas e mais apropriadas aos casos concretos, pois, não somente se buscaria o cumprimento da lei 'fria', mas, sobretudo, a consecução do ideal de justiça.

Não obstante a defesa de que os novos parâmetros da atividade jurisdicional levam à aceitação da aplicação de princípios em caso de impossibilidade da norma processual, resta o questionamento a respeito de como isto é feito diante de um caso concreto. Em razão da abstração

característica dos princípios pode ser difícil imaginar como esta categoria normativa poderia ser usufruída suplementarmente.

A proposta aqui aventada encontra fulcro no neoconstitucionalismo justamente por este motivo. Conforme se verá a seguir, a corrente neoconstitucionalista possui algumas variações de alcance processual, sendo, portanto, útil nesse sentido.

Em caso de impossibilidade de uso de determinado instrumento previsto por lei (Ex. Impossibilidade de citação em razão da ausência de serviço de correios), considerando os princípios constitucionais de acesso à justiça, de ampla defesa e do contraditório, há que se permitir ao magistrado, apoderar-se de recursos locais disponíveis para convocar o polo passivo da demanda que precisa ser citado. Se a população de regiões interioranas na Amazônia possui como sistema tradicional de comunicação, a transmissão via rádio, verossímil assegurar a legitimidade da citação por este *modus operandi*, visto ser a única disponível para aquele contexto caótico.

Ora, na realidade, a discussão de problemas dessa natureza possui relevância no momento em que, atentando-se estritamente às normas processuais, o magistrado que assim procedesse à convocação da parte, poderia ser acusado de cometer abusos no impulsionamento do feito sob cognição. Doutra parte, se o juiz se abstém de cumprir a citação pela justificativa de que não existiria meios materiais de realizá-la conforme a lei, estaria, indubitavelmente, cerceando aquele que provocou a inafastabilidade da atividade judicante.

Há, nesse aspecto, portanto, obstáculo ao direito de acesso à justiça e também à realização da justiça pretendida por aquele cidadão hipossuficiente. Neste conflito, a postura do magistrado, portanto, permaneceria extremamente delicada enquanto não se sucedesse maior consenso a respeito da congruência de maneabilidade de normas, cuja proposta neoconstitucionalista se aproxima de responder querelas deste gênero.

Em resumo, para a questão patente, reputa-se que a utilização de princípios se completa na medida em que se dá relevância ao objetivo maior em comento: ao direito humano e fundamental que caracteriza o acesso à justiça e, como tal, deve ser relevado além das normas meramente formais.

Assim, impõe-se denotar que ao se valer dos princípios para suprir a inaplicação das leis processuais, tal proceder transparece crucial. Como causa e efeito disponibiliza muito mais condições de promover a justiça do que sistemas jurídicos que permitem, tão somente, a aplicação das normas postas por meio de uma interpretação textual. Por isso, tornar verossímil a aplicação de princípios jurídicos pelo Estado, em geral, e, especialmente, pelos julgadores, constitui verdadeiro avanço para conquistar o pleno acesso à justiça, bem como a própria concretização duradoura de tal reflexão.

Por fim, para a desordem estrutural de aplicação da norma, propõe-se precipuamente a utilização dos princípios como argumento para a resolução do entrave à justiça através das propostas neoconstitucionalistas que se inclinam nesse íterim, exemplificados nas premissas do ativismo procedimental, do neoprocessualismo e em outras vertentes coesas, as quais serão analisadas na sequência.

4.4 POTENCIALIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA SUPRIR AUSÊNCIA DE REQUISITOS PROCESSUAIS: ATIVISMO PROCEDIMENTAL E ADAPTABILIDADE PROCESSUAL

Compreendido o neoconstitucionalismo e a oportunidade de uso dos princípios constitucionais para efetivar o acesso à justiça em condições adversas, desvela-se relevante inferir como tais possibilidades podem ser transladadas à prática processual e procedimental.

Das alternativas expostas a seguir, perceptível certa imprecisão na doutrina, uma vez que vários nomes são atribuídos para designar o mesmo processo de flexibilização normativa, diferenciando-se apenas no discurso de legitimação. Enquanto em algumas circunstâncias se descreva a vinculação expressa aos ideais neoconstitucionalistas nos postulados, outros não deixam este liame tão evidente.

De todo modo, em consonância ao Estado de Direito, o qual preconiza a regulação das relações sociais pelo império das leis, elucida-se prudente iniciar a argumentação pelo esgotamento de todas as intercorrências anuídas pela técnica processual.

4.4.1 Técnicas processuais e o Novo Código de Processo Civil

A técnica processual consiste no conjunto de normas que regem o procedimento e a formalidade dos processos, diferenciando-se do procedimento que, por sua vez, consiste na técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos (MARINONI, 2010, p. 148). Na impropriedade de se aplicar com rigor o conjunto de procedimentos no âmbito de determinado processo, poderia o magistrado ter a autonomia de instituir procedimentos substitutivos, de acordo com os instrumentos que lhe estivessem ao alcance, focando no mesmo objetivo que tais meios assegurassem - o que é consentido na doutrina através do princípio da instrumentalidade.

No entanto, na ciência moderna processual, o compromisso moral com a ordem jurídica vigente se edifica com equilíbrio, priorizando-se decisões que atentem aos valores, princípios e objetivos da ordem jurídico-constitucional, com clara intenção de resgate da dignidade da pessoa humana em toda sua dimensão e complexidade.

Na preleção de Paroski (2008, p. 256), as técnicas processuais disponibilizadas pela lei no tocante à atividade jurisdicional possuem relação direta com a questão do acesso à justiça. Esta conexão surge ainda mais explícita quando se empreende o uso de alternativas processuais para acomodação hermenêutica de normas.

Inclusive, este é o caminho interpretativo que vem sendo adotado no Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105 de 16 de março de 2015). A tendência contemporânea de aportes legais abertos se apresentam no novo diploma instrumentário desde o seu artigo 1º, ao registrar que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, redundando na adoção de uma postura constitucionalista para o processo.

Ademais, o Novo Código também traz como inovação as determinações constantes do artigo 190 e 191, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, **o juiz controlará a validade das convenções previstas** neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, **o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais**, quando for o caso. (grifo incluso)

À glosa desses enunciados, sempre que nos processos se estiver discutindo direitos em que seja suscetível o uso da autocomposição, as partes podem estipular mudanças relativas ao procedimento, conforme o caso. Essas convenções, no entanto, devem ser direcionadas pelo magistrado, como bem esclarece o artigo. Este dispositivo, como se vê, poderá ser utilizado para se pensar a moderação de certos pressupostos processuais em casos incomuns, o que inclui a privação dos sistemas orgânicos auxiliares da jurisdição. Portanto, o novel diploma legal já desponta com o *animus* de resguardar as etapas instrumentárias na trilha neoconstitucionalista.

Ocorrendo imposição codificada para o pertinente manejo processual, as vantagens para a atividade judicante e para o jurisdicionado seriam ferramentas seguras para a preservação das decisões de primeiro grau, uma vez que a positivação nesta amostra auxiliaria a mitigação de dúvidas sobre a legitimidade do magistrado em assim julgar. De fato, há motivos suficientes que levam a crer que esta é a prescrição legal que mais contribuiria para o tema desenvolvido neste trabalho.

No entanto, destaque-se que tal salvaguarda apenas contemplaria hipóteses em que as partes, de comum acordo, pudessem convencionar os termos a serem flexibilizados, o que revestiria de segurança jurídica às partes, cuja ciência das modificações implementadas já operariam efeitos. Ademais, este comando se limitaria apenas às contendas em que se disputariam direitos que admitissem a autocomposição.

Deste modo, permanecem as hipóteses em que o impedimento de aplicação normativa se dá antes ou fora da eventualidade de autocomposição entre os polos contendores. Para tais eventos, persistiria o apropriado uso

das ferramentas tais como a instrumentalidade e o uso de princípios para legitimar a medida eleita.

4.4.2 A aplicação do princípio da instrumentalidade

A instrumentalidade, segundo ensinamento de Dinamarco (2003, p. 181) consiste na noção de que o processo deve ser visto de maneira independente em relação a distintos aspectos jurídicos, ao mesmo tempo que mantém uma dependência em relação a outros, já que a ciência processual possui método e objeto próprios, sem manter-se alheia ao direito material. O processo, nessa dimensão, seria instrumento de concretização dos objetivos do Estado.

De acordo com sua concepção, a instrumentalidade do processo alberga tanto um sentido positivo quanto um sentido negativo. Positivamente, tem-se a possibilidade da busca pela efetividade processual, sempre extraindo o propósito que motivou a norma, interpretando-a de maneira mais justa e equânime. A faceta negativa da instrumentalidade, por outro lado, residiria na própria ciência do processo, pois seu emprego exige constante vigilância da função condutora do direito material que lhe é inerente. Isto sobrevém, por exemplo, quando uma postura extrema possa dar a entender que os ganhos na matéria processual parecem constituir direitos, quando, na verdade, isto não teria o condão de ser visto desta forma (DINAMARCO, 2003, p. 324-335). Em síntese, é de bom alvitre interpretativo que o direito substantivo tenha proeminência ao direito instrumental.

