

Artigos

Recebido: 03.06.2018

Aprovado: 16.12.2020

Publicado: 23.07.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i2.4807>

Ativismo judicial, princípio da eficiência e litigiosidade repetitiva: análise da atuação do judiciário na efetivação dos direitos sociais

Marcelo Gonçalves da Silva

Universidade Nove de Julho, São Paulo, São Paulo, Brasil

<http://orcid.org/0000-0003-4309-7837>

Resumo: O presente ensaio versa sobre o ativismo judicial, o princípio da eficiência e litigiosidade repetitiva, cujo corte epistemológico situa-se na análise crítica do Poder Judiciário, seu papel e funcionalidade. Essa temática é de suma importância, haja vista a crise político - institucional que o país atravessa, e pela própria necessidade de se buscar soluções científicas ao problema. A hipótese afirma que sem a aplicação prática da Constituição como técnica de efetivação de direitos sociais não há desenvolvimento real. Persegue-se a seguinte problemática: a obrigação do magistrado restringe-se apenas à sua discricionariedade regrada ou ele pode avançar ativamente quando se tratar da efetivação dos direitos sociais? E, a baixa constitucionalidade e conseqüente falta de efetividade das normas fundamentais, derivam de uma preocupação legítima com a segurança jurídica e o princípio do economicamente possível ou aponta para um papel extremamente simbólico da Constituição Federal? Tem-se lastro no método dedutivo e na metodologia calcada no uso de pesquisa bibliográfica exploratória e qualitativa, com cotejamento do marco teórico, “Justiça e [o Paradigma da] Eficiência)”. Objetiva-se mostrar como a efetivação dos direitos sociais conduz ao desenvolvimento; as eficiências e deficiências do Poder Judiciário; e os ajustes necessários para se construir uma sociedade realmente desenvolvida.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Ativismo Judicial; Princípio da Eficiência; Litigiosidade Repetitiva.

Judicial activism, principle of efficiency and repetitive litigiosity: analysis of judiciary's action in the effectiveness of social rights

Abstract: The present essay deals with judicial activism, the principle of efficiency and repetitive litigiousness, whose epistemological cut lies in the critical analysis of the Judiciary, its role and its functionality. This issue is of the utmost importance, given the political-institutional crisis that the country is experiencing, and the need to seek scientific solutions to the problem. The hypothesis states that without the practical application of the Constitution as a technique for effecting social rights there is no real development. The following problem is pursued: Is the magistrate's obligation restricted only to his or her discretion or can he or she actively advance when it comes to the realization of social

rights? And, the low constitutionality and consequent lack of effectiveness of the fundamental norms derive from a legitimate concern with legal security and the principle of the economically possible or points to an extremely symbolic role of the Federal Constitution? The method of deduction and methodology based on exploratory and qualitative bibliographical research, with reference to the theoretical framework, “Justice and [the Paradigm of] Efficiency”, are based on the deductive method and methodology. It aims to show how the realization of social rights leads to development; the efficiencies and deficiencies of the Judiciary; and the adjustments needed to build a truly developed society.

Keywords: Judicial Power; Judicial Activism; Efficiency Principle; Repetitive Litigation.

Introdução

Ao se eleger o tema “ativismo judicial, princípio da eficiência e litigiosidade repetitiva: análise da atuação do judiciário na efetivação dos direitos sociais” pretende-se contribuir com a comunidade científica analisando-se criticamente o perfil e a capacidade do chamado “terceiro poder” brasileiro, situando-se no âmbito do direito constitucional e na interface com o direito processual civil. Justifica-se a temática proposta ante a crise institucional instalada no país, tendo em vista a discussão sobre os limites de competência entre os poderes da união, questão que exsurge por causa dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Ademais, o questionamento sobre a falta de efetividade dos direitos sociais reclama por um estudo aprofundado do assunto, de modo a apontar possíveis hipóteses de solução. Isso porque, os direitos sociais pela sua própria importância, pois são normas que têm aplicabilidade imediata e garantem o desenvolvimento das qualidades humanas e contribuem ao desenvolvimento nacional e ao processo democrático, merecem a devida atenção.

Destarte, analisar-se-á o princípio da eficiência do Estado – em particular do Judiciário – sua natureza e papel no Estado Democrático de Direito, acentuando sua relação com os demais princípios insculpidos no artigo 37 da Carta Magna, e, principalmente com o princípio da dignidade humana. Nessa linha, será empreendida uma análise de um importante instituto trazido pela processualística cível: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e sua adequação à Constituição Federal, legislação infraconstitucional e à realidade brasileira, bem como se delinearão alguns breves pontos sobre os mitos da morosidade no Brasil.

Na hipótese afirma-se que sem a aplicação prática da Constituição Federal como técnica hermenêutica efetiva e objetiva dos direitos sociais não há desenvolvimento real. Tal hipótese apresentada caminha no sentido de se adotar um novo paradigma na relação do Judiciário com o Texto Magno e com a sociedade, bem como uma maior participação desta nas estruturas do poder público.

O campo amostral dá-se a partir da análise crítica e objetiva do perfil, papel e atuação do sistema judiciário brasileiro na sua interface com a realidade crítica e efetividade dos direitos sociais previstos na Carta Magna.

Persegue-se a seguinte problemática hermenêutica e pragmática: a obrigação do magistrado restringe-se apenas à sua discricionariedade regrada ou ele pode avançar ativamente quando se tratar

da efetivação dos direitos sociais? E, a baixa constitucionalidade e conseqüente falta de efetividade das normas fundamentais, derivam de uma preocupação legítima com a segurança jurídica e o princípio do economicamente possível ou aponta para um papel extremamente simbólico e retórico da Constituição Federal e das instituições a ela relacionadas diretamente?

Ressalte-se que o objetivo geral é mostrar que a efetivação dos direitos sociais conduz solidamente ao desenvolvimento, sendo o mais confiável termômetro democrático. Quanto aos objetivos específicos, estes gravitam em torno de se investigar por meio de análise objetiva as eficiências e deficiências do Poder Judiciário e sua relação crítica com a realidade, mostrando quais os ajustes necessários para a construção de uma sociedade desenvolvida, justa e com reais oportunidades a todos. Pretende-se observações teóricas e empíricas, analisando-se lacunas e potencialidades do Judiciário, mostrando seus vícios institucionais e apontando seu papel constitucional.

Há também a questão da patente falta de cooperação entre os Poderes da União. Mostrar-se-á como o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal – pois é o guardião da Constituição – é corresponsável em construir uma sociedade mais democrática e desenvolvida pela aplicação prática da norma constitucional.

Destarte, para a consecução dos objetivos propostos neste trabalho adotar-se-á o método filosófico e científico dedutivo com apoio em exaustiva fonte bibliográfica, sendo a pesquisa de caráter exploratória e qualitativa, tendo como marco teórico a obra “Justiça e [O Paradigma da] Eficiência”, e demais autores de monta.

O fenômeno do ativismo judicial no Brasil

A Carta Magna Brasileira de 1988 como produto de uma inovação política, jurídica e social, trouxe uma série de direitos fundamentais individuais e sociais, configurando um ambiente democrático no país e pondo fim a um longo período de desmandos políticos e total desrespeito aos direitos humanos.

Destarte, como conseqüência dessa abertura democrática houve um aumento exponencial da litigiosidade, ou seja, inúmeras questões começaram a ingressar no Judiciário reclamando os mais variados direitos, fazendo com que houvesse na Justiça uma sobrecarga de processos sem precedentes.

Ademais, como fruto da evolução social começou a surgir inúmeras questões que exigiam uma postura ativa dos poderes da República, principalmente do Legislativo e do Judiciário. Essas questões versavam sobre assuntos diversos, tais como fidelidade partidária, greve de servidores público, união homoafetiva, dentre outros.

Devido ao retraimento da atuação dos poderes da União, Executivo e Legislativo, os quais constantemente veiculam em denúncias de corrupção, mais o fato de que sua postura omissa face a questões sociais importantíssimas é prejudicial à democracia, cooperou para que o Poder Judiciário assumisse certa proeminência nos quadros político e social do país.

Outrossim, o Judiciário se destacou por adotar uma postura mais ativa diante de referidas questões, fato que desencadeou enorme polêmica sobre a natureza do ativismo judicial. A crítica feita era a de que a atuação do Judiciário em determinadas questões revelava uma sobreposição institucional sobre os outros poderes.

Para alguns essa atuação se mostrava uma clara invasão de competência do Judiciário na esfera dos outros poderes, afetando assim, a teoria da separação dos poderes – corolário democrático, e desencadeando uma crise institucional.

Impende dizer que o ativismo judicial não é uma peculiaridade brasileira, e cuja definição não se tem consenso, podendo ser definida como uma atuação mais dinâmica do Judiciário em atuar em situações em que não há previsão constitucional específica e por causa da inércia do Legislativo.

Essa atuação dinâmica pode ser classificada como boa ou ruim, a depender da questão envolvida, do contexto e da forma como ocorre. O fenômeno surgiu nos Estados Unidos devido a uma mudança de paradigma interpretativo da Corte Suprema Americana em questões envolvendo direitos fundamentais:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2015, p. 441).

Evidentemente, a Constituição Federal, enquanto documento orgânico, estabelece uma harmonia entre os poderes da República (art. 2º), objetivando a configuração de um Estado realizador dos direitos fundamentais, de forma que orienta a necessidade de haver uma cooperação entre esses poderes, como condição de possibilidade da efetivação desses direitos.

Embasada em uma axiologia inovadora, o escopo constitucional ao instituir um Estado concretizador de direitos é a construção de uma sociedade igualitária, livre, solidária e justa. Por isso, a Carta Magna tem no equilíbrio dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a mola mestra do desenvolvimento:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I a IV).

A teoria da separação dos poderes tem a priori a liberdade, pois a concentração do poder implica em risco de regimes totalitários, sendo que ela objetiva também uma maior eficiência do Estado ao pulverizar esse poder de forma que os órgãos estatais possam desenvolver diferentes e necessárias atividades. Entretanto, em que pese a determinação constitucional referente à independência e autonomia dos poderes, observa-se que na prática tal tarefa se torna extremamente complexa, haja vista as diferentes ideologias adotadas por cada poder.

A um Estado que não respeita os direitos fundamentais (individuais e sociais) e que é litigante profissional, sendo demandado constantemente na Justiça, não interessa a transferência de verbas para a reestruturação do Judiciário para que este possa ser eficiente. Desse modo, inobstante a independência

judicante e política do Judiciário em suas atividades, resta claro que não há uma harmonia de interesses entre este e o Poder Executivo, tampouco uma cooperação de esforços no sentido de se alcançar o objetivo maior que é o bem comum.

Por isso, quando se fala em ativismo judicial há que se ter cautela antes de se emprestar um sentido depreciativo ao termo, pois se ele ocorrer em situações de exceção e em virtude da omissão do Legislativo e Executivo, não há que se falar em desequilíbrio da separação dos poderes, tampouco em riscos à democracia.

A função do Poder Judiciário é aplicar a norma ao caso concreto, e quando ele o faz, principalmente ao se referir aos direitos sociais, está na verdade, desempenhando seu papel constitucional.

O ativismo judicial é definido por Luís Roberto Barroso como: “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (2015, p. 441-442).

Portanto, visto que na atualidade há um enorme descompasso entre a promessa política e jurídica e a realidade concreta, sendo que os Poderes Executivo e Legislativo criaram um vácuo entre a sociedade e o Estado por sua corrupção e inércia, torna-se necessária e autorizada uma atuação mais dinâmica do Judiciário para preencher essa lacuna deixada e realizar o projeto constitucional de efetivação dos direitos sociais e do desenvolvimento.

É de se observar que o Poder Judiciário pode ser considerado na atualidade como o que apresenta menor incidência em matéria de corrupção quando comparado aos demais poderes. Ele é o poder mais acessível ao cidadão comum e aquele que possui o dever e o poder de efetivação da norma constitucional, sendo também, responsável pela implantação de uma sociedade mais justa e igualitária. Porém, em suas atividades ele denota uma baixa aplicação das normas constitucionais.

Por isso, conforme dito, se o ativismo se der na sua excepcionalidade, e para preencher o vazio proposital deixado pelos demais poderes, atendendo as necessidades da população no que tange aos direitos fundamentais sejam individuais ou sociais, ele se torna um reforço da democracia, eis que sua instrumentalidade cumpre um desiderato constitucional de desenvolvimento nacional.

Entretanto, transformar a exceção em regra e invadir sem justificativas a esfera de competência de um outro poder da República, implica em atrair riscos à balança do poder e ao sistema democrático, haja vista que a sobreposição de um Poder sobre o outro produz inevitavelmente resultados contraproducentes.

Pelas prerrogativas constitucionais que possui, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão que mais se identifica com o fenômeno do ativismo judicial, sendo alvo de críticas e elogios em suas atuações:

O fenômeno do ativismo judicial é mais facilmente identificável no âmbito do STF, na medida em que é guardião da Constituição, o responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade e órgão de cúpula do Poder Judiciário. Recentemente o STF tem-se destacado no cenário institucional brasileiro em razão da repercussão de suas decisões na sociedade, seja na implementação de políticas públicas, seja pelo caráter inovador de suas interpretações (SILVEIRA, et al., 2011. p. 324).

Há inequívoca proeminência da Corte no cenário nacional, e um crescente interesse dos mais variados setores da sociedade pela interpretação constitucional e pela atuação da Corte. Isso porque num país em que há uma extrema judicialização da vida, pois a cultura da hiperlitigiosidade se alastra, as pessoas querem saber o que decide e como decide o STF.

Está em jogo a importância do valor democrático, fundamento do Estado brasileiro, e os limites da atuação da Corte Suprema, haja vista se tratar de órgão não eletivo. Mas, não se deve olvidar que essa mesma Corte – guardiã da Constituição Federal – representa o poder que é responsável em aplicar no caso concreto a norma constitucional que efetiva direitos sociais, os quais são de suma importância à sociedade.

Assim, o STF – órgão máximo do Poder Judiciário – está sob a mira atenta e crítica de leigos, juristas, políticos, economistas, etc.:

Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura. [...] O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. [...] Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito (VIEIRA, 2008, p. 442).

Destarte, impende dizer que o STF no conturbado cenário político e social brasileiro têm emitido algumas decisões polêmicas, as quais merecem algumas considerações, senão vejamos.

Na ADI 5501 de 2016 que trata do uso da fosfoetanolamina sintética, a chamada “pílula do câncer” em pacientes portadores da doença, o plenário do STF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, suspendeu a eficácia da Lei 13.269 de 2016, ao argumento de que o medicamento não possui testes científicos que confirmem sua segurança e eficácia, registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, e violação ao direito da saúde.

De um lado houve aprovação da medida da Corte, pois em tese teria colaborado pela preservação da saúde da população, pois o medicamento não era eficaz e seguro, pois seus efeitos colaterais poderiam prejudicar o paciente. A crítica, porém, gira em torno do raciocínio de que o argumento do direito à saúde previsto no artigo 6º do Texto Magno e usado pelo STF para negar seu uso, pode ser usado também para aprovar o uso do medicamento em questão, pois o cidadão teria o direito de utilizar um medicamento que entendesse ser necessário e alternativo, haja vista ser portador de uma doença letal. Ademais, sabe-se que os remédios tradicionais utilizados no tratamento do câncer não apresenta a eficácia que se espera e ainda produz nos pacientes efeitos colaterais nefastos.

Ocorre que a lei 13.269 de 2016 exigia que o paciente apresentasse laudo médico comprobatório da doença e assinasse termo de consentimento e responsabilidade no uso do medicamento. Assim, a decisão da Corte

Suprema ainda levante o debate sobre o direito do próprio cidadão em decidir se usa ou não o medicamento. Nos termos do relator, houve ofensa à separação de Poderes, pois se entendeu que não cabe ao Congresso Nacional viabilizar distribuição de remédios, sejam quais forem, sendo esta competência da ANVISA.

Continuando, há que se destacar que algumas decisões do STF revelaram-se extremamente importantes para a democracia do país, como o julgamento do direito de greve do funcionalismo público.

Reconhece-se que uma omissão legislativa ou executiva pode se dar por uma questão multifatorial como má vontade política; complexidade da matéria, como é o caso do direito de greve do servidor público previsto no art. 37, VII da C. F., haja vista a essencialidade do serviço e a defasagem salarial; ou indisponibilidade de recursos financeiros – se bem que quanto a este último item houve uma banalização do uso do princípio da reserva do possível por parte do Poder Executivo, o qual constantemente se escuda nele para se omitir de suas obrigações.

Entretantes, a sociedade não pode ser prejudicada por falta de legislação específica em determinadas matérias. No caso do julgamento do direito de greve do funcionalismo público, trata-se de questão que interessa a todo o conjunto da sociedade, pois esta não pode ficar sem a prestação do serviço público, tampouco pode suportar um serviço de péssima qualidade, pois os salários defasados de alguns setores podem influir em sua qualidade.

No espectro oposto da questão, tem-se que o servidor público tem o direito de protestar contra o atraso de um pagamento salarial – como tem acontecido em alguns Estados da União, como o Rio de Janeiro, por exemplo –, bem como se movimentar para reclamar um devido reajuste em decorrência da alta inflação.

Nos Mandados de Injunção 712-8/PA e 670/ES – sendo importantíssimo mecanismo constitucional para suprir a lacuna legislativa –, o STF ponderou a questão sobre a greve no setor público e decidiu por aplicar à este as disposições da iniciativa privada nos termos da Lei 7.783/1989, até que fosse editada lei específica:

No julgamento dos Mandados de Injunção 712 e 670 os votos proferidos por seus respectivos relatores, quais sejam, Min. Eros Roberto Grau e Min. Gilmar Mendes, indicaram uma mudança nos efeitos conferidos pelo STF à decisão proferida em mandado de injunção. [...] O Min. Eros Grau votou no sentido de que cabe ao STF remover o obstáculo decorrente da omissão, através de edição da norma regulamentadora, ressalvando, que essa também estará sujeita à interpretação. Aplica ao direito de greve dos servidores a Lei 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve para os particulares, mas não de maneira integral, esclarecendo que se fazem necessárias algumas adaptações, ou melhor, a fixação de alguns parâmetros (SILVEIRA, et al. 2011. p. 326-327).

Portanto, percebe-se que o ativismo judicial constitui-se um fenômeno que deve ser visto com cautela, pois a depender da atuação do Judiciário – em especial a Corte Suprema – ele pode ser extremamente necessário para atender aos reclamos sociais, bem como uma postura mais invasiva e recorrente pode ser prejudicial à democracia e ao país.

O equilíbrio e cooperação institucional dos Poderes da União para o progresso do Brasil não é uma opção que cabe aos agentes políticos e jurídicos e suas respectivas instituições, mas decorre da própria imperatividade da Constituição brasileira atual, como condição de possibilidade do desenvolvimento nacional.

Em Direito Constitucional, a opinião dos especialistas se dividem quando o assunto é ativismo judicial e a atuação das instâncias política e jurídica. A crítica comumente feita é a de que um órgão não eletivo como o STF não pode se sobrepor às decisões políticas de representantes que foram eleitos diretamente pela população nos critérios democráticos de livre escolha.

Porém, há aqueles que enxergam no fortalecimento da autoridade do Judiciário uma opção de segurança jurídica e efetivação das normas constitucionais, tendo em vista a pouca ou nenhuma efetividade e confiabilidade dos poderes Executivo e Legislativo:

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica. Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon (VIEIRA, 2008, p. 442-443).

No que toca às críticas da contramajoritariedade, impende dizer que, inobstante o STF não ser um órgão eletivo, no entanto, a indicação e aprovação de um ministro passam por decisões daqueles que foram eleitos democraticamente, a saber, Executivo e Legislativo. Portanto, quando o chefe do executivo federal, qual seja, o Presidente da República e os parlamentares do Senado Federal tomam uma decisão, o fazem – ao menos em tese – em nome dos milhões de eleitores que os colocaram no poder. Consequentemente, as decisões da Corte Suprema, possuem de certo modo e medida, certa dose de legitimidade democrática.

Ademais, o papel do STF é velar pelo cumprimento da Constituição Federal e junto ao restante do Judiciário dar efetividade à norma. Interessa à todo o conjunto da sociedade o respeito à Carta Magna e a concretização de suas prescrições, principalmente os direitos que dizem respeito à liberdade, acesso à justiça, e os direitos sociais, os quais são aptos a configurar uma existência digna e implementar o desenvolvimento nacional.

Quanto às premissas daqueles que veem no Judiciário um meio de se garantir a segurança jurídica e a estabilidade, sendo uma instância mais confiável do que legisladores democráticos, ressalte-se que, conforme já delineado, inobstante o Judiciário ser um poder mais fidedigno, é preciso respeitar os limites constitucionais de cada poder, pois se observa, conforme a história já demonstrou, que o poder concentrado na mão de uma única pessoa ou instituição, além de ferir a democracia, é um altíssimo risco aos direitos e garantias constitucionais.

Outrossim, no Brasil o Judiciário não é muito conhecido pelas altas taxas de eficiência e aplicabilidade das normas constitucionais. Entretanto, é bem verdade que parte de sua ineficiência deve-se à falta de investimentos no setor estrutural e humano, investimentos, os quais dependem do Poder Executivo, que administra o caixa do Estado, e não demonstra maiores interesses na dinamização da Justiça.

Enfim, cabe, assim, aos Poderes da República Brasileira um ajustamento de suas perspectivas para que se adequem à Carta Magna e contribuam para o perfeito funcionamento da balança do poder e consequentemente para o desenvolvimento nacional.

A judicialização da política

Outro fenômeno político, social e jurídico que deve ser analisado é o da judicialização da política. Embora se assemelhe ao ativismo judicial, trata-se de um fenômeno diferente. Isso porque, o ativismo judicial não tem previsão constitucional específica, ao passo que a judicialização da política encontra respaldo na Constituição Federal. Tal fenômeno é extremamente importante se se considerar que o Poder Executivo é extremamente ineficiente na sua tarefa de realizar políticas públicas para atender às necessidades da população carente.

Direitos como saúde, educação, moradia, profissionalização, trabalho, lazer, dentre outros, não podem habitar o mundo jurídico formal apenas. É preciso vontade política para realizar os projetos que conferem dignidade à pessoa humana, como os direitos acima elencados, bem como alavancam o desenvolvimento do país.

Assim, quando o Poder Executivo não cumpre sua obrigação de realizar tais projetos mediante políticas públicas inclusivas, o Poder Judiciário pode e deve intervir para garantir um dado direito constitucionalmente previsto:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. [...] No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (BARROSO, 2015, p. 437 e 439).

Há que se destacar que a Constituição Federal inovou em matéria axiológica e foi extremamente ambiciosa ao elaborar um desenho de importantíssimos direitos fundamentais individuais e sociais.

Após um longo período ditatorial em que o poder estava concentrado nas mãos da instituição militar, situação que não apenas se destituiu todos os fundamentos da democracia como principalmente, violou-se gravemente os direitos humanos, o legislador constituinte optou em garantir inúmeros direitos que pudessem conferir dignidade e oportunidade ao cidadão de se desenvolver.

Destarte, pressupôs a Carta Magna que houvesse um Poder Judiciário forte, independente, ativo e capaz de concretizar o imenso rol de direitos por ela elencados, os quais são frutos de uma mentalidade contemporânea voltada às liberdades individuais e ao Estado do Bem-Estar Social (Welfare State):

No Brasil, também se verifica uma ampliação da atuação do Poder Judiciário, precipuamente, do STF que é o guardião da Constituição. O Texto Constitucional de 1988 ao instaurar o regime democrático e contemplar uma série de direitos e garantias e principalmente de princípios pressupôs a existência de um Poder Judiciário ativo na sua função de interpretar e aplicar as normas constitucionais (SILVEIRA, et al., 2011, p. 314).

O fortalecimento do Judiciário deve-se dar na medida em que não comprometa a harmonia dos poderes da República Brasileira e no fulcro de implantar a vontade constitucional. Sendo o Judiciário um Poder de grande monta numa democracia, há que se atribuir à ele não apenas a independência institucional, como também a devida estrutura física, tecnológica e humana, a fim de que possua competência funcional.

Isso porque o Direito na qualidade de ciência e construto cultural, social e humano, aponta – conforme a própria Constituição Federal destaca ao eleger o princípio da dignidade humana como fundamento da República Brasileira, nos termos do artigo 1º, III –, para o protagonismo, a proteção e elevação do indivíduo, numa nítida visão humanista.

A Carta Magna acentua essa visão antropocentrada do Direito ao estabelecer como meta do Estado o desenvolvimento nacional de forma sustentável e o pleno desenvolvimento humano e suas potencialidades. A importância da humanidade do sujeito e seu direito às condições que permitam seu pleno desenvolvimento não está deixado ao simples arbítrio de qualquer governante.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal por meio do referido princípio da dignidade humana e pelo extenso rol de direitos individuais e sociais previstos nos artigos 5º e 6º, os quais quando concretizados configuram uma existência digna ao sujeito de direitos, uma sadia qualidade de vida à sociedade no geral e um Estado desenvolvido.