Felipe Cavalcante (2015, p. 196), por outro lado, sustenta que a instrumentalidade gera como aspecto positivo o fato de que o processo pode ser visto como um instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, sendo útil para perscrutar igualmente os objetivos jurídicos, políticos e sociais a que se propõe. Esta visão em muito contribui com a proposta expressa neste trabalho, a qual preconiza que mais importante do que a forma, é o objetivo ao qual se pretende chegar pela via processual: a satisfação do acesso à justiça e da tangibilidade da justiça como valor moral para aqueles que a pretendem.

Porém, na lição do autor, o aspecto negativo se justificaria no fato de que a instrumentalidade do processo ainda se revestir de características com a instrumentalidade das formas, ocasionando o risco do excesso de processualismo ou formalidade nos embates sobre o tema.

No entanto, apesar da preocupação com a excessiva burocratização que pode advir do processualismo, deduz-se que a instrumentalidade das formas pode também contribuir com a ampliação do acesso à justiça, uma vez que para oferecer ao Estado de Direito o mínimo de segurança jurídica, certas formalidades ainda são úteis e proficientes, desde que não sejam levadas ao extremo e utilizadas para impedir o acesso à ordem jurídica pelo jurisdicionado.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a instrumentalidade das formas é um método de aproveitamento que se reserva aos atos eivados de vícios processuais. Segundo o autor, a lei determina que um ato deva ser realizado por meio de uma forma específica, visando atingir a um objetivo estrito. O princípio da instrumentalidade das formas, portanto, prega que, se outra forma for utilizada para atingir o mesmo objetivo e alcançar êxito, atendida a finalidade, o ato deve ser considerado válido (DINAMARCO, 2010, p. 18). Ou seja, no conjunto de medidas processuais previstas pela lei, reputam-se válidas aquelas que atingirem ao objetivo a que se propõem, independente se estão imbuídas ou não pelo formalismo legal.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo está mais voltada à produção de resultados, afastando a ideia de que o processo é um mero instrumento a serviço do direito material. Quando se ultrapassa a concepção instrumentalista, preconiza-se o uso das técnicas do processo e similarmente as normas de direito material, proporcionando justiça, enquanto valor moral defendido pela sociedade, àquele que recorre ao Judiciário.

Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio. Um juiz radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele. (DINAMARCO, 2010, p. 19)

Deste modo, tanto a instrumentalidade das formas quanto a instrumentalidade do processo podem ser capazes de auxiliar o magistrado a superar obstáculos de acesso à justiça em regiões com carência de estrutura. As duas perspectivas sobre a instrumentalidade, portanto, podem em muito dar suporte na aplicação do neoconstitucionalismo. Esses modelos de interpretação podem, inclusive, fundamentar a atuação dos juízes para criarem formas supletivas de procedimentos para intercorrências irrealizáveis devido à ausência de estrutura física e de pessoal qualificado, conforme as situações demonstradas no Capítulo 2.

No entanto, há que se ressaltar que tais respostas não são apresentadas diretamente pelo neoconstitucionalismo. Este é apenas utilizado como doutrina base, permitindo maior flexibilização da norma. A alternativa concreta à norma, por sua vez, é criação permitida por tal teoria mas que, para ser válida, deve contemplar o cerne das garantias constitucionais, estando coerente com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Para que a instrumentalidade do processo seja passível de socorrer o operador do Direito na aplicação prática, no entanto, é apropriada a defesa de uma verdadeira instrumentalidade, na qual o processo seja concebido como um meio e não como um fim em si, “repudiando o fetichismo das formas sacramentais, prestigiando o aproveitamento dos atos processuais” (CAVALVANTE, 2015, p. 196).

A visão instrumentalista do processo, nesse sentido, é de grande importância para proporcionar a constitucionalidade das decisões de modo que, nesse sentido, há estudos voltados à necessidade de abertura da norma para que o julgador possa adequar o rito condizente ao caso concreto. A perspectiva instrumentalista do processo, nesse cenário, é de valorosa importância para proporcionar a justiça das decisões, havendo estudos voltados à maior abertura da norma onde o julgador possa ajustar o rito às adversidades latentes. No entanto, esta corrente doutrinária é combatida pelas correntes mais positivistas, que incentivam o rigor no formalismo (FUGA, 2012, p. 5).

Ao se incorporar altivez ao direito de acesso à justiça, redundam-se indevidos toda e qualquer tentativa de generalização da conformabilidade esperada. O processo carece de um instrumento ético e político para propiciar uma decisão justa, acessível às grandes massas (CAVALCANTE, 2015, p 196). Assim, oportuno inserir alternativas fora das medidas tradicionais, apenas quando estas não forem exequíveis e, assim, todos os jurisdicionados possam se socorrer das funções judiciárias, independente da existência de condições materiais para suprir por inteiro os requisitos eventualmente exigidos.

Em outros termos, ao se propugnar o uso de construções não estanques de caráter neoconstitucionalista para as exigências processuais/procedimentais inviáveis de atendimento de todos os requisitos solicitados, convém clarificar que, para ser considerado legítimo, este pleito deve ocorrer apenas quando os requisitos de impossibilidade forem preenchidos de acordo com os preceitos constitucionais, pela aplicação dos princípios ou das garantias processuais dispostas na Carta Magna.

Em suma, a lei processual não pode figurar como um fim em si mesma, mas como instrumento para servir à tutela dos direitos das pessoas e da sociedade como um todo (PAROSKI, 2008, p. 256-257). Ou seja, onde não há normas expressas, o grande desafio se funda em coadunar os pressupostos positivistas inerentes ao Estado de Direito à demanda de flexibilidade às dificuldades dispostas.

4.4.3 A observância das garantias constitucionais do processo

Consoante ao já exposto em momento pretérito, um dos pontos mais destacados pelos críticos do neoconstitucionalismo é a preocupação em que o magistrado vire um legislador, extrapolando os limites de sua competência e atuando contrariamente ao determinado pela Lei. Em que pese tal fato, não custa lembrar que o conceito de Direito que se pensa é aquele onde o sistema de normas que rege a vida deve ser um produto em

construção, cuja aplicação justa depende do estudo aprofundado das questões sociais.

Logo, se esta conceituação não for verdadeiramente utilizada para compor o Direito e se aplicar as normas vigentes, não haveria razão para se justificar o desenvolvimento de uma ciência jurídica dinâmica, pois diferente disso, este ramo se resumiria à mera técnica de subsunção do fato à norma.

Ao colimar esta abordagem acerca do Direito e em resposta à argumentação dos opositores do neoconstitucionalismo (afirmação de que seria arbitrária e indevida uma maior liberdade do magistrado na interpretação e aplicação normativa), Marinoni apregoa que para determinar ou não o arbítrio do Juiz, imprescindível verificar o atendimento das garantias básicas atribuídas constitucionalmente ao processo. São exemplos dessas garantias a participação adequada do demandado no processo, o contraditório e a ampla defesa (MARINONI, 2010, p. 36). Portanto, ainda que seja amplamente reconhecida a probabilidade do Juiz de valer-se das técnicas processuais para compensar deficiências ou ausência de condições de atendimento a requisitos legais, isto não poderia ser descrito como uma carta branca para o arbítrio do magistrado.

Neste íterim, cabe ao operador do Direito e, portanto, ao juiz, avaliar que a instrumentalidade do processo e o próprio ativismo judicial não podem ser manejados fora dos critérios constitucionais. Calmon de Passos (2003, p. 68), nesta acepção, aduz que as garantias do devido processo constitucional não podem ser dispensadas, ou mesmo restringidas, em razão da segurança que se procura das relações jurídicas e igualmente da prestação jurisdicional. Entre elas estão garantias como a prévia instrução, a definição da competência do julgador, a bilateralidade da audiência, a publicidade inerente aos atos processuais, a fundamentação das decisões jurisdicionais e o controle destas.

De certo, para o uso de técnicas processuais que demandem o exercício racional do magistrado, o cumprimento das normas constitucionais é condição *sine qua non* para revestir o procedimento de legitimidade. E isto não deve apenas ser feito sob a escusa de preenchimento de encaixes para se aplicar a lei a procedimento específico, mas também para fazer com que o processo atinja a celeridade esperada, com fundamento constitucional no

artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal que define 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”.

A celeridade processual, direito constitucionalmente consagrado, consiste de forma similar em importante fundamento para a garantia da ordem jurídica justa e, por tal condição, o magistrado em seu ofício se responsabiliza pelo atingimento de metas de produtividade delimitadas pelo órgão censor máximo, o Conselho Nacional de Justiça.

Atender às garantias previstas na Constituição é ser coerente com sua fundamentação e com a observância dos direitos ali elencados, ou seja, para utilizar-se legitimamente dos argumentos neoconstitucionais - ao se utilizar da flexibilização das normas processuais - é de razoável medida que o operador se vincule aos limites constitucionais impostos a esta condição.