Ademais, a Carta de Direitos da Organização dos Estados Americanos (OEA), principal mecanismo de diálogo entre os países da América ressalta essa verdade ao pontuar que “o desenvolvimento é responsabilidade primordial de cada país e deve constituir um processo integral e continuado para a criação de uma ordem econômica e social justa que permita a plena realização da pessoa humana e para isso contribua (OEA, 1948, Artigo 33)”. Portanto, a judicialização da política é uma tendência dos Estados contemporâneos face à inércia e má vontade do Poder Executivo em executar políticas públicas de grande relevo para o ser humano, em especial, para aquela parcela mais carente da população.

Nessa linha, a Constituição do Brasil apresenta um caráter inovador e humano adotando uma cartilha de direitos que permitem o desenvolvimento humano, social e estatal. Assim, tal posicionamento do Direito é de suma relevância numa sociedade de cunho essencialmente capitalista que tende a reduzir a natureza humana e suas possibilidades:

Constatar esta preocupação implica, indiscutivelmente, reconhecer a desumanização, não apenas como viabilidade ontológica, mas como realidade histórica. É, também, e talvez, sobretudo, a partir desta dolorosa constatação que os homens se perguntam sobre a outra viabilidade – a de sua humanização. (...) Vocação negada na injustiça, na exploração, na opressão, na violência dos opressores. Mas afirmada no anseio de liberdade, de justiça, de luta dos oprimidos, pela recuperação de sua humanidade roubada (FREIRE, 1987, p. 30).

A relação do Direito com a Política num âmbito de respeito e cooperação é vital à democracia e consecução dos direitos sociais. Porém, devido à uma perceptível crise institucional na atualidade brasileira, convém não permitir que a Política se torne um reduto de concentração do poder e obstaculização dos direitos previstos na Carta Magna.

O Direito possui autonomia própria, não pode ficar refém da Política, principalmente por causa da qualidade da crise de representatividade política e falta de maior operabilidade de políticas necessárias, fenômenos observados recorrentemente no Brasil.

Por isso, o Judiciário, tendo em vista a inércia do Executivo, deve assumir uma postura mais dinâmica para a realização do desenho constitucional atinente à efetivação do desenvolvimento e dos direitos sociais. As condições socioeconômicas do Brasil reclamam e justificam uma postura enérgica do Judiciário em efetivar certas matérias políticas. Uma estrutura política e social ineficiente e opressora representa gritante déficit democrático:

Não há dúvida de que as tendências humanistas eram conhecidas em séculos anteriores, embora não fossem assim chamadas. Sempre e onde quer que os indivíduos sejam oprimidos pela estrutura social e por poderes políticos, protestos devem ser feitos contra tal opressão. Esses protestos são a essência de toda luta por uma vida de dignidade e liberdade (MANELLI, 2004, p. 191).

Mormente, tendo em vista que o modo de se fazer política no Brasil sofre de uma falta de sensibilidade, humanidade, ética e transparência visíveis, a realidade nacional aponta para um país mais judicializado. Até porque o político “profissional” no Brasil atua como se não tivesse que obedecer aos ditames constitucionais:

É possível constatar um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando cada vez mais o vínculo existente entre Política e Direito. Tal relação é mais evidente no Texto Constitucional que além de ser uma norma jurídica, também trata de matéria política, sendo na definição de Joaquim José Gomes Canotilho, “o estatuto jurídico do político”. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer, que encontra no Poder Judiciário a sua força reguladora e dinamizadora (SILVEIRA, et al., 2011. p. 315-316).

A judicialização da política é um modo de além de trazer maior efetividade aos direitos sociais, conferir ao Estado uma face mais humana, democrática, justa e igualitária. A política brasileira tende a ser fria e insensível, refugiando-se muitas vezes em números e artifícios técnicos e num principiologismo conveniente para se escusar de suas obrigações constitucionais, legais e administrativas. Como consequência dessa postura, há um grave prejuízo à dignidade humana e ao desenvolvimento:

É evidente que essas concepções de justiça e igualdade não somente são ricas e valiosas porque instrumentalizam um dever político de promoção da dignidade, consoante o que exige a Constituição brasileira, mas também porque induzem a uma concepção intersubjetiva de igual tratamento que reforça o plano individual e social do desenvolvimento (SILVEIRA; SANCHES, COUTO, 2013, p. 48).

Portanto, a judicialização da política não decorre de uma ação invasiva ou uma opção ideológica do Judiciário, mas da própria necessidade de se observar os parâmetros constitucionais e atender as necessidades da pessoa humana, bem como o desenvolvimento sustentável da sociedade no seu conjunto.

Análise do princípio da eficiência do estado brasileiro

O termo eficiência é um substantivo feminino que se relaciona com a capacidade de se fazer bem determinada tarefa, visando alcançar o melhor resultado. Em administração é uma adequação dos meios aos fins objetivando otimizar as competências que se possui para se alcançar o resultado planejado.

A eficiência, inobstante a péssima qualidade dos produtos e serviços públicos, se tornou o símbolo dos discursos políticos e jurídicos contemporâneos, tendo encontrado, porém, suporte material muito mais na seara econômica que na Administração Pública.

Ao se inserir no artigo 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência, evidentemente não se objetivava conferir à Administração Pública a partir de então, a obrigatoriedade de ser eficiente em suas atividades.

Resta óbvio e encontrava-se implícito e explícito que ser eficiente, de modo a melhor administrar a coisa pública e realizar seus propósitos, é uma ação utilitária e necessária em administração científica, já estando presente na mentalidade de qualquer agente público.

O objetivo da Emenda Constitucional nº. 19 de 1998 que alterou a redação do artigo 37 do Texto Constitucional foi interligar o princípio da eficiência com outros comandos principiológicos constitucionais. Procurou-se enfatizar o dever de eticidade e moralidade da **Administração Pública**, para que esta venha a otimizar os recursos humanos e financeiros, as técnicas e tecnologias existentes na máquina estatal, de modo a elevar a qualidade da prestação do serviço público, velando assim, pelo erário e pela realização do projeto de desenvolvimento elaborado pelo Texto Maior.

O princípio da eficiência também é fruto de uma tendência global de conferir à Administração Pública maior dinamicidade e resultados satisfatórios pela aplicação de princípios da iniciativa privada denominados Governança Corporativa.

Prima-se por uma metodologia científica que imprima ao Estado a eficiência e qualidade que se espera, haja vista que a carga tributária no Brasil é elevadíssima e o cidadão, por sua vez, não recebe uma prestação estatal à altura:

Ese proceso de adaptación y renovación del sector público en la era de la globalización há convertido la reforma y modernización de la Administración pública en una cuestión dinámica, es decir, cuando una oleada de reformas está por consolidarse una nueva generación de éstas comienzan a perfilarse en el horizonte (PAZ, p. 14).

Trata-se, portanto, de uma nova visão da gestão pública que deve ser, à semelhança do mundo corporativo que é conhecido por sua eficiência, eficácia e efetividade como pressuposto imprescindível à permanência de qualquer corporação em mercados cada vez mais competitivos e exigentes, eficiente.

Dentro dessa perspectiva o cidadão é visto como um cliente que tem direito à um produto e serviço de alta qualidade porque paga por isso. No Brasil a qualidade e precariedade dos serviços públicos requerem que haja uma mudança radical de paradigma na administração da coisa pública. “*Uno de los aspectos que há caracterizado el proceso de modernización administrativa desde los comienzos de la última década del siglo pasado es su orientación al mercado y la ubicación del ciudadano-cliente en el centro de las políticas públicas como uno de los fundamentos de la Nueva Gestión Pública*” (PAZ, p. 15).

A União Europeia – experiência política, jurídica, econômica e aduaneira mais exitosa até o momento – é pioneira em inovar nos modelos de administração pública introduzindo mecanismos que permitam verificar o nível de satisfação da população em relação aos serviços públicos, bem como orientar e auxiliar as instituições para que se equipando corretamente possam se adequar às expectativas sociais:

[...] o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado por resolução do Parlamento Europeu, tem sido considerado como um poderoso instrumento para, de um lado, permitir uma investigação das reclamações da população e eventuais recomendações de ações corretivas da má- administração, e de outro, auxiliar as próprias instituições a melhorarem seu desempenho, principalmente quanto aos serviços prestados aos cidadãos europeus e a população em geral (TOMAZ et al., 2016, p. 123).

No Brasil, os conceitos de boa governança e governança corporativa ainda são relativamente recentes, de modo que a Administração Pública – conhecida por esbanjar e diluir o erário em manobras corruptivas –, ainda procura se adequar à essas novas tendências mundiais.

Nesse passo, o primeiro problema que se vislumbra é que existem muitas lacunas na qualidade da representação política brasileira, pois ainda que se procure mudar a legislação para que o dinheiro para financiamento das campanhas políticas saia dos cofres públicos, infelizmente boa parte ainda provém da iniciativa privada, fato que compromete a moralidade, qualidade e eficiência dos serviços públicos.

Em ato contínuo, impende dizer que a burocracia também é um elemento obstaculizador da eficiência, pois além de dispendiosa impõe grandes entraves ao cidadão para acessar determinados serviços públicos, em especial o Judiciário. O Brasil se tornou um país excessivamente rígido em suas formalidades; é o país do carimbo, do ato notarial e protocolar, das taxas e emolumentos, sem os quais não se consegue comprovar situações, requerer atos públicos, benefícios, etc.

A burocracia é um paradoxo estatal, produto de um Estado que discursa formalmente sobre a eficiência administrativa, mas que na prática, a despeito do mandamento constitucional de presumir a inocência do cidadão, dele desconfia tenazmente, e por isso lhe impõe um pesado fardo de exigências antes de lhe conferir seu próprio direito. A burocracia, portanto, obstaculiza não apenas a efetivação de direitos, como o próprio desenvolvimento do país.

Um terceiro elemento que mancha o discurso governamental de eficiência e impede que o Brasil modernize e maximize sua administração para melhorar seus serviços e melhor atender a população reside justamente no fato de não haver um diálogo aberto e efetivo entre o governo e a população.

O povo só participa do processo democrático para eleger seus governantes, mas não toma parte nas instâncias decisórias da estrutura pública. “O principal critério para determinar se um sistema democrático funciona normal e eficientemente é a participação consciente do público no processo da tomada de decisões políticas, o público deve aderir razoavelmente a certas idéias e decidir frente a um conjunto de alternativas” (MANELI, 2004, p. 90).

Sendo o povo o legítimo dono do poder conforme prescreve o artigo 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal, e uma vez que ele sofre mais que ninguém os desmandos políticos e a ausência de efetividade da norma jurídica, além de suportar os resultados de uma péssima administração, nada mais justo que o povo participar das decisões mais importantes do governo com o fulcro de se resolver os problemas que ele conhece melhor que qualquer esfera pública.

Destarte, a melhoria na técnica da eficiência estatal passa pela resolução de no mínimo três problemas, quais sejam melhorar a qualidade da democracia representativa vinculando os governantes e parlamentares à plataforma política que os elegeu, como modo de imprimir mais qualidade e eficiência na política; diminuir substancialmente a burocracia extinguindo os altos níveis de exigência formal, como meio de se facilitar o acesso a serviços públicos; por fim, introduzir a participação efetiva da sociedade nos processos decisórios do governo.

Eficiência e dignidade da pessoa humana

Quando se fala em eficiência da Administração Pública não se deve perder de vista que o escopo maior do Estado é a promoção do bem comum. Portanto, imprimir eficiência aos atos do governo significa mais que conferir modernidade e dinamicidade às estruturas públicas, significa dizer que o governo deve cuidar das pessoas e construir condições aptas a ensejar seu bem estar e desenvolvimento.

O Texto Constitucional, na busca de uma sadia qualidade de vida e uma existência digna à todos, assevera que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana. [...] Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º, III; 3º, I a IV).

Desse modo, é obrigação do Estado promover o desenvolvimento para que haja condições materiais de se realizar o conjunto de direitos que permitem o desenvolvimento das faculdades humanas. Esses direitos constituem-se em prover uma igualdade e liberdade reais; aparelhamento das estruturas médicas e educacionais com excelentes profissionais e adequadas tecnologias; curso de capacitação profissional que permita cada pessoa desenvolver suas habilidades inatas ou aprendidas; dentre outros.

O princípio da eficiência está relacionado intimamente com a dignidade da pessoa humana. E, para que haja condições possíveis de se materializar os direitos fundamentais individuais e sociais previstos na Carta Magna, há que se implantar o desenvolvimento no país, pois:

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura (BERCOVICI, 2005, p. 51).