Estabelecidos, portanto, os fundamentos constitucionais para uma maior margem de alternativas à atividade judicante (pelas técnicas processuais, princípio da instrumentalidade e garantia do devido processo constitucional), é possível aprofundar as discussões doutrinárias no tocante a desdobramentos mais polêmicos do neoconstitucionalismo. Neste esteio, cabe analisar institutos como o ativismo procedimental, o neoprocessualismo e a ideia de adaptabilidade processual, atinando-se para as consequências práticas que a adoção desses parâmetros exercem em situações complexas - como nos casos das regiões interioranas que sofrem de carência estrutural.

4.4.4 Ativismo procedimental, neoprocessualismo ou adaptabilidade processual

Além do chamado ativismo judicial, o qual foi detalhado no capítulo anterior, também é possível encontrar referências na doutrina a respeito de um ativismo procedimental, que o vem desenvolvendo como uma espécie do gênero ativismo.

Segundo Peleja Junior (2010, p. 33), a legitimação para um ativismo procedimental começa quando se tem em conta que o legislador não tem

condições de prever todos os casos que lhe serão interpostos para deliberação. Nesse sentido, esclarece o autor:

A concepção que interessa no presente trabalho para qualificar o termo ativismo é a criação de norma procedimental pelos juízes, em casos excepcionais, face às necessidades concretas. (...) No campo do processo, se isto ocorrer – situação concreta que não se amolda à rota traçada legalmente, o juiz deve criar mecanismos que possam remediar a situação na busca de um processo justo fulcrado no devido processo constitucional. Está-se na seara da flexibilização procedimental e da adaptabilidade procedimental. Tem-se aí um ativismo na modalidade procedimental (ativismo endoprocessual). [PELEJA JUNIOR, p. 6]

No saber do autor em destaque, a ideia do ativismo procedimental, ou endoprocessual se estriba na criação de mecanismos pelo juiz com o objetivo de remediar uma situação em que o processo esteja obstado em razão do não atendimento de condicionantes legais. Porém, a fim de não generalizar a questão, essencial a cautela de se restringir este tipo de solução apenas para casos excepcionais e sempre se levando em conta os direitos em disputa e os princípios constitucionais que lhes respaldam.

Aparentemente desdobrada da ideia de ativismo procedimental, outra variação encontrada na doutrina como novo modelo de aplicação das normas processuais é o chamado neoprocessualismo (ou formalismo valorativo), que surge como resultado da influência do direito constitucional sobre o direito processual, o que, na prática, se trata da constitucionalização do processo (LOURENÇO, 2011, p. 79). Há, neste diapasão, uma afinidade em face das garantias do devido processo constitucional. Porém, similarmente, se tem incluso este novo aporte como uma evolução do princípio da instrumentalidade e do neoconstitucionalismo na seara processual.

Na concepção de Lourenço, esta é a faceta mais contemporânea da questão processual, que progressivamente evoluiu pelas fases do praxismo, do processualismo e do instrumentalismo até chegar na fase neoprocessualista. No praxismo, o processo apenas era visto em razão de seus aspectos práticos, sem preocupações científicas. Na fase do processualismo, o estudo do processo ganha reconhecimento científico, o que teria gerado uma excessiva preocupação com a forma processual,

distanciando-a da realidade. Já na fase instrumentalista, o processo, embora autônomo passou a ser visto como instrumento de realização do direito material, negando-lhe o caráter puramente técnico. Por fim, no neoprocessualismo, há uma grande influência dos ideais do neoconstitucionalismo e interage com o instrumentalismo (LOURENÇO, 2011, P. 4-5).

Deste modo, não pode o operador do Direito escusar-se de observar os rumos da evolução doutrinária e interpretativa no que tange ao processo. Como se nota, este ramo do Direito passou por diversas fases, sempre à procura do aperfeiçoamento, a fim de proporcionar ao jurisdicionado melhores formas de tutela. Havendo-se superado os problemas das fases anteriores, em especial aqueles ocasionados pelo excesso de formalismo, objetiva-se soluções processuais que contemplem as preocupações contemporâneas de efetividade das funções estatais.

Na doutrina, a busca por essas formas mais acomodativas de tutela é tão presente, que há ainda outros modos utilizados para designar fundamentos de flexibilização processual desta natureza. É o caso que se denomina *adaptabilidade processual* cuja ideia seria influência direta do ativismo procedimental e do neoprocessualismo. Porém, a justificação da adaptação do processo advém das necessidades do direito material para fins de proporcionar a efetividade, tal como se advoga nas demais opções de flexibilização anteriormente apresentadas:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e adequação deve trazer a efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações do direito substancial. (MARINONI, 2003)

Em primeira análise, a lógica da adaptabilidade poderia soar arbitrária, ensejando uma espécie de absolutismo judicial. Todavia, o mecanismo sobre estudo viabiliza caminhos para soluções eficientes no processo que de outro modo seriam empecilhos no impulsionar da cognição.

Equilibrar os dois pesos do direito e da justiça visando a sua finalidade primordial, que é a realização da jurisdição pela aplicação ao caso concreto (OLIVEIRA, 2014, p. 140).

No assentamento de Peleja Junior, a adaptabilidade do processo às exigências do caso concreto encontra guarida constitucional, desde que sejam inclusos os princípios constitucionais processuais na motivação jurisdicional, afastando potencial arbítrio do magistrado.

O instituto deve ser repensado e melhor compreendido em prol da técnica mais adequada ao caso concreto, da efetividade e da busca pelo escopo social do processo: pacificar com justiça. Já estamos maduros o suficiente e cansados de saber que o processo civil não se contenta mais com a verdade formal – e isso é incansavelmente repetido em livros, simpósios e cursos - mas se deve buscar a verdade material, mesmo que para isso seja suplantada regra procedimental, o que se justifica face à peculiaridade do caso concreto. (PELEJA JUNIOR, 2010, p. 35)

Assim, a ideia do autor aponta também para a hipótese esquadrihada neste trabalho, ou seja, que a realização do justo (valor) deve constituir fundamento para a flexibilização de normas processuais, se isto for favorável à reparação das intempéries do caso concreto. Obviamente, quando todas as condições para o cumprimento de normas processuais encontram-se reunidas, não há motivo para inovações forenses, obrigando-se o operador do direito ao uso da subsunção tradicional.

Em quaisquer enfoques (técnicas processuais, instrumentalidade, garantias do devido processo legal, ativismo procedimental, neoprocessualismo ou adaptabilidade processual) a abertura de exceções às regras processuais é comumente contestada com fulcro no argumento da segurança jurídica. Seus defensores acreditam que surgindo opções de interpretação, perder-se-ia a concretude normativa. No entanto, a hermenêutica da norma abalizada nos princípios constitucionais, conforme visto, preenche tal inaptidão, autorizando claramente o julgador a lançar mão de tais formas abrangentes se não ocorrerem condições materiais de enquadramento normativo, tal como já demonstrado:

Ora, a par do devido processo legal e do regramento procedimental explícito (“**rules of the game**”) para evitar

surpresas às partes, não pode o legislador prever todos os casos concretos a surgir, regulamentando todos eles e ficando na lei hipóteses rígidas de flexibilização ou adaptabilidade do procedimento.

Tal possibilidade deve ficar a cargo do juiz, que exercerá com ponderação e balanceamento dos valores constitucionais, fazendo prevalecer a solução mais justa ao caso concreto. (PELEJA JUNIOR, 2010, p. 35) [grifo do autor]

Assim sendo, por reconhecer que seria impreciso ao legislador prever todo e qualquer entrave ao acesso à justiça, a argumentação neoconstitucionalista beneficiaria práticas instrumentárias que auxiliariam o Juízo no deslinde dos feitos. Ademais, conceber um Direito incapacitado para interpretação da letra da lei, seria relegar à Ciência e à Justiça a uma função meramente inquisitiva, onde se procuraria friamente tipificar um fato à norma sem averiguar os demais fatores que influiriam nesta operação. Por isso, é primordial o reconhecimento de que a riqueza de acontecimentos possíveis oriundas da vida em sociedade não permite um horizonte tão simplista acerca do sistema de normas que rege as relações humanas.

4.5. A NECESSIDADE DE REFORMAS NAS LEIS PROCESSUAIS OU ADMISSÃO DE FLEXIBILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO: MEDIDAS ÚTEIS PARA CASOS DE DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL

Adotando-se uma visão de que uma série de medidas devem ser implementadas para mitigar os problemas abordados, mostra-se interessante pontuar quais as providências práticas que podem ser pensadas à luz do neoconstitucionalismo para transpassar os obstáculos ao acesso à justiça.

Ainda que se tutele uma liberdade maior para atuação do Magistrado valendo-se de princípios constitucionais calcados nas interpretações neoconstitucionalistas, oportuno reconhecer que numa amostra ideal, essas diretrizes poderiam estar positivadas em lei. Num plano perfeito de Estado de Direito, obriga-se sempre a trabalhar em prol de se ofertar condições propícias para cominação da lei.

Portanto, considerando-se esta premissa base, tem-se que a teoria constitucional contemporânea autoriza aos legisladores a trabalharem na construção de uma maior autonomia a ser disposta ao julgador para que este

decida de que maneira deve proceder para suprir a carência de requisitos processuais ou procedimentais diante de um caso concreto extremo. É dizer: antes de aplicar medidas supletivas, é preferível que haja um movimento em favor do reconhecimento da necessidade de flexibilização e que isto, se possível, seja expresso no âmbito normativo.

Apesar das possibilidades aventadas pelo Novo Código de Processo Civil, conforme visto, não se pode prescindir da necessidade de pensar soluções para casos em que as normas nele contidas não possam ser aplicadas. Deste modo, não sendo viável que a lei venha a contemplar esses casos, ou que isto não ocorra em tempo hábil para garantir direitos aos jurisdicionados, advoga-se a possibilidade de outorgar a flexibilização ao magistrado, que, com base no neoconstitucionalismo, poderia resolver os problemas relacionados aos procedimentos.

Ao se destacar as dificuldades encontradas no interior da Amazônia, conforme abordado no Capítulo 2 e a título de exemplificação, cabe o esforço propositivo no sentido de pensar algumas alternativas que podem ser previstas em lei ou em regulamentação procedimental no âmbito dos Estados. Em face da expectativa de que isso venha a ocorrer a médio e longo prazo, a incorporação de práticas na legislação poderia acontecer futuramente ou serem aceitas na atualidade como soluções aos problemas que a falta de estrutura e de profissionais acarretam para a atividade judicante.

Conforme tratado no segundo Capítulo, em ambiências dispostas no contexto amazônico, a falta de determinadas funções essenciais à justiça, seja pela ausência de órgãos, de estrutura material ou de pessoal qualificado, acarreta ao julgador uma situação instável.

Diante das adversidades, cabe a ele superar o problema com transcendência, apoiando-se na estrutura precária que lhe é disponibilizada, elaborando mecanismos *sui generis* para prosseguimento de seus atos. No entanto, indubitavelmente, este magistrado, por não estar legitimado pela doutrina dominante ou por não poder plenamente seguir os ditames processuais/procedimentais, pode vir a ser penalizado pela alegação de ilegalidade de seus atos, tendo ainda suas decisões reformadas por

desembargadores e ministros de cortes superiores distantes da realidade que se incide.

Assim, visando pensar em possíveis contribuições do neoconstitucionalismo à questão posta, este ideário autorizaria uma flexibilização procedimental (de forma) para viabilizar a observância de direitos e garantias fundamentais de acesso à justiça. No entanto, tal flexibilização deve, invariavelmente, observar a manutenção do conteúdo da norma, em razão das garantias processuais às quais se busca tutelar com a instituição de regras de processo e procedimento.

Observando-se tais ressalvas, cabe apontar soluções possíveis de serem pensadas e debatidas para que tanto as garantias processuais quanto o direito de acesso à justiça sejam atendidos.

Em atenção ao objeto de estudo e das questões levantadas atinentes à falta de estrutura na Amazônia, seguem, algumas medidas de flexibilização que poderiam ser pensadas e empreendidas³¹ para suprir algumas carências de estrutura e de profissionais em regiões interioranas na Amazônia, além de situações análogas.

OBSTÁCULO	MEDIDA DE FLEXIBILIZAÇÃO
Ausência de representante do Ministério Público para propositura de transação penal e consequente homologação pelo Juízo	Permissão ao juiz para proceder ao <i>sursis processual</i> , oportunizando ao Promotor de Justiça o controle <i>a posteriori</i> , especialmente em casos de crimes de menor potencial ofensivo.
Impossibilidade de cumprimento em integralidade dos requisitos da inicial previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil de 1973 e atual art. 319 do Novo Código de Processo Civil	Flexibilização das exigências pela possibilidade de documentos supletivos que atinjam ao mesmo objetivo, resguardado o direito de contestação e controle <i>a posteriori</i> .

³¹ Muitas delas já vem sendo efetivamente utilizadas (Informação pessoal decorrente do exercício de atividade profissional na região em comento).

<p>Impossibilidade de cumprimento em integralidade das condições da ação previstas no artigo 267, IV do Código de Processo Civil de 1973 e atual art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil. Além dos pressupostos de validade e existência do processo (Primazia do julgamento de mérito).</p>	<p>Flexibilização das exigências pela possibilidade de documentos supletivos que atinjam ao mesmo objetivo, internalizando a hipossuficiência financeira, intelectual e os costumes das partes, sempre resguardado o direito de contestação e controle <i>a posteriori</i>.</p>
<p>Ausência de certidão de nascimento para acesso às políticas públicas.</p>	<p>Aceitação provisória de documentos não oficiais como a certidão de batistério, ficando pendente a apresentação do documento oficial posteriormente e resguardado o direito de contestação.</p>
<p>Impossibilidade de citação de partes pela falta de oficial de justiça.</p>	<p>Possibilidade de maior informalidade na realização e validade de comunicação de atos judiciais em face das dificuldades de distância. Estímulo e utilização de formas locais de comunicação como intimação e comunicação de atos judiciais via caixa acústica pela rádio local nos horários de maior audiência ³². Admissão de documentos emitidos pelo cartório judicial nesse sentido, com possibilidade de questionamento <i>a posteriori</i> se a parte se sentir prejudicada.</p>
<p>Falta de profissional especializado para realização de perícia.</p>	<p>Aceitação de laudo constituído por profissional não especialista, porém, imbuído de notório saber sobre a causa, reconhecido desta forma no Município ou comunidade.</p>
<p>Impossibilidade de realização de laudo por mais de um técnico.</p>	<p>Permissão de uso de perícia judicial realizada por apenas um técnico, condicionada sua admissão a que os</p>

³² No interior da Amazônia, devido ao isolamento e difícil acesso pelos rios, grande parte da comunicação entre as comunidades é realizada pelas rádios locais, inclusive a própria comunicação entre os moradores (SOUZA, 2013).

	fatos sejam corroborados com mais provas.
Impossibilidade de apresentação de documento exigido por lei.	Aceitação de forma diversa, quando o ato ou documento alcançar a mesma finalidade de acordo com o princípio da instrumentalidade previsto no artigo 244 do antigo CPC, consubstanciado pelo art. 282, §2º e art. 317 do Novo Código de Processo Civil.
Falta de condições materiais para que os moradores de comunidades distantes se desloquem à sede do município para cumprimento de legislação eleitoral.	Considerar a eleição municipal legítima, quando suscitado vício por abuso de poder econômico quando as coligações partidárias se unem para doar alimentos, combustível, embarcações e demais recursos para o dia das eleições, desde que o gerenciamento de tais providências seja efetuada pela Justiça Eleitoral.
Ausência de estrutura ou profissionais da Polícia Civil (Polícia Judiciária).	Considerar investigação policial realizada pela Polícia Militar, além de inquérito presidido por autoridade policial nomeada (que não o delegado de polícia), permitindo-se que eventuais erros sejam fiscalizados <i>a posteriori</i> pelo Ministério Público, adotando ainda o uso de tecnologia audiovisual para a preservação fidedigna da produção de provas.
Ausência de meios para que o apenado cumpra pena de medida alternativa correlata à matéria.	Permitir que o apenado cumpra pena alternativa em matéria diversa daquela pela qual foi condenado.

Importa frisar que as alternativas aqui propostas não são fornecidas pela teoria neoconstitucionalista, mas podem ser pensadas em razão de que tal construção teórica permite a flexibilização de normas em face da necessidade de resguardar direitos mais fundamentais.

No entanto, em que pese a análise das possibilidades colacionadas, ressalte-se que nenhuma delas pode destinar-se a suplantiar o propósito para

o qual tais normas foram criadas. As medidas listadas apenas reafirmam o objetivo essencial dos procedimentos a que se encarregam, suprindo a sua ausência sem obstaculizar o acesso à justiça ao jurisdicionado e sem ferir as garantias processuais oportunizadas pelo ordenamento, muito embora, mais assertivo seria que ocorrências como estas pudessem ter a flexibilização prevista em norma. Assim, apenas em casos extremos em que isto não fosse plausível, haveria premência de se recorrer à interpretação neoconstitucionalista.

De toda sorte, em que pese ser imprescindível a defesa de um enquadramento normativo sobre a mobilidade instrumentária, persiste o fato irremediável de que o Direito não pode, por essência, prever todas as situações sociais passíveis da jurisdição. Como se observa, as propostas apresentadas como exemplo do que poderia ser feito para transpor os empecilhos à concretização dos atos processuais em situação de falta de estrutura, não ferem o cerne do processo e das leis correlatas. Todas as medidas criam meios de prover o objetivo que a lei determina, modificando-se apenas a forma pela qual isto é realizado. Nesse sentido, oportuno ressaltar que não há ilegalidade, mas, ao contrário, há a realização da justiça segundo as medidas que a realidade fática permite tomar. Este fato reforça, por derradeiro, a hipótese de que o neoconstitucionalismo seja um instituto eficiente para o equacionamento dos transtornos processuais pautados nas adversidades amazônicas.