É de se observar que o princípio da eficiência da pública administração não é um princípio absoluto, ou seja, ele não é um fim em si mesmo, depende, portanto, de outros princípios maiores. Ele se relaciona com os outros princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Todos esses princípios formam a símbolo político e jurídico impresso na Administração Pública como uma de suas marcas. Entretanto, todo esse arcabouço axiológico deve se submeter ao metaprincípio da dignidade humana.

Os princípios elencados no referido texto jurídico são o “meio” para se alcançar o “fim”. Ou seja, eles são a instrumentalidade que permite alcançar o bem comum de todos, tendo em vista a dignidade humana.

A eficiência na qualidade de juízo técnico é uma metodologia científica elaborada para se utilizar da melhor forma as competências que se possui para alcance do melhor resultado pretendido. Entretanto, ela está condicionada à uma axiologia constitucional, a qual prima pelo ser humano. “Dentro da perspectiva moderna, também é possível observar que a própria exigência da eficiência como base de sustentação do Estado era defendida pelos humanistas cívicos, que, todavia, a colocavam absolutamente condicionada à ética” (GABARDO, 2003, p. 64).

Destarte, quando se divorcia a eficiência do humanismo e da ética, seu fracasso é notório, pois se inverte a relação entre fim e meio. Conforme já salientado, o Estado busca um bem maior e comum; na busca desse bem comum o governo irá se utilizar de métodos científicos, dentre os quais se destaca a eficiência, que por sua vez deve estar subordinada aos valores pretendidos pela Constituição:

A eficiência nasceu de um anseio racionalista de abandono às subjetividades características das concepções medievais, permeadas pela moral religiosa. Todavia, simultaneamente ao seu advento, observa-se o seu fracasso na manutenção do domínio, principalmente em razão do abandono dos valores e princípios. Como bem coloca Norberto Bobbio: “um governo eficiente não é por si só um bom governo”, até porque, conforme ressalta o autor, um juízo sobre a eficiência do governo “é claramente um juízo técnico, e não moral” (GABARDO, 2003, p. 57).

Resta claro que a eficiência por si só não é suficiente, pois quando utilizada como um fim em si mesma não passa de propaganda política e jurídica. Ela deve, enfim, atuar ao lado da axiologia constitucional, como meio de se alcançar o desenvolvimento nacional e assim, efetivar melhores condições de vida às pessoas.

A eficiência sob a ótica das normas fundamentais do processo civil

Artigo terceiro da novel lei processualística, sem abrir mão da proeminência do Judiciário em analisar e julgar as lides sociais, estabelece modernos métodos consensuais de solução dos conflitos, a saber arbitragem, mediação e conciliação. Há uma convocação geral para que os operadores do direito adiram e priorizem tais métodos com o escopo de desafogar as vias normais de solução judicial e implementar na prática o princípio da eficiência estampado na Carta Magna.

O novo código assevera que o processo civil será regido (interpretação e aplicação) sob a ótica dos valores e das normas fundamentais da Constituição Federal, destacando-se os princípios do contraditório, ampla defesa, proibição da prova ilícita, razoável duração, motivação das decisões, dentre outros como a estrutura apta a fornecer uma prestação jurisdicional eficaz, célere e axiologicamente justa.

De fato a metodologia processualística inova ao desestimular a litigiosidade e incentivar a autocomposição, que pode reduzir a frustração das expectativas causada pela demora ou não procedência da ação.

Entretanto, em que pese ser louvável o ideal proposto, mormente na seara consumerista, sob o ponto de vista pragmático há uma resistência das empresas capitalistas em adotar uma política conciliatória. E, ainda há um “espírito” adversarial presente na população e na mentalidade de muitos operadores do direito.

A postura litigiosa e a resiliência à autocomposição compõe fenômeno decorrente da própria complexidade humana, que aprendeu a judicializar a vida social, pois:

Fica claro que fenômeno conflitológico de interesses tem no próprio *existir humano* e nas interações da sociedade o seu nascedouro, sendo fenômeno inerente à condição da existência humana e marca, desde que o homem é homem, as relações intersubjetivas em sociedade, em virtude do fluxo caótico dos fenômenos naturais e humanos. [...] a natureza humana não é boa por natureza, mas é circunstancialmente boa e ruim [...]. O principal problema do diálogo é conseguir ver o outro como outro: para ser capaz de conversar é preciso saber escutar (SANTOS, 2018, p. 65-66 e 69).

A busca pela efetividade da tutela jurisdicional passa pelo binômio metodologia e prática dos pressupostos processuais, devendo-se abrir séria discussão sobre o significado do processo para o direito, superando-se institutos arcaicos e o positivismo jurídico que restringe as possibilidades do direito à letra da lei (SANTOS, 2018, p. 9).

Como resultado da hiperjudicialização atribui-se ao Judiciário relevante papel político-social, tendo em vista que no sistema democrático brasileiro ele se firma como poder autônomo e independente, destacando-se ainda mais face à retração e corrupção dos demais poderes.

Entretanto, em que pese a Constituição atual pressupor um Judiciário atuante e pró sociedade, pois elencou série de direitos e garantias fundamentais (individuais e sociais), a falta de estrutura, seu “modus operandi” em plastificar decisões sob o escopo do pragmatismo, e sua jurisprudência – resultado de um pensar estritamente hermético e institucional – o leva muitas vezes a frustrar a expectativa social, sendo marcado por um afastamento de suas funções e insensibilidade:

há integridade quando uma instituição está fortemente comprometida com determinada missão ou pode ser responsabilizada por esta mediante controles externos. Contudo, instituições muito engajadas em determinadas missões geralmente acabam tão comprometidas com sua maneira de fazer e ver as coisas que perdem a sensibilidade para o ambiente social (NONET; SELZNICK, 2010, p. 124) (grifou-se).

A exemplo cite-se as Jurisprudências dos tribunais de superposição – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça¹ – em aplicar os pactos de Varsóvia (1929) ratificado pelo Decreto 20.704/1931 e de Montreal (1999) confirmado pelo Decreto 5.910/2006 nas relações de consumo, diminuindo a responsabilidade de poderosas companhias aéreas internacionais em detrimento do consumidor brasileiro – parte mais vulnerável na relação jurídica.

Por meio de precária hermenêutica do artigo 178 da Constituição Federal determinou-se a prevalência dos pactos sobre as normas do Código de Defesa Consumerista, que prioriza o consumidor, sendo matéria de ordem pública e de interesse social.

¹ V. RE n.º 636.331/RJ cadastrado sob o Tema 210 de 2017 – Repercussão Geral: Relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e RE n.º 766.618 e AREsp n.º 1.470.305/SP-2019.

Para além do prejuízo social, gera-se insegurança jurídica e desrespeito às normas fundamentais do processo, a saber, acesso à justiça e defesa do consumidor, haja vista que esta última se encontra delineada pela Lei. n.º 8.078/1990, sendo direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXII da Carta Política e se constitui também num dos princípios da ordem econômica e financeira, conforme artigo 170, V.

A postura do STF e STJ gera além da supressão de direitos individuais e sociais um conflito hierárquico de normas em primeiro grau, pois referidos pactos não possuem matéria de direitos humanos, e portanto, não poderiam receber status constitucional, consoante artigo 5º, § 3º da Constituição vigente, a menos que seja feito – e de fato o foi – verdadeira ginástica hermenêutica.

O CDC por sua vez é matéria de ordem pública e interesse social, o que demanda aplicação “ex officio”, além de resguardar os valores da República Federativa do Brasil consistente na justiça social, devendo fulminar pelo vício da inconstitucionalidade formal ou material qualquer norma que contrarie o escopo de proteger o consumidor em sua vulnerabilidade e hipossuficiência técnico-jurídica.

Enfim, observa-se na realidade brasileira – que é bem típico dos paradoxos existentes no país – uma dissonância crônica entre a lei e as relações concretas da vida; entre a agenda político-jurídica e os reais interesses da sociedade.

A busca pelo direito é fruto do equilíbrio de forças entre as classes sociais, considerando-se ainda que o Poder Executivo não satisfaz os anseios pelo incremento de políticas públicas e o Legislativo cria antagonismos ao legislar em demasia e se omitir nas matérias mais relevantes ao interesse social.

Nesse viés o escopo do processo civil em preservar a autoridade político-social do Judiciário implementando nova metodologia sob o influxo dos valores constitucionais é de extremo relevo aos propósitos sociais, porém sua efetividade depende de duas variáveis, quais sejam: mudança da cultura do litígio à autocomposição em todos os níveis da sociedade – população e operadores do direito –, e atuação constitucional do Judiciário, o que implica dizer fazer valer a norma sem que isso signifique desequilíbrio na teoria clássica de tripartição dos poderes.

Horizontalização democrática e colaboração reativa

Nos termos da nova lei processualística cível e principalmente da Carta Magna, o Poder Judiciário pode e deve colaborar para a horizontalização do direito e efetivação da justiça social reagindo contra o desequilíbrio democrático provocado pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais não implementam substancialmente políticas sociais e não criam normas democráticas, respectivamente.

Uma democracia essencialmente representativa em detrimento da democracia participativa tende a suprimir a agenda jurídica realizadora dos direitos sociais, funcionando maximamente como retórica e ideologia. Transforma uma pauta estritamente particular em temática universal. Nesse cenário o cidadão comum passa a ser objeto e não sujeito da política e do direito.

O processo constitucionalizado oferece ao cidadão a oportunidade de quebrar o monopólio do poder estatal e assim produzir direitos que transcendam a mera lei escrita. Nesse mister:

O Legislativo é falho, inconsistente e mergulha na lama da corrupção, exige assim do Processo uma dinâmica, o qual absorva a dinamicidade dos fenômenos e utilize-a em sua função e estrutura para atender essas complexidades humanas. [...] a expansão da jurisdição e do ativismo judicial foi necessária para quebrar hegemonias do Estado na produção de leis (SANTOS, 2018, p. 36-37).

Já não é mais concebível que a política representativa que justifica a atuação do Executivo e Legislativo imponha uma agenda extremamente negadora de direitos, razão pela qual o Judiciário deve emergir responsiva e reativamente:

A partir de uma ressignificação do processo, a discussão política no judiciário pode ser muito mais democrática, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou por fenômenos que superam a representatividade da Lei. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política - e, são eles, portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa – preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela representativa (SANTOS, 2018, p. 41-42).

O direito aplicado pelo Judiciário – em que pese não possuir poder suficiente de atender à todas as mazelas sociais – desde que colocado na perspectiva constitucional, pode diminuir as tensões sociais:

Distinguimos três modalidades ou “estados” básicos de direito na sociedade: (1) o direito como servidor do poder repressivo; (2) o direito como instituição diferenciada capaz de controlar a repressão e proteger sua própria integridade, e (3) o direito como facilitador do atendimento às necessidades e aspirações sociais (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75).

O epicentro da questão reside em se identificar o perfil do Judiciário brasileiro, que em regra não responde de forma suficiente às expectativas sociais. No entanto, o fenômeno não é absoluto, pois as atribuições constitucionais e o ativismo judicial operado com equilíbrio podem mudar as regras do jogo e alcançar a justiça social.

A eficiência do Poder Judiciário

No que toca ao Poder Judiciário em específico, tendo em vista a crescente demanda de busca por justiça, este enquanto órgão estatal corresponsável pela construção de uma sociedade plural, solidária, justa e sustentável, precisa se adequar ao princípio da dignidade humana melhorando a qualidade da tutela jurisdicional:

É de conhecimento geral que o Poder Judiciário é o responsável pela manutenção da ordem jurídica e da paz social, bem como pelo suporte necessário para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Carta Constitucional. [...] Por isso, sua ineficiência e anacronismo levam à frustração de sua finalidade essencial. Dessa maneira, é impossível pensarmos um Poder Judiciário com uma estrutura que não atenda aos anseios da nova sociedade (pós-moderna) e que ignore os avanços desta (SILVEIRA et al., 2011, p. 86).

O Judiciário brasileiro, ainda que em menor grau, é uma instituição que carrega o estigma de ineficiência tão indesejado dos outros setores públicos, pois é burocrático, moroso, dispendioso e de difícil acesso.

Vale dizer que o Judiciário não tem correspondido à expectativa social de uma tutela célere, qualitativa e eficiente. O equipamento estatal não possui a estrutura adequada, a tratativa aos cidadãos comuns e até mesmo aos advogados ainda é insensível e excessivamente formal, e a hermenêutica praticada por boa parte da magistratura é fruto de um pensamento mecanizado e que ignora as condições políticas e socioeconômicas do país.