4.6 APLICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL PARA CASOS ESPECÍFICOS DE AUSÊNCIA DE ESTRUTURA NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA

O neoconstitucionalismo preconiza um crescimento da importância da proatividade do Poder Judiciário no exercício de suas funções estatais. Segundo as premissas da corrente neoconstitucionalista, para tomar uma decisão ou executar os atos para os quais foi designado, o magistrado deve internalizar em sua atividade muito além do que diz a mera letra da lei, inserindo no seu convencimento a realidade fática que o envolve.

Nesta vertente, há que se reconhecer que o neoconstitucionalismo constitui uma nova maneira de construir, de interpretar as normas e também de criar medidas que tornem a atividade judicante presente, agregando coerção às previsões constitucionais, em especial aos princípios que refletem direitos humanos e fundamentais reconhecidos em tratados internacionais e na Constituição Federal. Esta tendência, note-se, tem evoluído na tradição jurídica brasileira, desde a promulgação da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, fortalecendo o protagonismo do Judiciário e revestindo de força legal, premissas constitucionais que se mostrariam apenas programáticas, desprovidos de utilidade prática.

Além disso, desde a CF/88 ocorre um aumento progressivo das competências dos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição - cujas responsabilidades são cada vez mais amplificadas. Conseqüentemente, este fenômeno influencia a aplicação e interpretação das normas por meio da jurisprudência resultante de suas atividades. (ARAÚJO, 2006, p. 338)

Tanto isto é verdade que, aos Tribunais Superiores foi outorgada a prerrogativa de ditar súmulas que constituem uma fonte jurídica composta por um texto condensado num enunciado, aprovado pela maioria dos membros de um Tribunal para orientar julgamentos de matérias recorrentes e não pacificadas. Este tipo normativo pode também receber o qualificativo “vinculante”, o que torna a súmula obrigatória em decisões posteriores a respeito da mesma matéria, tendo-se como objetivo reduzir a incerteza quanto às decisões conflitantes de diversos julgadores, além de servir para incrementar a celeridade e economia processual (ANJOS, 2010, p. 152-153).

Portanto, em razão das conquistas do Judiciário no campo político, já não cabe mais o conservadorismo fundamentalista e a renitência em aceitar e tornar legítimas as ações processuais voltadas à ampliação de acesso à justiça tendo como supedâneo parâmetros constitucionais.

No que concerne ao ativismo judicial, decorrente do neoconstitucionalismo, este se define na postura hermenêutica mais expansiva que permite ao magistrado maior domínio sobre a construção do direito, tornando tangível a este, escolher entre a aplicação de uma norma expressa e um princípio constitucional dotado de maior abstração.

Para as circunstâncias trabalhadas neste estudo, apropriado esclarecer que o neoconstitucionalismo constitui-se no parâmetro mais consentâneo e menos polêmico do que o ativismo judicial. Isto porque o ativismo defende medidas mais drásticas como por exemplo, a possibilidade do juiz decidir contrariamente à norma quando esta for considerada injusta. No caso do ativismo proposto pelo neoconstitucionalismo isto não ocorre pois o julgador não decidirá de modo contrário, mas se valerá de princípios compatíveis com o objetivo final da norma em questão. No contexto caótico estrutural, ao julgador se exige criar trilhas interpretativas para remediar a inadequação normativa processual. É defensável tal postura em razão de princípios como o da instrumentalidade, isto porque uma vez que as garantias constitucionais são respeitadas, não há motivo para alegar a aplicação de princípio em detrimento da lei, ao mero arbítrio do juiz. Nessa condição, o magistrado procederá desta forma porque a outra opção seria sumariamente inaplicável.

Por conseguinte, no enfoque do ativismo judicial, qualquer desconfiança que pudesse advir da viabilidade do Magistrado de escolher deliberadamente descumprir a lei em razão de princípios não teria amparo pelo mesmo motivo: não sobejaria outra alternativa ao juiz que preferisse atender ao direito de acesso à justiça do jurisdicionado, cominando uma possibilidade já aceita pela doutrina e jurisprudência, tal qual o princípio da instrumentalidade das formas.

Com efeito, em que pesem as razões dos críticos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, forçoso compreender a utilidade do discurso proposto para resolução de situações complexas. É bem verdade que, se levados ao extremo, esses parâmetros interpretativos podem conduzir a situações contrárias aos objetivos da ordem jurídica. Porém, se construídos, aceitos e aplicados à luz dos princípios e garantias previstos constitucionalmente, o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, bem como todas as suas variantes processuais e procedimentais, poderiam conferir uma maior abrangência ao acesso à justiça, devolvendo a paz social à comunidade.

As críticas apresentadas ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial, portanto, devem ser saneadas na prática pelos parâmetros oferecidos pelas normas constitucionais.

Ainda assim, restam aquelas críticas voltadas ao ativismo judicial em razão do temor em torno da neutralidade do juiz. No entanto, reconhece-se que a total neutralidade constitui uma “falácia utópica” (PAULA, 2012, p. 148), pois mesmo em amostras em que o juiz atue calcado em normas claras e específicas, em algum momento sua subjetividade irá interferir no julgamento. Se em termos de direito material, esta polêmica aponta para o óbice da neutralidade absoluta do magistrado, mais ainda isto se refletirá nas normas de direito formal. Contudo, em matérias de processo/procedimento, as consequências dessa factível parcialidade seriam ainda mais mitigadas, já que estas não se referem estritamente a questões morais enfrentadas pelo Juiz.

Uma vez que o julgador diante do feito sob cognição, em que lhe caberá optar, entre uma regra processual/procedimental ou a satisfação do direito de acesso à justiça do jurisdicionado, deverá escolher a segunda opção, elegendo o valor social mais realçado no litígio. Porém, como o objetivo a ser alcançado deve ser o mesmo fim que seria perseguido pelo cumprimento da regra formal, não há que se falar em violação da ordem jurídica, face ao princípio da instrumentalidade.

As reflexões trazidas no decorrer deste trabalho denotam que os novos marcos que vem surgindo para atuação estatal e do Direito apontam na direção do aperfeiçoamento das instituições democráticas, significando que nenhum dos âmbitos do Estado podem ser superpostos a outros.

Em resumo e em razão dos argumentos aqui expostos, o uso do neoconstitucionalismo surge como uma opção coerente para oportunizar o acesso à justiça diante da falta de estrutura em contextos complexos, como as regiões interioranas da Amazônia, que padecem a cada dia com a falta de meios materiais e recursos humanos. Segundo esta proposta, a via mais coerente de se utilizar das premissas neoconstitucionalista é a flexibilização de normas processuais e procedimentais.

Não obstante ao fato de que sempre é preferível que o Estado franqueie a mais ampla máquina administrativa encarregada do cumprimento

de suas funções, insta reconhecer que a realidade fática aporta situações muito mais complexas, além do que pode prever o legislador. Defende-se, portanto, nesta senda, um repensar das normas processuais estabelecidas, cabendo questionar, inclusive a atual centralização em torno da produção das normas processuais, deixada a cargo da União.

No geral, a conjuntura aqui perscrutada, em regra, não contempla questões de direito material, razão pela qual não se adentrou em ocasionais minúcias. Por outro lado, refreou-se na tônica da flexibilização de normas de direito formal, privilegiando o uso de princípios jurídico para fundamentar e legitimar a sua substituição por outros mecanismos formais. Estes, por sua vez, estabelecidos pelo magistrado, ambicionando-se recompor distorções legislativas não condizentes com as particularidades do Amazonas.

Nessa esteira, foi demonstrado que o neoconstitucionalismo contribui sobremaneira para debelar adversidades descritas exhaustivamente, através da internalização de medidas maleáveis voltadas ao processo. Sendo impossível, porquanto, dissociar tais providências da legislação, do princípio da instrumentalidade, da observância das garantias constitucionais do processo e da doutrina pós-positivista que concebeu os já reiteradamente aludidos aportes jurídicos mais abertos (ativismo procedimental, adaptabilidade processual, neoprocessualismo e etc).

Por fim, substancial advertir que as comarcas amazônicas urgem por reformas mais contundentes na legislação processual perante a complexidade daquele ambiente preterido do sistema de justiça. O debate doutrinário sobre o tema seria um alento para o reparo de imprecisões dessa natureza, aproximando inevitavelmente o direito dos problemas sociais mais insidiosos. A par disto, repensar ainda novos paradigmas para que os legisladores incluam este tema nas pautas de reforma processual seria imprescindível, muito embora avanços atuais já se apresentem, como o advento do Novo Código de Processo Civil.

Sendo impraticável, como já dito alhures, a subsunção de todos os acasos do mundo fático, que seja facultado ao magistrado a aplicação pacífica das premissas neoconstitucionalistas, enaltecendo-se os parâmetros e limites insculpidos na Constituição, diante do caso concreto, não se

usurpando do jurisdicionado, o seu legítimo direito de acessar o Judiciário e ver atendida a sua demanda por justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões pontuadas no decorrer da presente tese remetem a importantes constatações, sendo a primeira delas a necessidade de tratar a questão do acesso à justiça além das preocupações que normalmente estão em voga. A grandiosidade territorial brasileira comporta uma infinidade de desafios que ainda precisam ser superados, tal como foram transpostas as barreiras mais debatidas como aquelas relacionadas à modernização dos tribunais e a disponibilização de advocacia para os hipossuficientes.