Há um déficit constitucional no que se refere à aplicação das normas da Carta Magna, e, inobstante ser o Poder mais próximo do cidadão e mais confiável quando comparado ao Executivo e Legislativo, ainda assim, deixa a desejar no exercício de suas atividades, trazendo ao povo desalento e falta de uma maior confiança nas instituições estatais. Assim:

O equipamento estatal denominado *Justiça* é alvo de críticas em todo o mundo. [...] Se isso ocorre no planeta como um todo, a situação brasileira reveste peculiaridades que intensificam a sensação de inexistir justiça. [...] O país abriga nichos de miséria a mais abjeta, em convívio com a riqueza nababesca e pródiga em sofisticação e superfluidades. Para os excluídos do banquete do consumismo a certeza é a de que o Judiciário serve aos ricos. Para os demais, mostra a sua face cruel: polícia, prisão, arbitrariedades e opressão (SILVEIRA, et al., 2011, p. 126).

Embora não seja fim em si mesma, a eficiência é relevante modo de se promover valores absolutos, como a dignidade da pessoa humana. Ao responder às demandas com celeridade, qualidade e justiça se está atingindo os fins pelos quais o Estado deve pautar suas ações. Porém, a realidade político-jurídica brasileira atesta a falta de comprometimento estatal com valores humanos e sociais, tendo em vista a burocracia e morosidade injustificadas:

A partir daí, do reconhecimento de que o Estado, através do seu Poder Judiciário, está praticamente à beira do colapso, que não garante sequer ao jurisdicionado o direito fundamental a um processo tempestivo, resta um segundo princípio [...], qual seja o próprio princípio da celeridade processual alçado no nível de direito fundamental, que seria o dever de o Estado alcançar, no mínimo, os meios necessários ao cidadão para que haja maiores condições de efetividade processual num tempo razoável, através da celeridade processual (JOBIM, 2011, p. 110).

Destarte, três possíveis soluções poderiam ser apontadas para uma melhor eficiência das atividades do Poder Judiciário. A primeira tramita no sentido de se mudar a atual hermenêutica praticada pelos tribunais, os quais deveriam inovar em suas interpretações de forma a atribuir uma maior consideração à hipossuficiência do cidadão face s instituições públicas e privadas. Deve assim, aumentar seu índice de aplicação dos ditames constitucionais.

A segunda solução perpassa uma reestruturação administrativa. O juiz – sem perder a noção de principalmente aplicar a justiça ao caso concreto – há que velar pela boa administração de pessoas e processos de forma a otimizar seu trabalho.

No caso do STF é preciso alterar a sua configuração administrativa e de competência para que se torne mais efetivo. Seu acúmulo de funções é altamente prejudicial ao seu bom desempenho:

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 447).

Por fim, uma terceira via resolutiva para conferir eficiência ao Judiciário, seria uma reestruturação física e humana e adequá-lo às novas e modernas tecnologias, para assim, imprimir maior celeridade e qualidade na prestação da tutela jurisdicional:

É preciso ter em vista que um mundo cada vez mais globalizado exige que o direito acompanhe as constantes evoluções tecnológicas, com o fito de garantir a correta aplicação da lei e, por conseguinte, atingir o ideal de justiça e de promoção da paz social. A sociedade contemporânea reclama o aproveitamento das novas tecnologias para efetividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o presente trabalho aponta um panorama sobre a informatização do Poder Judiciário (SILVEIRA, et al., 2011, p. 67).

Consequentemente, a adoção das três medidas acima elencadas pode mudar substancialmente a face do atual Judiciário, de modo que este estabeleça uma ponte efetiva entre os direitos constitucionalmente garantidos e a realidade concreta do mundo social.

Análise do incidente de resolução de demandas repetitivas e sua relação com a eficiência judicial

Conforme já frisado, a redemocratização do país com o advento da Constituição Federal de 1988 permitiu uma maior criação e disponibilização de direitos. Assim, com o aumento populacional e a possibilidade de se ingressar no Judiciário para o reclamo de diversos direitos, este acabou por sofrer uma sobrecarga de trabalho sem que a devida reestruturação de suas condições ocorresse paralelamente.

A cultura da hiperlitigiosidade é resultado de um complexo de fatores. Primeiro, de um Estado que não respeita direitos, além de que é o maior exemplo de litigiosidade profissionalizada e habitualizada.

Em segundo lugar, o capitalismo pós-moderno com sua busca famigerada apenas pelo lucro incentiva o consumismo, onde as pessoas gastam o que não pode e, consequentemente muitas dívidas acabam por parar na Justiça. De outra banda, as empresas na busca pelo lucro não respeitam os direitos do consumidor, e assim, inevitavelmente, muitas ações acabam por derivar das relações consumeristas.

Infelizmente, nossa sociedade pós-moderna é marcada por uma institucionalização perversa do poder, momento em que a pessoa física perde espaço e se torna extremamente vulnerável nas relações políticas, jurídicas, econômicas e sociais, não possuindo, portanto, condições de enfrentar o poderio do Estado e do capitalismo, a não ser eventualmente pela via judicial, utilizando muitas vezes a tutela dos interesses difusos:

Mas é somente em épocas recentes que novos “corpos intermediários” começam a surgir e a proliferar; novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas (GRINOVER, 1979, p. 30).

Por último – não que o problema se esgote nessas três possibilidades – temos que haver com uma população que infelizmente aprendeu a “judicializar as relações”. As pessoas não se dispõem mais a resolver os conflitos entre elas mesmas, e assim, infelizmente, a cultura da judicialização afoga o Judiciário com inúmeras ações do tipo: pensão alimentícia; danos morais; medida cautelar de afastamento do cônjuge, etc.

A problemática da hiperlitigiosidade e conseqüente congestionamento do Judiciário já foi alvo de estudo do Conselho Nacional de Justiça:

A publicação da última edição do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, retrata que são elevados os níveis de litigiosidade e de congestionamento: estima-se que tramitam, considerada apenas a Justiça Estadual, aproximadamente 59 milhões de processos, sendo que, em 2015, o estoque aumentou em 1,7 milhões. No que tange a Justiça Federal, existem, aproximadamente, 9,1 milhões de processos em tramitação, de modo que, em 2015, ingressaram quase 703 mil processos (COUTO, CRUZ, 2017, p. 2).

Destarte, como meio de se conferir maior eficiência ao Poder Judiciário no trato de determinadas questões, solucionando inúmeras ações que possuam matérias idênticas e com mesmo pedido e causa de pedir, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” – IRDR, nos seguintes termos: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, I e II)”.

Não há como negar que na busca por uma maior e mais qualitativa efetividade da justiça, deve-se procurar implementar reformas processuais modernas que acompanhem as mudanças havidas na sociedade e adotar os modelos de soluções que em si mesmos já apresentam alguma plausibilidade, como é o caso do IRDR:

Neste sentido, as reformas processuais, por mais direcionadas que sejam a determinado propósito, procuram, como denominador comum, aprimorar o modo pelo qual os direitos são tutelados no âmbito do Poder Judiciário mediante mecanismos de “formalização do processo”. É o que se verifica, por exemplo, na sumarização, que pode ser ilustrada pela inserção do julgamento antecipadíssimo do mérito e improcedência liminar do pedido e pela inserção de filtros de contenção recursal e criação de institutos para aperfeiçoar os julgamentos repetitivos (COUTO, CRUZ, 2017, p. 2).

Todavia, é preciso cautela e ponderação para se detectar os efeitos colaterais que qualquer solução possa apresentar, para que seja readequada na medida de sua possibilidade. Para se alcançar o desenvolvimento proposto na Carta Magna é preciso investir na eficiência do Judiciário, o qual é dos mais importantes na estrutura pública, pois a ele incumbe aplicar as normas jurídica, principalmente as que se referem a direitos sociais. Por isso, na esteira desse pensamento as novas técnicas de eficiência jurídica versam sobre qualidade e quantidade na prestação da tutela jurisdicional:

O discurso que prioriza a eficiência do Judiciário e a efetividade das decisões judiciais tem como claro pano de fundo uma concepção de Judiciário enquanto prestador de um serviço que, como tal, deve se submeter a parâmetros não só de qualidade, mas também de produtividade perante seus usuários (ASPERTI, 2017, p. 4).

O IRDR é uma técnica moderna de resolução de processos por meio do estabelecimento de uma tese jurídica extraída de um precedente e aplicada a todos os demais casos frequentes e que possuam controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Os inúmeros processos que preencherem os requisitos legais receberão a mesma tratativa e decisão, vinculando juízes e tribunais, com o fito de desafogar o Judiciário imprimindo maior celeridade na marcha processual:

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), especificamente, tem por critérios de aplicação (a) a efetiva repetição de processos que contenham sobre uma mesma controvérsia; (b) que a similitude entre os processos resida na existência de uma mesma questão de direito; e (c) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (arts. 976 ao 987) (ASPERTI, 2017, p. 5).

Há uma preocupação com a isonomia e a segurança jurídica ao se proibir que dentro da perspectiva de casos considerados semelhantes na controvérsia haja prolação de sentenças diferentes. Destarte, todos os litigantes envolvidos em matérias semelhantes teriam a confiança de que seu caso não seria resolvido de forma diferente de outro que eventualmente pudesse ser provido.

A igualdade e a segurança jurídica são pináculos de um ordenamento jurídico bem estruturado e eficiente, sendo certo que a igualdade relaciona-se com a justiça e a segurança jurídica com a logicidade e confiabilidade de sua estrutura.

Não há que se falar em inovação se as técnicas processualísticas que visam conferir celeridade ao sistema jurídico, obstam direitos e ferem a própria axiologia do Direito, havendo a considerar que:

O Estado de Direito é o Estado em que há o império do direito. Daí brota espontaneamente uma exigência basilar: a igualdade. A primeira condição para que exista direito é a igualdade. Não há direito se situações iguais são tratadas de forma desigual e se situações desiguais são tratadas de forma igual. 8 Também não se pode falar em Estado de Direito sem segurança jurídica, isto é, sem certeza do direito, garantia de sua estabilidade, possibilidade de orientação a seu respeito e possibilidade de realização coativa adequada, efetiva e tempestiva do direito ameaçado ou violado. 9 Inexiste Estado de Direito sem que a confiança legítima seja protegida. Vale dizer: sem que exista calculabilidade e previsibilidade das situações jurídicas (MITIDIERO, 2011, p. 3).

Ressalte-se que o ônus da prova de quem pretenda demonstrar que seu caso possui particularidades e que assim, se destaca dos demais, tendo direito, portanto, a uma análise diferenciada, incumbe ao próprio litigante.

O requerimento de uma análise diferenciada pode se dar se o caso piloto – eleito como a amostra que representa a síntese de todas as controvérsias análogas – se mostrar incompatível com a hipótese em que se alegou especificidades não abarcadas:

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) prevê, especificamente no caso dos recursos extraordinário e especial, a possibilidade de a parte alegar a existência de peculiaridades no seu caso que impeçam a aplicação do julgamento prolatado no caso paradigma (distinguishing). Se essa distinção não for alegada ou se a instância julgadora não a reconhecer, a solução conferida ao caso paradigma será reproduzida aos demais casos afetados, cuja tramitação fica suspensa até o desfecho do julgamento do caso paradigma (ASPERTI, 2017, p. 5).

Torna-se tarefa de suma importância que o caso piloto ou paradigma contenha em sua interpretação todos os elementos substanciais das controvérsias reunidas em seu bojo, sob pena de se causar injustiças e comprometer a segurança jurídica.

A reforma processualística cível também aborda a questão do julgamento de recursos Extraordinário e Especial repetitivos, sempre que houver ocorrência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (arts. 1.036 ao 1.041, CPC, 2015).

Depreende-se que a despeito das diferenças existentes entre os dois mecanismos elencados acima, a premissa básica é a de julgar todas as demandas subsumidas no caso ou recurso modelo, donde a partir dessa amostra eleita procura-se solucionar todas as ações e recursos interligados por sua similitude e relacionados com o caso paradigmático.

O fulcro é impor na prática uma efetiva e mais célere solução de demandas para fazer frente à uma cultura de hiperlitigiosidade que abarrota as varas e os tribunais do país:

Sem embargo das diferenças procedimentais entre o IRDR e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, pode-se afirmar que consistem em técnicas de julgamento por amostragem em que um caso ou recurso paradigma é escolhido e julgado, aplicando-se o entendimento esposado no julgamento às demais demandas e recursos considerados análogos (ASPERTI, 2017, p. 5).