O problema de deficiência estrutural das instituições jurídicas no interior da Amazônia é antigo e de difícil solução. Apesar de haver a consciência de que o desejável seria a perfeita estruturação estatal para o ótimo desempenho das funções, há que se reconhecer que na realidade fática tal aspiração ainda encontra muitos empecilhos.

Diante deste quadro, constitui-se um fato a ser conquistado pelo Direito, a criação de modelo jurídico que venha a fornecer meios de minorar o problema em questão, não permitindo, assim, que as carências apresentadas formem um entrave ao direito de acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Com a finalidade de colaborar na busca por caminhos que levassem à estruturação de um remédio jurídico para tal problemática, portanto, esta tese advogou a viabilidade da aplicação do neoconstitucionalismo diante de casos onde a estrita observância de normas processuais ou procedimentais é impraticável, em virtude das circunstâncias de ausência de estrutura estatal adequada, em áreas interioranas da Amazônia, geralmente caracterizadas pelo isolamento geográfico.

Para atestar a urgência da questão, no primeiro momento, discorreu-se a respeito do acesso à justiça como direito humano fundamental. A inquietação quanto a este direito advém do fato de que, verificada a essencialidade do direito de acesso à justiça e seu posicionamento no mais alto grau de importância de que se pode atribuir aos direitos, é primordial garanti-lo, independente das vicissitudes enfrentadas pelo Estado no dever de se fazer presente para todos os cidadãos sob sua responsabilidade. Nesse sentido, reputou-se importante um resgate da aceitação da justiça enquanto valor moral a ser alcançado pelas atividades estatais.

A discussão a respeito da justiça, apesar da dificuldade que a subjetividade deste valor representa, é de grande valia para esta análise. A recusa do Estado em dar uma resposta a um jurisdicionado, devido ao fato de não se dispor de estrutura suficiente para executar as regras por ele mesmo impostas, constitui uma clara contrariedade ao próprio Estado de Direito. Inclusive, conforme se viu, pelo princípio da inafastabilidade do Judiciário, ao Juiz é vedado escusar-se de resolver uma demanda que lhe é posta sob a argumentação de que não há fundamento legal que o ampare. Doutra parte, a recusa na prestação do acesso à justiça também afeta diretamente a ideia de justiça como valor, sendo útil, nesse tom, retomá-la como um ideal a ser perseguido pelos sistemas de justiça. Conceber que os cidadãos não acessem os sistemas, especialmente o Judiciário, pela mera ausência de preceitos legais formais, afronta diretamente a justiça como um valor a ser disponibilizado irrestritamente.

Conforme notado na tese, as acepções do direito de acesso à justiça vêm evoluindo para abranger um grande leque de situações que possam permitir o jurisdicionado de se valer das funções judiciárias do Estado, bem como dos sistemas de justiça em geral. Este processo de inclusão de novas situações é bem retratado na análise das ondas de acesso à justiça. No entanto, ainda que muitos fatos sejam aludidos, sabe-se que a questão da falta de estrutura em regiões problemáticas ainda é um aspecto pouco abordado na doutrina, havendo uma demanda, portanto, de que este tema ingresse às digressões.

Isto restou ainda mais límpido a partir do momento em que se passou a analisar as condições adversas onde labutam os operadores da justiça diante de dificuldades concretas. Nesse segundo grande tópico do trabalho, detalhou-se que, apesar de a Constituição Federal prever uma estrutura fundamental para a atividade do Judiciário, há circunstâncias em que a disponibilidade de todo este arcabouço é inviável em razão da escassez de recursos materiais e humanos que acomete algumas regiões do país, em particular, as regiões caracterizadas pelo isolamento geográfico.

Ingressando no caso amazônico, tratou-se de analisar as dimensões desta porção do território brasileiro em relação à configuração de suas cidades e de sua população, assim como do bioma amazônico, que em muito

influencia a oferta de bens e serviços (inclusive estatais) nesta realidade. Sobre estas intempéries, demonstrou-se as dificuldades reais que são enfrentadas na região (também pelos órgãos públicos) para chegar aos municípios mais longínquos e garantir o fornecimento de direitos sociais mínimos. Consoante ao delineado, a configuração geográfica da região compromete em muito a facilidade de transporte, tornando-o caro e demorado, o que reflete em toda a oferta de serviços a serem disponibilizados. Além disso, em razão da simplicidade da vida no interior, não há, por vezes, profissionais que se disponham a habitar nesses lugares e trabalhar nas atividades forenses. Em razão da inexpressiva população, da pouca oferta educacional, ausência de cursos universitários, escassez de professores e concursos públicos adstritos à região, igualmente difícil que seus próprios habitantes tenham a formação adequada e oportunidades para profissionalização técnica superior. Deste modo, muitos são os aspectos socioeconômicos envolvidos para que a situação estática assim se perpetue.

Inobstante as agruras encontradas na atividade estatal em geral no interior da Amazônia, atentou-se que muitas técnicas foram construídas ao longo dos anos para remover ou ao menos atenuar tais empecilhos. Assim, visível que formas inéditas de inclusão social dos serviços de educação e saúde pelo uso de novas tecnologias e de metodologias não convencionais, estimulam o empreendedorismo em alternativas não convencionais também para as demandas relacionadas à justiça. Um exemplo de saídas nesse campo é a atividade da justiça itinerante frequente, que prevê ritos moldáveis e o deslocamento dos profissionais e estruturas básicas para atender às demandas da população ribeirinha, que vive em isolamento territorial, às margens dos rios amazônicos. No entanto, há que se lembrar que a experiência ainda é descontínua e não tem como dar conta das demandas em contextos análogos.

Assim, tendo em vista a adversidade imposta pelo espaço amazônico, é essencial refletir sobre qual parâmetro mais útil serviria de pilar para acrescentar novas ideias à resolução dos dilemas narrados. Justamente por reconhecer a variedade de problemas envolvidos (geográficos, etno-culturais, históricos, estatais, populacionais e etc) compreende-se a impossibilidade de uso de uma única solução para todas as vicissitudes encontradas pelo

operador do Direito numa região multiforme como a Amazônia. Apesar de nesta tese, claramente se apresentar a proposta neoconstitucionalista como ferramenta, impera discernir que outras soluções igualmente precisam ser dispostas.

Entre tais mecanismos, apontou-se para os instrumentos extrajudiciais de acesso à justiça (que podem ser servíeis na medida em que se autorizaria sua celebração por autoridades locais, no âmbito comunitário) ou, ainda, agregando-se aos preceitos do pluralismo jurídico, admitindo-se que formas populares/ comunitárias de autoridade se integrem aos sistemas de justiça reconhecidos pelo Estado, ampliando assim o acesso à justiça. Este segundo mecanismo, inclusive, atuaria em conjunto com o primeiro, se fosse viável a integração das decisões das autoridades locais à homologação pelo magistrado.

Outra solução exequível, antes de se chegar à efetiva proposta do neoconstitucionalismo reside na reforma da legislação processual e procedimental, que proporcionaria ritos adequados para casos adversos como os da Amazônia, exigindo atos menos formais, sempre com o zelo de manter íntegro o objetivo das normas, que também espelham as garantias processuais conquistados pelo Estado Democrático de Direito. Não se trata, portanto, de proporcionar uma “carta-branca” para que qualquer flexibilização seja admitida em nome do acesso à justiça, mas de orientar o julgador a como proceder diante de tais adversidades utilizando-se do aparato estatal que lhe é disponibilizado naquele contexto. Esta previsão dependeria, no entanto, de um longo e exaustivo debate legislativo objetivando a modificação de normas processuais. Entre as questões a serem repensadas, nessa senda, seria a competência privativa da União para legislar em matéria processual. Maiores estudos ajudariam na identificação sobre se é ou não possível resolver problemas locais apenas pelo aspecto do procedimento, já que o processo é determinado para todo o território nacional sem admitir maior maleabilidade.

Por outro lado, o argumento do neoconstitucionalismo parece a melhor resposta às situações de isolamento geográfico em regiões isoladas, como a Amazônia, no tocante à falta de estrutura estatal. Esta conclusão adveio da própria proposta neoconstitucionalista, na medida em que se defende uma

maior liberdade ao magistrado na hermenêutica das normas jurídicas e aplicação qualificada ao caso concreto. A ideia, calcada nos princípios plasmados pela Constituição Federal diante das normas-regras, pode em muito colaborar para o equacionamento da questão do acesso à justiça na região amazônica.

Ainda assim, estabelecida a possibilidade de uso do neoconstitucionalismo enquanto teoria autorizadora da utilização dos princípios e de uma maior liberdade do magistrado, pontue-se que tal teoria não oferece respostas aos problemas específicos aqui ventilados. Ou seja, a base teórica neoconstitucionalista permite a flexibilização de normas em nome de valores substanciais à sociedade, porém, não responde direta e eficazmente à problemática tratada, de modo que pertine, sob a luz desta digressão, pensar na formulação de algumas respostas que poderiam ser fornecidas.