Portanto, tendo em vista que o Poder Judiciário desempenha fundamental papel na democratização e desenvolvimento nacional, o conjunto de reformas empreendidas desde a reforma trazida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, bem como as microrreformas, da qual o incidente de resolução de demandas repetitivas faz parte, tende a combater a crise judicial tanto no quesito qualitativo como quantitativo:

Avulta-se que a crise do Poder Judiciário, aqui estudada sob o prisma quantitativo, tende a ser combatida por técnicas de natureza restritiva, que obstam o prolongamento da marcha processual, encurtando o procedimento, ou que abstrativizam as decisões judiciais mediante projeção de expedientes, como os julgamentos em bloco e solução de demandas repetitivas (COUTO, CRUZ, 2017, p. 4).

Assim, tendo em vista o demandismo judicial presente numa sociedade de massa, cujos poderes político e econômico são na maioria das vezes violadores de direitos subjetivos, aliado ao conseqüente congestionamento de varas e tribunais, o IRDR – guardadas suas devidas proporções – têm despontado como relevante instrumento para dotar o Judiciário de uma maior eficiência.

Noutro giro, em que pese não existirem modelos perfeitos, há que se destacar algumas deficiências no presente instituto. A priori, cumpre dizer que a eleição de um caso piloto como método para julgar todos os demais casos análogos, deve reunir os elementos principais da controvérsia, pois do contrário, produzir-se-á injustiças e insegurança jurídica.

O precedente é produto de interpretação, a qual na atual contextura do Direito Brasileiro é carregada de subjetivismos e escolhas, o que implica muitas vezes na opção pelo intérprete de alguns elementos em detrimento de outros. Inevitável, portanto, a participação do hermeneuta – com sua carga de valores e preferências, no processo de escolha dos elementos representativos do precedente –, fato que não raramente redundará em reducionismos, ideologias e injustiças.

A título de exemplos, verifica-se que a magistratura paulista e sua jurisprudência considera a prática da corretagem como lícita, ao argumento de que deriva da própria negociata contratual². Entretanto, se desconsidera a hipossuficiência técnica, jurídica e econômica do consumidor físico, o qual não possui chances reais de influir na estrutura principal do contrato, os quais são chamados de “adesão”, pois suprimem a autonomia da vontade da parte mais fraca na relação jurídica.

O precedente, como um produto interpretativo e muitas vezes sujeito aos critérios subjetivos do julgador, pode não sintetizar de forma justa e equilibrada a controvérsia, podendo inclusive omitir elementos fundamentais do caso concreto:

Luiz Guilherme Marinoni assevera que a despeito de o precedente possuir no sistema brasileiro caráter eminentemente interpretativo (e não construtivo), há crescente importância na análise dos fatos deduzidos quando da formação desses precedentes, reconhecendo-se a importância da identificação das particularidades fáticas do caso concreto para a adequada interpretação das regras e princípios extraídos da lei e da Constituição Federal (ASPERTI, 2017, p. 6).

Corre-se o risco de a técnica de julgamento por amostragem desrespeitar as regras e princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro. A hermenêutica dos tribunais possui marcas conservadoras e uma tendência de baixa aplicabilidade da Constituição Federal produzindo-se entendimentos mecânicos e institucionalizados.

Não se deve olvidar que mais importante que o critério quantitativo, é o elemento qualitativo, o qual mostra a devida preocupação com a justiça do caso concreto, procurando extrair deste todos os elementos determinantes à uma decisão ponderada:

Uma questão de mudança de foco parece dominar as discussões mais recentes sobre a atuação do Poder Judiciário no Brasil. Atentos à exigida eficiência gerencial de processos e pessoas, muitos dos juízes têm-se preocupado demasiadamente com estatísticas e metas, porém, despercebidamente sinalizam o risco de esquecerem o mais importante: a justiça do caso concreto (ZAIDAN, 2011, p. 57).

Tal problemática representa um grave óbice ao acesso à um Judiciário célere, qualitativo e eficiente – aqui eficiência subordinada aos valores humanos e éticos –, e aos princípios constitucionais que garantem um sistema justo:

É nesse ponto que se constata que a sistemática de padronização decisória e de julgamento por amostragem pode conduzir a uma resignificação restritiva da noção de acesso à justiça, à medida que legitima práticas gerenciais de reprodução de julgados e de aplicação de entendimentos consolidados em um caso paradigma sem que os argumentos fáticos do caso afetado sejam analisados e que a estes seja dada uma resposta individualizada. Contrariamente, na solução conferida ao caso concreto sequer se exige a apreciação do arcabouço fático para posterior aplicação da decisão proferida no caso paradigma. O que o texto legal indica é a possibilidade de mera reprodução decisória, conduzindo à interpretação de que o acesso à justiça poderá significar algo menos do que hoje se entende por acesso à ordem jurídica justa, porquanto não implicaria necessariamente na apreciação e pacificação do caso concreto (ASPERTI, 2017, p. 6).

² V. TJ-SP - APL: 00107765920108260309 SP 0010776-59.2010.8.26.0309, Relator: Cristina Zucchi, Data de Julgamento: 02/02/2015, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2015.

Um segundo problema decorrente do IRDR é o ferimento dos princípios constitucionais de acesso à justiça, a ampla defesa e do contraditório, pois a participação do litigante se reduz à mera obrigação de provar que seu caso é diferente. Por tais princípios, o litigante tem o direito de trazer ao processo todos os elementos que considera importante para justificar seu pleito.

Essa impossibilidade restringe drasticamente o acesso à justiça – conforme dito, não só ingresso ao Poder Judiciário, mas o direito de extrair do sistema jurídico uma decisão célere, qualitativa e que seja justa ao seu caso:

Essa lógica processual acarreta a necessidade de se repensar o significado do direito de acesso à justiça individual, na medida em que o litigante do caso repetitivo afetado não terá seus argumentos apreciados, a menos que consiga demonstrar uma peculiaridade que convença o julgador da necessidade de processar individualmente o seu caso. Caso contrário, terá uma resposta jurisdicional proveniente de outro caso, a qual poderá, ao menos em tese, ser simplesmente reproduzida no seu processo. Isso ocorre, especialmente, quando não são levadas em consideração as peculiaridades do caso concreto ou demais questões jurídicas suscitadas e que não estão sendo ou não foram debatidas no caso eleito como paradigmático. Sob outro viés, também afronta o acesso à justiça a eleição de um caso que não possa ser considerado representativo da controvérsia, levando a reprodução de um entendimento inadequadamente construído (ASPERTI, 2017, p. 6-7).

Terceiro problema reside no fato de que o IRDR não leva em conta as diferenças de poder e as vantagens que o litigante habitual leva sobre o eventual. Entes públicos e empresariais conhecem os meandros do Judiciário e estão acostumados a enfrentar os mesmos litígios que muitas vezes eles mesmos deram causa.

Ademais, além da superioridade técnica e jurídica apontada, o poder econômico dos agentes litigantes lhes permite postergar a lide com inúmeros recursos, influenciando inclusive na formação do precedente. “Esses litigantes que atuam repetidamente em processos similares possuem vantagens estratégicas diante dos litigantes individuais, sendo capaz de antever os resultados da litigância, além de conseguir acompanhar e influenciar a formação de precedentes judiciais junto às cortes superiores” (ASPERTI, 2017, p. 7).

Quarto, consta no artigo 93, IX da Constituição Federal e também no Código de Processo Civil vigente, nos termos do artigo 489, § 1º, que o magistrado deve fundamentar suas decisões, sendo de bom alvitre dizer que uma fundamentação idônea não se resume a uma simples citação do dispositivo legal, mas em mostrar os caminhos pelos quais se chegou à determinada decisão, mostrando também que os argumentos principais foram considerados.

Quando o magistrado reproduz uma sentença que é fruto de um precedente que foi construído de modo equívoco, ou seja, sem os elementos principais do caso concreto, e não aprecia os argumentos que considerados decisivos à formação da sua convicção, está em verdade infringindo o princípio constitucional e legal de motivação das decisões. Essa é uma falha considerável que afeta o curso natural e saudável do devido processo legal:

A padronização decisória coloca em xeque, ainda, o dever de motivação das decisões judiciais, consagrado pelo art. 93, IX, da Constituição e pelo próprio Novo CPC, em seu art. 489, § 1.º, que, inclusive, amplia substancialmente os requisitos necessários para que uma sentença judicial seja considerada adequadamente fundamentada (ASPERTI, 2017, p. 9).

A quinta crítica, que não é um problema jurídico prático em si, versa sobre a natureza jurídica do instituto sob análise:

Devemos reconhecer que há grande polêmica quanto a natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas, se mera técnica de julgamento (incidente) ou processo coletivo (opt-in). Alguns veem nestes casos repetitivos uma técnica para substituição das demandas para tutela dos direitos individuais homogêneos ou para julgamento objetivo de situações homogêneas ou isomórficas; outros, como aqui defendido, percebem uma técnica para julgamento de questões de direito material ou processual como processos coletivos (ZANETI JR, 2017, p. 5).

Por representar um instituto recente, é até natural a crítica presente, pois ainda se precisa ajustar o IRDR ao restante do ordenamento jurídico. Sabe-se que ele não é um recurso, pois não se encontra previsto no rol de recursos da processualística cível brasileira. Ademais, sua própria natureza revela se tratar de técnica de julgamento por amostragem para conferir eficiência ao judiciário.

Também não tem natureza de ação, haja vista que não envolve um direito propriamente dito, mas tão somente um modo de analisar um conjunto de controvérsias e efetivar um eventual direito. Assim, não tem natureza de ação coletiva, pois estas continuam a integrar o sistema, possuindo suas próprias particularidades.

A última crítica diz respeito à cisão ontológica entre a questão de fato e a questão de direito. A lei diz que “o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual” (art. 928, Parágrafo Único, CPC).

No âmbito processual separar o fato do direito é simples e serve à fins funcionais. Porém, na prática a doutrina sustenta que ontologicamente é impossível separar o direito dos fatos, pois estão profundamente imbricados, haja vista que o primeiro nasce do segundo:

A relação entre direito e fatos é incidível do ponto de vista ontológico, quer dizer, o direito nasce dos fatos e os textos legais descrevem suportes fáticos identificando aquilo que é relevante para o direito, logo não se pode cindir esta relação para o conhecimento do direito aplicável. [...] ademais, se o julgamento das causas repetitivas tem a potencialidade de se tornar precedente é preciso lembrar que não há precedente sem a referência às circunstâncias fáticas, os fatos materiais. São as circunstâncias fáticas que junto da solução jurídica compõem a *ratio decidendi*, aquilo que vincula na decisão (no direito positivo brasileiro, “fundamentos determinantes”, art. 489, § 1º, V, CPC (ZANETI JR, 2017, p. 7).

Entretanto, é bom observar que a lei não proíbe a resolução de questões de direito interligadas aos fatos, pois é nítida sua conexão:

Tendo em vista que o incidente de resolução está preocupado com a definição de “questões idênticas” (art. 985 do CPC /2015), é certo que o art. 976, ao aludir a ‘questão unicamente de direito’, não quis proibir resolução de questões de direito que repousem sobre fatos, mas desejou evidenciar que o incidente não pode ser invocado quando é necessário elucidar matéria de fato (MARINONI, 2016, p. 54).

Conclui-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por ser instituto novíssimo no ordenamento pátrio precisa de um tempo a fim de se adequar às exigências constitucionais e legais, bem como à realidade brasileira.

O instituto tem como escopo a eficiência enquanto, no dizer de Marco Félix Jobim, vetor hermenêutico, de elevada parametricidade para se interpretar e aplicar o Código de Processo Civil, sem se olvidar que o artigo 8º ao evocá-la, dentre outros princípios, o faz sob a proeminência e promoção da dignidade da pessoa humana (JOBIM, 2018, p. 118).

Desse modo, as críticas apontadas precisam ser sanadas para que o instituto possa surtir os efeitos desejados e assim, imprimir humanismo, celeridade e qualidade processual, haja vista que a eficiência do Estado, e em particular, do Poder Judiciário, está profundamente imbricada com os valores humanos e éticos.

Algumas breves considerações sobre a morosidade do Poder Judiciário no Brasil

Frequentemente os juristas e leigos atribuem ao Poder Judiciário a crítica de ser extremamente moroso no desempenho de suas atividades. Evidentemente que essa adjetivação está correta, pois se ampara numa visão crítica da realidade.

No Brasil os processos não respeitam em regra a razoável duração do processo, sendo a marcha processual considerada verdadeira “marcha lenta” que põe em xeque a eficiência da prestação jurisdicional. Entretanto, impende tecer algumas considerações de suma importância sobre a morosidade, a fim de se corrigir algumas noções e expectativas errôneas.

Primeiro, destaque-se a falta de investimentos na estrutura humana, física e tecnológica, a qual é fruto de um Poder Executivo que pretende uma Justiça lenta a fim de se atender seus próprios interesses de litigância habitualizada.

De mais a mais, é preciso considerar que o Brasil possui dimensões geográficas continentais, de modo que o número de processos dentro de uma sociedade já absorvida pelo demandismo é excessivamente alto. Países bem menores possuem uma Justiça muito mais lenta:

Com justas razões, olhamos para a Itália, como quem contempla um dos pontos culminantes da ciência jurídica em geral e da processual em particular. Isso não impede que o processo, lá, seja exasperantemente lento. Na área civil, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da justiça em 1988, elaborado pelo Procurador Geral da República junto à Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média dos processos, em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum, os *tribunali* (MOREIRA, p. 154).

Segundo, a morosidade não pode ser confundida com o tempo em que o processo precisa dispor para que o magistrado analise com a devida atenção e profundidade todos os seus elementos. Portanto, o tempo que o processo leva para que se desdobre todas as suas complexidades e enfim, se alcance uma solução qualitativa e justa, não pode ser considerado como estando em “zona morta”. Conforme já dito o quantitativo submete-se ao qualitativo.

Terceiro, a demora processual não desinteressa a todos, pois pelo menos uma das partes deseja que ele se arraste por certo tempo. Em Direito Penal é interessante ao réu que o processo se prolongue no tempo, tendo em vista a prescrição. Em Direito Civil, numa demanda que envolva direito e vizinhança, àquele que perde em primeira instância deseja o postergamento da causa para adequar sua situação fática e não incorrer em penalidades maiores:

O submisso nº. 2 é a idéia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível (MOREIRA, p. 155).

Quarto, muitos inferem que a demora no processo deve-se ao excesso de recursos presentes na processualística brasileira. É preciso salientar que, inobstante algumas partes e advogados postergarem o processo intencionalmente, litigando de má-fé, no entanto, tal atitude não justifica a supressão dos recursos constitucional e legalmente previstos e garantidos. O Código de Processo Civil impõem àqueles que obstaculizam o processo a devida reprimenda:

Considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; [...] interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (arts. 80, I a VII, e 81).

É de se observar que o conjunto recursal presente nos nossos diplomas é fruto de conquistas que velam por um devido processo legal, pela justiça processual e material, bem como ao direito de se exercer o contraditório e ampla defesa em todas as instâncias judiciais.

Em quinto lugar, não se pode em nome da rapidez, a qual não pode nem deve se sobrepor à valores maiores como a qualidade e a justiça, adotar toda e qualquer metodologia sem critério, sem ponderação, e, principalmente sem uma visão crítica. É importante ressaltar que o Brasil tem o costume de adotar o que é estrangeiro pela simples e ingênua ideia de que se o produto vem de fora então, necessariamente é bom.

Impende realçar que qualquer modelo importado para melhorar a eficiência de nossas instâncias públicas deve ser adequado à nossa legislação e realidade.

Certo é que, de igual modo, o Brasil não pode mergulhar num solipsismo doutrinário e cortar relação com os outros ordenamentos jurídicos. Nada seria tão prejudicial para nossa Justiça, pois boa parte dos artigos, princípios e institutos provém do Direito comparado.

Outrossim, é necessário colocar qualquer importação doutrinária dentro da perspectiva brasileira, a fim de se produzir os resultados esperados e se preservar a justiça e a segurança jurídica:

A ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo das fronteiras nacionais. [...] Uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado [...] outra bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros (MOREIRA, p. 158).

Sexto, não se deve crer que a edição de mais leis possa resolver o problema da lentidão, pois num país com um “*ánimus legiferandi*” como o Brasil que proclama lei para tudo, já se construiu um ordenamento excessivamente positivado, de forma que o excesso de leis acaba por emperrar e burocratizar o sistema.

Finaliza-se, arguindo que a morosidade da Justiça brasileira deve ser analisada à luz dos quesitos acima elencados, pois não se deve desconsiderar tais fatores colhidos da realidade nacional, tampouco buscar uma rapidez a qualquer custo, suprimindo a justiça, a lógica e a segurança jurídica do ordenamento.

Até porque, conforme visto, a eficiência é uma técnica, a qual deve estar necessariamente subordinada ao imperativo ético de se observar a dignidade da pessoa humana – escopo do Estado Democrático de Direito brasileiro – donde se vê que um processo não pode ser analisado de qualquer maneira, pois por trás dos autos encontram-se vidas humanas que aguardam uma decisão justa.

Atuação do Poder Judiciário e efetivação dos direitos sociais

Matéria de suma importância na realidade socioeconômica brasileira é a **efetivação** dos direitos sociais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, pois dizem respeito à uma existência digna à todo o conjunto da sociedade.

É bem verdade que a concretização dos direitos sociais depende de boa vontade política e jurídica e de um país economicamente desenvolvido que possa arcar com os custos de uma vida digna ao cidadão, a qual envolve a concessão real de direitos como saúde, educação, moradia, lazer, profissionalização, trabalho, salário decente, dentre outros.

Doravante, há que se considerar dois fatores importantes: primeiro, o Brasil é uma das maiores economias do mundo, possuindo invejáveis recursos naturais, extensão territorial considerável, determinadas tecnologias, e um Produto Interno Bruto (PIB) gigantesco que o projeta internacionalmente; e, segundo, o cidadão paga um tributo de primeiro mundo, sendo assim, tem direito a receber um serviço público compatível com essa realidade.

Ocorre que, a despeito de o Brasil possuir um PIB considerável, essa riqueza não é distribuída de forma justa, fato que desencadeia muitos problemas sociais, como fome, pobreza extrema, violência, analfabetismo, etc.

Daí a importância de se efetivar importantes direitos sociais. A princípio, cumpre ao Poder Executivo implantar importantes políticas públicas de forma a incluir o cidadão, propiciando-lhe condições adequadas e que lhe confira uma sadia qualidade de vida.

Entrementes, sabe-se que o Governo Executivo brasileiro é mau gestor e conhecido por seus programas eleitoreiros, não permitindo assim, uma realização mais ampla e profunda dessas políticas, de forma que possa sempre contar com pessoas miseráveis das quais possa extrair os votos necessários à sua eleição sob o pálio de suas promessas políticas.

Constantemente vê-se o governo omitir-se de suas responsabilidades na seara social, principalmente nas matérias de saúde e educação, sob alegativa do princípio da reserva do possível. Porém, o Supremo Tribunal já se pronunciou a esse respeito arguindo que a Administração Pública não pode invocar tal princípio para se opor ao mínimo de condições existenciais que o cidadão tem direito, nos termos a seguir:

“(…) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: [...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.” (ARE 639337 AgR/SP, de 23/08/2011).

Destarte, ganha relevo no país fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política, momento em que o Poder Judiciário assume a proeminência e passa a efetivar importantes direitos sociais.

Sem embargos, apesar de o Judiciário se destacar devido ao encolhimento dos demais Poderes, vinculando a Administração Pública a cumprir importantes metas constitucionais nas áreas da saúde e educação, ainda assim, sua atuação deixa a desejar, pois atua muito aquém do que poderia e deveria.

Inobstante a Carta Magna de 1988 por fim à uma “noite escura” de grande desrespeito aos direitos humanos (fundamentais) e sociais, prevalece no país um catálogo formal de direitos que aguarda uma efetivação concreta e substancial:

O século XX chegou à proclamação formal dos direitos sociais, num belo ensaio que principia nos direitos políticos individuais, passa pelo reconhecimento dos direitos coletivos, até alcançar os direitos sociais, aptos a garantir uma proteção mínima e um padrão de vida decente. No entanto, a ponte entre o sujeito virtual de direitos e o sujeito-cidadão está para ser erguida (TÔRRES, 2005, p. 613).

Já se falou neste ensaio que a falta de investimentos no Judiciário é proposital, numa tentativa funesta de a Política subjugar o Direito. Não bastasse a falta de comprometimento do Executivo com as demandas sociais, este ainda busca fragilizar o Judiciário para que seus propósitos eleitoreiros se perpetuem no tempo e no espaço.

A população se vê premida e tem de suportar – haja vista sua enorme paciência – o peso da injustiça em todos os setores:

[...] cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo (STRECK, 2003, p. 259).

Em verdade o sujeito político é oprimido pela Política e o sujeito jurídico pelo Direito, pois os ocupantes do Poder identificam-se com ele invertendo-se sua lógica e objetivos:

O surgimento dos Estados modernos transformou radicalmente aquelas condições de existência coletiva, fundamentalmente porque o indivíduo já não é o sujeito da política, mas “sujeitado” por ela. Por que o sujeito perde a centralidade no poder e passa a ser “violentado” por ele? Por que o poder não serve mais ao cidadão, mas o submete violentamente e meio a uma lógica tecnocientífica em nome da máxima eficiência da administração pública? (ROCHA, 2008, p. 64).

Para que se possa efetivar na prática os direitos sociais albergados no Texto Constitucional urge a criação de um Judiciário comprometido com o bem estar da sociedade, atuando para que o indivíduo seja livre e consciente de seus deveres e direitos, jamais um escravo do sistema, oprimido pela estrutura política e jurídica.

O corpo de magistrados deve observar a gritante pobreza existente no país, fruto de uma injusta distribuição do produto nacional. Essa pobreza pode ser combatida se os magistrados se propuserem a seguir as determinações constitucionais:

O fim da Segunda Guerra Mundial representou um marco histórico na evolução do Direito Constitucional, na medida em que se verificou a necessidade de se consolidar uma justiça constitucional autônoma e capaz de por fim a eventuais conflitos sociais, conflitos entre os poderes e também zelar pela preservação e aplicação das normas constitucionais, especialmente, às relativas aos direitos e garantias fundamentais (SILVEIRA, et al., 2011, p. 316).

A dúvida que emerge ante a ineficiência do Judiciário é saber quais seus reais interesses, pois é incabível que os juízes em sua atividade judicante desconheçam a realidade política e socioeconômica brasileira.

Tal questionamento é pertinente à medida que temos um Judiciário que pratica uma interpretação estritamente legalista, reduzindo as possibilidades do Direito, e desconsiderando a autonomia da vontade em face de uma crescente onda de contratos de adesão, fruto do império capitalista que impõe sua vontade a todos os setores da sociedade.

Não se considera as desigualdades sociais e regionais, a hiper taxa de juros dos bancos e os baixos salários do trabalhador, convertendo-se muitas vezes numa estrutura jurídica ideológica pronta a conformar as massas.

O Judiciário, a depender de como atua no tocante à efetivação dos direitos sociais e aplicação dos princípios que respeitam hipossuficiência do cidadão comum, revela seu perfil, propósito, e à quem serve, se ao povo ou às estruturas do poder econômico:

[...] Como bem destaca Werneck Vianna, uma série de fatores necessitavam ser perscrutados perante a magistratura concreta com o fim de indagar qual o perfil do magistrado e até que ponto havia, de fato, a democratização da prática judicante. É preciso se indagar ‘para que’ e ‘a quem’ o Poder Judiciário está servindo (ROSA, 2006, p. 247).

Faz sentido, portanto a problemática hermenêutica e pragmática de se saber os deveres, poderes e verdadeiro papel dos juízes brasileiros, tendo em vista a injusta desigualdade social no país, os altos níveis de corrupção no erário e a constante evasiva do Poder Executivo ao amparar sua inércia de realização de políticas públicas no princípio da reserva do possível.

Destarte, a obrigação do magistrado não pode se limitar tão somente aos limites positivistas da lei ao argumento falacioso de segurança jurídica ou intervenção na esfera dos poderes. Imperioso que avance constitucional e ativamente quando se tratar de corrigir os desvios do Executivo e efetivar importantes direitos sociais.

No campo pragmático a baixa constitucionalidade e conseqüente falta de efetividade das normas fundamentais é resultado de um Judiciário descolado da realidade crítica e social. Tal realidade aponta para um papel extremamente simbólico, ideológico e retórico da Constituição Federal, bem como das instituições que com ela se relacionam.

O problema levantado dentro do contexto de uma ausência de efetividade dos direitos sociais permite concluir que na atual conjuntura a Carta Política e os poderes institucionais a ela imbricados funcionam mais como estruturas que legitimam o “statu quo” que instrumentos de desenvolvimento real. Porém, tendo em vista as prerrogativas recebidas da própria Constituição Federal e face à exigência de se configurar um Estado do bem-estar social, exsurge a premente necessidade de uma mudança de paradigma no modo do Poder Judiciário se relacionar com a Constituição Federal e com a sociedade.

Em virtude da previsão constitucional dos direitos sociais, bem como sua alta importância para a expansão das faculdades humanas e preservação da dignidade das pessoas; e considerando que deve haver em paralelo um desenvolvimento a fim de se criar as condições de materialização desses direitos – até porque ao se realizar os direitos sociais na medida de sua real possibilidade, também se fomenta o desenvolvimento – o Judiciário brasileiro precisa rever sua posição para um novo entendimento sobre a doutrina da efetividade.