Entre as possíveis respostas, pensou-se, no âmbito deste trabalho, na adoção de procedimentos que seguiriam nesta linha: ampliação das ações de justiça itinerante; digitalização das atividades processuais no interior, que deve vir acompanhada de uma melhor estruturação das comarcas; liberdade das formas; simplificação dos procedimentos; admissão de que certos atos sejam realizados virtualmente; citação utilizando o melhor meio de comunicação da região (rádio); substituir procedimentos observando a manutenção das garantias processuais envolvidas; reconhecimento pela autoridade judiciária de procedimentos extrajurídicos, além de outras tantas saídas que podem ser pensadas.

Obviamente, a defesa do neoconstitucionalismo não se furta de analisar as críticas que se tem dirigido contra esta forma de construir e interpretar a Ciência Jurídica, especialmente aquelas que alegam a perda da segurança jurídica que se preconiza pelo Estado de Direito. A esta crítica, no estudo aqui desenvolvido, supera-se em dois argumentos elementares, amplamente corroborados pela doutrina: 1) as sociedades e os espaços que estão sob a jurisdição do Estado e do Direito são plurais e heterogêneos por natureza, sendo impraticável às instituições jurídicas estabelecer parâmetros pré-moldados que abarquem e deem conta de regular todas as hipóteses, sob todas as circunstâncias eventuais. Sob este ponto de vista, não há como

se defender uma visão de Direito apoiada na total regulação por meio de regras escritas e devidamente construídas no contexto de todo o processo legislativo correlato. 2) A proposta do neoconstitucionalismo, para que seja aplicável e dotada de legitimidade somente é executável com obediência dos limites constitucionalmente estabelecidos. Qualquer exercício de neoconstitucionalismo que não encontre o devido respaldo nas normas constitucionais e nos princípios prescritos pela ordem jurídica, não pode ser verossímil.

A partir da defesa do neoconstitucionalismo, sob esses padrões, portanto, possibilitam a proposta de sua aplicação em circunstâncias complexas como no caso de regiões marcadas pela precariedade das instituições relacionadas à justiça, sempre com observância das garantias processuais. No entendimento desta tese, esta maior liberdade para o magistrado somente viria à tona quando o caos estrutural prejudicasse a cognição processual. Ou seja, o ideal é que a completude da máquina seja franqueada pelo Estado para o pleno cumprimento do direito instrumentário posto, de modo que criar atos processuais supletivos só seria permissível ao juiz em circunstâncias extremas cuja a adequação legislativa estivesse comprometida.

Com efeito, a outorga ao juiz de uma maior expansão hermenêutica do direito processual, devidamente compatível com as garantias processuais legitimaria o cumprimento dos atos por outros meios que não aqueles expressos legalmente.

De acordo com raciocínio estruturado ao final do trabalho, viu-se que na doutrina já existem algumas discussões diante da excessiva formalidade que, por vezes, compromete a atividade jurisdicional. Os autores elencados assentam que as exigências formais, em muitos enfoques, acabam obstando indevidamente o jurisdicionado de conseguir a prestação do serviço público que lhe é devida por direito, defendendo-se, em muitos aspectos, um movimento rumo à informalização do Direito pela adoção de novos parâmetros interpretativos.

Ora, se já se tem defendido argumentos em prol da simplificação dos ritos em contextos usuais, mais ainda se advoga tal providência diante de sua notória impossibilidade de aplicação em regiões onde ocorrem claras

deficiências institucionais. Tais anteparos não podem, em momento algum, ser utilizados para deixar de atender à população que vive sob estas condições expostas.

Nessa lógica, apresentou-se as formulações teóricas que vem sendo desenvolvidas no tocante à maleabilidade das normas processuais ou procedimentais. Como já assinalado, muitos autores já patrocinam a ideia, sem que haja uma uniformidade nos discursos ou nos termos construídos. Tem-se apontado para o protagonismo judicial, adaptabilidade processual, neoprocessualismo, ativismo procedimental e uma série de outros aportes voltados para tal finalidade.

Com sutis diferenças entre as formulações teóricas, a ideia central remete à necessidade de eliminar o excessivo formalismo que mina o acesso à justiça e a ordem jurídica justa pretendida por aqueles que recorrem ao Estado. A maioria dessas ideias esta embasada no princípio da instrumentalidade do direito processual com forte influência nas premissas constitucionais. Assim, advoga-se que o direito substancial deve primar sobre as normas processuais considerando, especialmente, liberdade das formas e os princípios, desde que garantido o cerne das normas a serem flexibilizadas.

No caso das regiões alijadas do progresso dos grandes centros urbanos na Amazônia, onde a conjuntura não corresponde às exigências legais, as únicas soluções possíveis são a flexibilização das normas e a compensação substitutiva por outros meios construídos pelo magistrado, ou a direta negativa deste em convalidar as demandas que lhe são postas. Para o julgador, as duas opções são problemáticas, uma vez que, se adotar a primeira, é possível que lhe acusem de cometer desmandos e ilegalidades por não cumprir a Lei. Por outro lado, se deixa de atender ao jurisdicionado alegando a impossibilidade aplicar a lei estará subtraindo a ele o direito internacional e constitucionalmente conquistado de valer-se do sistema de justiça pátria, violando a inafastabilidade do Judiciário de solucionar os conflitos sociais.

A discussão deste enfoque, portanto, é de suma importância para a democracia e para o Estado de Direito. Como alternativas possíveis, deve-se pensar uma forma de ver o Direito como um instrumento a serviço do povo, reforçando-se, assim o seu caráter instrumental. Atentando-se às garantias

constitucionais relativas ao processo, deve-se permitir ao magistrado para que este crie mecanismos capazes de transpor esta burocracia insidiosa para o cidadão.

Destarte, como propostas sugeridas na tese, encontram-se a viabilidade de inclusão na legislação de previsões voltadas à maior liberdade do juiz de atuar considerando que o processo/procedimento são vias destinadas ao pretense direito material, sendo possível substituir formas prescritas pela lei por outros instrumentos que visem cumprir com o mesmo objetivo. Uma prescrição legal nesse sentido traria maior certeza jurídica para os casos condizentes a estas circunstâncias mencionadas e nortear os debates acerca dos limites e potencialidades que podem advir do neoconstitucionalismo.

Caso esta previsão legal não se concretize no ordenamento jurídico brasileiro, caberá aos Tribunais o controle dos atos dos magistrados, contemplando o neoconstitucionalismo como uma possibilidade real de resolver os problemas no interior.

Para tanto, será imprescindível a observância da intrincada missão do Judiciário de oportunizar o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, em que pesem as condições adversas em espaços tão fragilizados pelas históricas condições de isolamento geográfico.

Espera-se, enfim, que o presente estudo proporcione maiores esperanças e a concretização da justiça para populações costumeiramente marginalizadas nos rincões longínquos do território brasileiro e da floresta amazônica.

REFERÊNCIAS

- AB'SABER, Aziz Nacib. **A Amazônia**: do discurso à praxis. 2a ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- ALEXANDER E MOHANTY. *In*: BRAH, Avtar; ANZALDÚA *et al.* **Otras inapropiables**. Madrid: Traficantes de sueños, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5a ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991.
- AMARAL, Silvana; MONTEIRO, Antonio; CÂMARA, Gilberto; QUINTANILHA, José. **Interpeladores espaciais para geração de superfícies de densidade populacional na Amazônia Brasileira**: problemas e perspectivas. Disponível em: <<http://mtc-m18.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/mtc-m18/2014/08.26.18.15/doc/paper10.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2015.
- ANJOS, Leonardo Fernandes. **Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual**.
- ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARAÚJO, Marlon Aurélio Tapajós. **Direitos dos povos e comunidades tradicionais ao território: primeiras achegas à necessária releitura do Direito Agrário na Amazônia**. Disponível em: <http://www.pge.pa.gov.br/files/u13/ARTIGO%203%20-%20%20MARLON%20OKK.pdf>.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- AVRITZER, *et al.* **Para uma nova cartografia da justiça no Brasil**. Belo Horizonte: Observatório da Justiça no Brasil, 2010.
- BARBOSA, C. M.. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. *In*: Vicente de Paulo Barretto; Francisco Carlos Duarte; Germano Schwartz. (Org.). **Direito da Sociedade Policontextual**. Curitiba: Appris, 2013.

BARBOSA, C. M.; ROSSI, A. C. S. . A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges. (Org.). Ações Coletivas e a construção da cidadania. 1ed.Curitiba: Juruá, 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Simões, 1947.

BARBOSA, Walmir de Albuquerque. **O regatão e suas relações de comunicação na Amazônia**. 1980. 189 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação USP/ECA), Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

BARROSO, Leonardo Alves. A força normativa dos princípios fundamentais como vetores da formação do Estado Ideal. In: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados** 11. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979

BEZERRA, Eron. **Amazônia: esse mundo à parte**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2010.

BOCHENEK, Antonio Cesar. **A interação entre os tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF, 2013.

Borges Netto, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-membros**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. GRINOVER, Ada Pellegrine. **O processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo: teoria e prática**. Porto alegre: Síntese, 1998. 201 p.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

CHUEIRI, Vera Karam. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, b=n. 58, p. 25-36, 2013.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**. v.5. n.9. p.105 a113. jul./dez. 2004

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça/ Comitê Gestor Nacional da Conciliação, 2015.