No Brasil a atuação de um capitalismo que busca tão somente a produtividade e lucratividade e se esquece das demandas sociais, a concentração da renda acaba por criar diversas mazelas na sociedade, tais como fome, doenças, analfabetismo ou alfabetismo funcional, fomento da violência e criminalidade, subdesenvolvimento, dentre outras.

A divisão do país em dois “Brasis”, além de impor uma “subvida” ao cidadão e obstaculizar o progresso nacional, denota que na atualidade a Constituição Federal tem assumido um papel extremamente simbólico por causa de sua pouca efetividade.

Essa transformação da estrutura jurídica num mito social é fruto de um Judiciário descompromissado com a pauta constitucional, com a democracia e com o cidadão, o qual já se encontra desamparado pelos Poderes Executivo e Legislativo, se vê também esquecido pelo Judiciário, fato que faz irromper um vazio entre os Poderes e a sociedade.

As normas constitucionais que instituem os direitos fundamentais individuais e sociais possuem aplicabilidade imediata, de modo que o poder de decisão sobre sua efetivação não cabe ao Executivo por meio da alegação constante de inviabilidade econômica, tampouco se situa no nível decisório do magistrado em aplicar ou não, tratando-se, portanto, de um direito subjetivo do cidadão, o qual impõe ao Poder Público a obrigação de realizá-lo.

E, sendo o Judiciário o Poder que apesar de suas limitações e imperfeições, é o que mais se aproxima da população, impende cumprir com destemor e independência seu mister, impondo à Administração Pública uma obrigação de fazer, todas as vezes que esta for intencionalmente omissa, sem que isso implique no desrespeito à autonomia dos Poderes:

[...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo *haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade*, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo à determinada prestação social [...] (BAEZ, 2012, p. 494).

A harmonia e independência entre os Poderes da União é extremamente relevante à uma maior e substancial efetivação dos direitos sociais: o Executivo efetivando políticas públicas sociais e o Legislativo criando menos leis e pugnando por uma melhor atuação deste último ao fiscalizar seus atos; e o Judiciário primando por uma postura eficaz dos direitos sociais; tendo em vista o dever de cooperação entre os Poderes:

Da mesma forma, imprescindível, como bem aponta relevante doutrina, maior investimento na análise do perfil (e da capacidade) institucional do Poder Judiciário na esfera da promoção da justiça social e, portanto, a importância de se instaurar um autêntico diálogo institucional, que, por sua vez, passa pelo respeito ao princípio e correspondente dever de cooperação (BAEZ, 2012, p. 501).

Entretanto, visto a não ocorrência dessa útil e obrigatória cooperação institucional no campo prático, o Poder Judiciário – em especial o STF, pois é o guardião da Constituição – deve promover a justiça constitucional e resgatar a confiança da sociedade nas instituições. Por conseguinte, o pleno ajustamento do Poder Judiciário – o qual tem seu mérito em diversas questões – à uma perspectiva mais democrática, de forma a atender a expectativa social, é matéria que se impõe quando se fala em efetividade dos direitos sociais. Essa mudança de paradigma requer uma plena conscientização dos seus membros para que levantem a ponte entre os direitos formalmente proclamados e a realidade social concreta.

Paralelamente, é necessária uma movimentação mais intensa da sociedade civil no sentido de ocupar posições estratégicas nas estruturas do poder político e, assim, participar consciente e efetivamente de determinadas decisões que se relacionam com demandas sociais de alto relevo. Essa participação popular, pode inclusive, ser determinante para uma maior e real cooperação entre os Poderes da União.

O problema sobre a efetividade constitucional e a natureza das instituições que compõem os poderes da união

Noutro giro, a problemática que emerge é a seguinte: a Constituição e os Poderes da República representam no contexto nacional o fruto de árduas conquistas democráticas e reais instâncias a serviço do povo ou têm funcionado como instrumentos simbólicos e de dominação?

Em Face de tudo que foi exposto ao longo deste trabalho impende dizer que a resposta à tal indagação depende da conjugação de algumas variáveis. Mostrou-se que o Executivo e Legislativo tem criado por sua pífia atuação um verdadeiro antagonismo entre o Estado e a sociedade.

O Judiciário, por sua vez, situa-se no “limbo” da questão, haja vista que assumiu proeminência no cenário por causa da omissão e corrupção dos outros Poderes, atuando até energicamente como nos casos da judicialização da política e até do ativismo judicial, porém, essa atuação não é suficiente, pois suas deficiências mostram que há ainda, muito a se fazer.

As pessoas estão apostando mais no Direito em virtude de sua decepção com a Política, e assim, se espera que aquele cumpra uma função social, porém, tendo em vista a atual conjuntura, hermenêutica e posicionamento de juízes e tribunais, observa-se uma substancial ausência de eficácia social:

Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma “baixa constitucionalidade”, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira (STRECK, 2003, p. 285).

Sendo assim, a questão proposta deve ser respondida sob duas perspectivas: (1) se as normas constitucionais atingirem o mundo concreto de forma a alterar para melhor a realidade social das pessoas, têm-se que a Constituição está sendo respeitada como verdadeiro fator real de poder, e as instituições situando-se como estruturas voltadas ao bem estar coletivo; (2) porém, dada a falta de efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, conforme visto, a Constituição tem sido apenas um fator simbólico, de modo que as instituições como os Poderes da União, instâncias que monopolizam o poder e criam um antagonismo entre o Estado e a sociedade.

Destarte, nesta última perspectiva, as estruturas política e jurídica, bem como sua interpretação e aplicação funcionam como meios simbólicos de dominação e contenção das massas. Por trás da patente ausência de efetividade dos direitos mais essenciais à vida, subjaz uma vontade de manter o “statu quo”, como meio de permitir o uso do poder por aqueles que fazem das carências e misérias humanas sua plataforma de subsistência.

Tendo em vista a suma importância de uma Constituição para organizar o Estado, a solução é uma democracia mais participativa e efetiva, de modo que o povo possa decidir conjuntamente com os governantes a questões mais cruciais.

Conclusão

À guisa de arremate, percebeu-se que no Brasil o ativismo judicial é assunto controverso, pois a doutrina diverge quanto à sua natureza utilitária ao país, havendo que entenda ser benéfico e outros que o situam como um risco à separação e cooperação entre os Poderes da União, e conseqüentemente à democracia.

Destarte, devido à retração dos Poderes Executivo e Legislativo no que toca à sua omissão e níveis de corrupção, o Judiciário assumiu certo protagonismo, momento em que decidiu diversas questões polêmicas. Parte dessas decisões foram benéficas, outras não.

Entendeu-se que a atuação do Poder Judiciário na tratativa de assuntos de grande repercussão deve se dar apenas de forma excepcional, tendo em vista a falta de previsão constitucional específica, sob pena de se desequilibrar a balança dos Poderes e causar prejuízos à democracia.

De outro modo, a judicialização da política, por possuir previsão no Texto Magno, surge como importante instrumento para o Judiciário suprir a ausência de políticas públicas e efetivar importantes direitos sociais.

Ato contínuo, depreendeu-se que o princípio constitucional da eficiência, embora já presente no imaginário público, não é absoluto, e por não ser um fim em si mesmo, sua atuação depende da inter-relação com os demais princípios que tratam da obrigação da Administração Pública.

Viu-se que, tendo em vista que a eficiência é um juízo técnico e não axiológico, ela deve se submeter principalmente ao princípio da dignidade humana, pois a eficiência do Estado – e do Judiciário em particular – e a efetividade da norma constitucional visam exatamente desenvolver o potencial humano, criando uma sadia qualidade de vida à toda a sociedade.

Para a realização dos objetivos constitucionais requer-se certas condições materiais, momento em que se viu que os direitos sociais por sua intrínseca importância, e por serem direitos de todo o conjunto social não podem ser negados sob alegação do princípio da reserva do possível.

Restou óbvio que os recursos materiais existem, dada a posição brasileira no ranking das economias mundiais, e, portanto, é possível realizar gradativamente esses direitos, não podendo o Executivo ou o Judiciário decidir sua viabilização por mera argumentação. Assim, o desenvolvimento é necessário para concretizar os direitos, porém, ele também pode ocorrer concomitantemente e como consequência da eficácia concreta dos direitos sociais.

Nesse passo, analisou-se o perfil e capacidade do Judiciário em efetivar os direitos sociais negados pelo Executivo, depreendendo-se que, inobstante suas limitações e firme atuação em algumas questões de cunho social, ainda assim, permaneceu a ideia de que sua postura não está sendo suficiente para criar melhores condições de vida ao cidadão.

A hipótese de que sem aplicação prática da Constituição como técnica de efetivação de direitos sociais não há desenvolvimento real restou confirmada. A atuação do Judiciário e seu paradigma hermenêutico de interpretação e (não) aplicação da norma constitucional colaboram para sublinhar as profundas desigualdades sociais existentes no Brasil, fato que aponta para necessidade premente de se aumentar seu nível de constitucionalidade a fim de se reverter o quadro.

Concomitantemente, anotou-se que o povo precisa participar mais ativamente das decisões do Poder Público, pois, sendo o maior interessado nas mudanças políticas, jurídicas e socioeconômicas, e na qualidade de legítimo dono do poder, pode atrair a cooperação institucional dos poderes e implantar grandes reformas sociais.

Analisou-se também, uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil para efficientizar a Justiça, e depurou-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), possui o mérito de resolver inúmeros conflitos por meio de uma técnica de julgamento por amostragem.

Tendo em vista a cultura hiperlitigiosa do Brasil, o instituto em apreço pode ser de grande valia ao conferir maior celeridade no julgamento das lides que possuam controvérsias análogas, porém, o instituto por ser novidade precisa se adequar aos parâmetros constitucionais e à realidade brasileira, a fim de se alcançar os resultados pretendidos.

Sem embargos, o trabalho também teceu algumas breves considerações sobre alguns equívocos a respeito da morosidade processual no Brasil. A conclusão foi de que nem sempre a morosidade é maléfica, como nem sempre a rapidez é benéfica. Viu-se que, como a eficiência relaciona-se com a dignidade humana, pois prolatar sentenças é decidir sobre vidas, o processo precisa ser tratado com paciência e qualidade.

Ademais, na maioria das vezes o processo envolve uma série de complexidades que demandam tempo maior. E, de igual modo, a falta de estruturas adequadas, as proporções gigantescas do Brasil, somadas à hiperlitigiosidade indicam que o Judiciário não pode ser responsabilizado por toda e qualquer demora.

Enfim, face a todo o exposto, conclui-se que o Poder Judiciário tem potencial para se libertar de um modelo jurídico burocrático e ineficiente, porém, lhe cumpre assumir sua independência pragmática – tanto no que se refere à falta de colaboração dos demais Poderes, quanto de suas próprias ideologias – e se unir mais à sociedade.

Referências

- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 233-255, jan. 2017.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Unoesc, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. **Revista de Processo, São Paulo**, v. 271, p. 405-425, set. 2017.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 35 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, p. 25-44, abr./set. 1979.
- JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**. Filosofia e metodologia para o século XXI. Barueri: Manole, 2004.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Decisão de questão idêntica *versus* precedente. São Paulo: RT, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo, São Paulo**, v. 199, p. 83-99, set. 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça**: alguns mitos. Disponível em: <www.ablj.org.br/.../revista17%20%20JOSÉ%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREI...>. Acesso em 13 de janeiro de 2018.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- PAZ, Enrique Conejero. Globalización, gobernanza local y democracia participativa. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Alicante, n. 52/53, p. 13-31, 2005.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica**: para uma filosofia antropológica do direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesse como gênese do direito. 841f. Tese (Doutorado) – UNISINOS (PPG em Direito). São Leopoldo. 2018.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. **Justiça e [o paradigma da] eficiência**. São Paulo: RT, 2011.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. **Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI (Desenvolvimento nas Ciências Sociais: o Estado das Artes)**. Brasília: IPEA / CONPEDI, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.
- TOMAZ, Carlos Alberto Simões de et al. **Direitos fundamentais, democracia e governança**. Pará de Minas: Universidade de Itaúna, 2016.
- TÔRRES, Heleno Taveira et al (Coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.
- ZAIDAN, Alexandre Douglas. A sobrecarga do poder judiciário como instância decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos Juizados Especiais Federais Cíveis. **Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, a. III, n. 9, p. 1-180, mar./abr. 2011.
- ZANETI JR, Hermes. Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. **Inovações e modificações do código de processo civil**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.