COSTA JUNIOR, W. R.; LIMA, S. P. M. e CAMPO, G. S. As representações geográficas da Amazônia na obra de Djalma Batista: da região subdesenvolvida e isolada ao desenvolvimento e integração nacional . IN: **Revista GEONORTE**, Vol.01, N.02, Ano 02, p. 14-34, 2011. p. 14-34.

Conselho da Justiça Federal (Brasil). Centro de Estudos Judiciários. Instituto de Planejamento Econômico e Social (Brasil) (Ipea). **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CRETELLA JUNIOR, J. Da arbitragem e seu conceito categorial. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 98, abr-jun, Brasília: 1988.

CRUZ e TUCCI, J.R. Tempo e Processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1997.

DANTAS, F. A. C.; WEBER, V. L. . Pluralismo jurídico e Plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas. In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Roberto Barbosa Ramos. (Org.). **Teoria constitucional**. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 484-501.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo: um entrevista. **Cadernos Direito GV**. V. 7, n. 4, julho 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2010.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desarios. In: **Estudos Avançados**. 2004.

FARINELLO, Alisson e CAMBI, Eduardo. Justiça Itinerante. In: **Revista Jus Societas**. n.2 - 2010. Ji-Paraná – RO – CEULJI/ULBRA, v. 4, p. 119-141. n.2

- 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.113.

FERRAZZO, Débora; DUARTE, Francisco Carlos Duarte. O DIREITO ALTERNATIVO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO. IN: **Derecho y Cambio Social**. NÚMERO 39 - AÑO XII - 2015 - Lima-Perú.

FONSECA, Ozório. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O acesso à justiça por meio da adequada técnica processual e duração razoável do processo. *In*: **Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje**. N. 3 – 2012.

FUNDAÇÃO ESTADUAL DE ENGENHARIA DO MEIO AMBIENTE. **Vocabulário básico de meio ambiente**. 4a ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 1992.

GARANHANI, Luciane H ; BARBOSA, C. M. . O Respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law. In: Claudia Maria Barbosa; Nivaldo dos Santos; Orione Dantas de Medeiros. (Org.). **Acesso à Justiça II**: XXIII Congresso Nacional do Conpedi. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 397-417.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

GARCIA, Emerson. **Direito Judicial e Teoria da Constituição**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=2da5f8f6-8764-4584-9c41-a4268b1595c8&groupId=10136. Acesso em 11 de dezembro de 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Amazônia, amazônias**. São Paulo: Contexto, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GROSSI, Paulo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre a factibilidade e validade. 2a. ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUME, David. **A treatise of human nature**. New York: Oxford University Press, 1978.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Biomias do Brasil**. Disponível em: <ftp://geofp.ibge.gov.br/mapas_tematicos/mapas_murais/shapes/biomias/S%EDntese%20Descri%E7%E3o%20BIOMAS.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

Kelsen, Hans, 1881-1973. O problema da justiça/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. ?Que és la justicia? – 9ª Ed. – México: Ediciones Gernika, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Ketlen K. Teles Lucena; Luzinaldo Moura, Selma Nascimento, Adenilson Oliveira, Gisele Souza, Walfredo Lucena. **O desafio da educação a distância na Amazônia: um estudo de caso**. Simpósio Internacional de Educação à distância. Universidade Federal de São Carlos/ SIED/ ENPED: São Carlos, 2012.

KÖHN, Edgar. **A solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. 2012. Acesso em 08 de novembro de 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

LASSASSE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995.

LERUSSI, Romina. Colonialidad del derecho, feminismos poscoloniales y empleo domestic. *In: La Plata*, FAHCE-UNLP, 25 al 27 de septiembre de 2013.

LESSA, Ricardo. **Amazônia**: as raízes da destruição. 3a ed. São Paulo: Atual, 1991.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil – e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil*. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994

LORENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no CPC. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 74-107, out-dez, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnicas processuais e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral**. In: OLIVEIRA, Umberto Machado e ANJOS, Leonardo Fernandes (Coords.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. São Paulo, 2000.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. 1ª Ed. (ano 2009). Curitiba: Juruá, 2011.

MELO, Milena Peters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Peters. (orgs). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

MIAILLI, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3a ed. Lisboa: Estampa, 2015.

MIGUEIS, Roberto. **Uma introdução à geografia do Amazonas**. Boa Vista: Real, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. In: **R. Dir. Proc. Geral**. Rio de Janeiro, (43), 1991.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio, **Desjudicialização, acesso à justiça e Teoria Geral do Processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: _____ (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 200.

OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio de Oliveira, OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de, CHAVES, Jéssica Galvão; TEODORO, Warlen Soares. A

contribuição da comissão interamericana de direitos humanos para o acesso à justiça qualitativo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 211-224.

PALMA, Luis María. **Justicia y Reforma en la Argentina Democrática**. Tesis doctoral. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 2013.

PAROSKI, Mauro Vasni. **A Constituição e os Direitos Fundamentais: do Acesso à Justiça e suas Limitações no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina: Londrina, 2006.

PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso. **Reformas do Código de Processo Civil e novos mecanismos de acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2010.

PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso. **O ativismo procedimental e o princípio constitucional da adaptabilidade do procedimento na busca de um processo justo**. Disponível em: <<http://emam.org.br/arquivo/documentos/bac44311-d918-486b-82ac-dbd35f0e210d.pdf>>. Acesso em 30 de dezembro de 2015. Publicado em 2009.

PETERS, O. **A educação a distância em transição: tendências e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

PLATÃO. **A República**; Introdução de Robert Baccou. – 1º Vol. – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

PORTAL DO ENSINO SUPERIOR. **Ensino à distância é foco na região norte**. Disponível em: <<http://www.aprendervirtual.com.br/noticiaInterna.php?ID=53&IDx=38>>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil; BARBOSA, Claudia Maria e FREITAS, Cinthia O. de A. Mecanismos voltados à efetividade da execução de sentenças no processo civil brasileiro. In: **XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI** - Salvador, 2008, Salvador, BA. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008. p. 2841-2860.

PRIETO SANCHÍS, Luiz. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

RODRIGUES JUNIOR, Edward Pereira. Justiça e contrato social em Rousseau. In: **Barbarói**. Edição Especial, n. 42, jul./ dez. 2014.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade. Traduzido por Maria Lacerda de Moura. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf> Consulta em jun 2015. Texto de 1754.

SÁ, Renato Montans de Sá. **Manual de direito processual civil** – Atualizado de acordo com o Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

SADEK, Maria Tereza. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelsken de Pesquisas Sociais, 2010.

SAMPAIO, Patrícia e COELHO, Mauro Cezar. O Atlântico Equatorial: sociabilidade e poder nas fronteiras da América Portuguesa. **Revista de História**, São Paulo, n. 168, p. 16-23, Jan-jul, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político nas pós-modernidade. 9. Ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 168.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível Editora Forum. 2011.

SILVA, Jussara Maria Pordes. Ativismo judicial e o papel do Ministério Público Brasileiro na Efetivação das políticas públicas: o caso do Amazonas. In: OLIVEIRA, Umberto Machado e ANJOS, Leonardo Fernandes (Coords.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Rodrigo Pinheiro e PINHEIRO, Roseni. Entendendo a necessidade de médicos no interior da Amazônia – Brasil. In: **Revista Brasileira de educação médica**. 451 38 (4) : 451-459; 2014.

SIMONI, Jane S. **A multidimensionalidade da valorização de produtos locais**: implicações para políticas públicas, mercado, território e sustentabilidade na Amazônia. Tese de doutorado. 391f. Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília. 2009.

STEFANINI, Luiz de Lima. **A questão jusagrarista na Amazônia**. Belém: CEJUP, 1984. p. 52

STRAUSS, David A. **The living constitution**. New York: Oxford, 2010.

STRECK, Lenio. Contra o neoconstitucionalismo. In: Constituição, Economia

e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun. p. 9-27.

SOLA, Fernanda. **Direito das águas na Amazônia**. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Priscila Rabassa. **A comunicação comunitária e a promoção da cidadania na comunidade de Suruacá - PA**. Dissertação de mestrado. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Relatório revela situação das Comarcas do Amazonas**. Disponível em: http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7809:relatorio-revela-situacao-das-comarcas-do-amazonas&catid=33:ct-destaque-noticias&Itemid=185. Acesso em 19 de janeiro de 2016.

TOLEDO, Maurício Moreira e REIGOTA, João Manoel dos Santos. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil. In: **VII Jornada de Iniciação Científica**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2011.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça: soluções e alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

UNICEF. **Amazônia Legal e infância**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/dados_amazonia_legal.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

VEGA, Wilfredo Jesús Adito. **La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales**. Tese de Doutorado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

VIEIRA, José Ribas e DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte- americana. In: **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 1 - p. 51-62 / jan-abr 2013

WHATELY, Patricia Rodriguez. O papel dos princípios diante da lacuna legislativa. In: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados** 11. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3a. Ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do Direito**. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.