

UMA ANÁLISE ACERCA DO PAPEL DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL, ANTES E DEPOIS DA PANDEMIA DE COVID 19: A JUDICIALIZAÇÃO É UMA SOLUÇÃO?

AN ANALYSIS OF THE ROLE OF SOCIAL SECURITY IN BRAZIL, BEFORE AND AFTER THE COVID 19 PANDEMIC: IS JUDICIALIZATION A SOLUTION?

Érika Rubião Lucchesi¹

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini²

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia³

RESUMO

Em que pese a evolução no tocante aos direitos fundamentais, ainda encontramos dificuldade para dirimir conflitos entre direitos fundamentais, causado pelo emprego exacerbado e com forte carga de interpretação acerca do alcance de tais direitos. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é, sem sombra de dúvida, uma grande conquista, no que tange a tutela dos cidadãos e a imposição de limites ao poder do Estado, assim como a imposição de obrigações de fazer, visando a concretização das previsões constitucionais. Contudo, este mesmo Princípio, diante de sua banalização e uso equivocado, acaba fomentando um incômodo conflito, ou seja, garante o acesso a qualquer pessoa ao Poder Judiciário, porém, contribui para manutenção de uma demanda praticamente impossível de ser atendida. Uma

¹ Doutoranda e Mestre pela UNAERP – Direito Processual Civil – Direitos Difusos e Coletivos. Especialista pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professora Universitária, na Unaerp. Oficial registradora no Estado de SP. Email: erlucchesi@unaerp.br

² Possui graduação em Enfermagem pela Universidade de São Paulo (1986), graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1991), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação e dos programas de Doutorado e Mestrado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. fzanferdini@unaerp.br

³ Doutora em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Ribeirão Preto/SP; Mestre pelo Programa Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Ribeirão Preto/SP; Especialista em Direito Empresarial pelo Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw SP (2010); Árbitra na Câmara de Mediação e Arbitragem de Ribeirão Preto desde 2020 - CMARP e Graduada pela Universidade de Ribeirão Preto/SP (2006). ADVOGADA (atuante desde 2006 - OAB/SP 257.631) nas áreas relativas ao Direito Empresarial; por meio do escritório Rivalta de Barros desde julho de 2020. DOCENTE de Direito na Universidade de Ribeirão Preto/SP - UNAERP das matérias de Direito Empresarial, Processo Civil, Processo Coletivo e Teoria Geral do Processo; do Programa de Pós-graduação em Direito Empresarial e Processo Civil da EBJUR, de Direito Societário aplicado à Área da Saúde pelo IPEBJ na Pós-Graduação em Direito Médico e de cursos pela Escola Superior de Advocacia (ESA) em Ribeirão Preto/SP. E-mail: fmattaraia@unaerp.br

cultura da lide, contrária a tendência mundial da mediação, também contribui para um aumento acima do bom senso na busca pela tutela jurisdicional. A Pandemia de COVID 19 apenas escancarou essa realidade, comprovando que a seguridade social, pela natureza de direito fundamental, e por seu papel deveras importante na manutenção do Estado de Direito, tem sido cada vez mais impactada, seja na conduta do INSS, seja nas decisões judiciais concedendo benefícios.

Expressões-chave: Seguridade Social; Morosidade do Judiciário; Direitos Coletivos; Celeridade.

ABSTRACT: Despite the evolution with regard to fundamental rights, we still find it difficult to resolve conflicts between fundamental rights, caused by exacerbated use and with a strong burden of interpretation about the scope of such rights. The principle of inalienable jurisdictional control is, without a doubt, a great achievement, in terms of protecting citizens and imposing limits on State power, as well as the imposition of obligations to do, with a view to fulfilling constitutional provisions. However, this same Principle, given its trivialization and misuse, ends up fostering an uncomfortable conflict, that is, it guarantees access to the Judiciary for anyone, however, it contributes to maintaining a demand that is practically impossible to be met. A culture of litigation, contrary to the world trend of mediation, also contributes to an increase above common sense in the search for judicial protection. The COVID 19 Pandemic only opened this reality, proving that social security, due to the nature of a fundamental right, and due to its very important role in maintaining the rule of law, has been increasingly impacted, whether in the conduct of the INSS or in the court decisions granting benefits.

Expressions Tags: Social Security; Slowness of the judiciary; collective process; Celerity.

1 INTRODUÇÃO

O exercício da cidadania está ligado à fruição de direitos garantidos no ordenamento jurídico pátrio e nos demais ordenamentos que tutelem a pessoa humana, assim como está intimamente conectado ao respeito aos direitos dos demais cidadãos.

Em um cenário de crescente acesso a informação, é inegável que a sociedade tem tido uma participação mais ativa em questões de interesse da coletividade, em que pese ainda estejamos longe do ideal de participação coletiva capaz de realmente influir na condução dos rumos da sociedade.

O Poder Judiciário desempenha papel crucial nessa jornada rumo a uma sociedade participativa, com voz efetiva, em que seja possível usufruir plenamente dos benefícios da cidadania.

Cada vez mais esse órgão vem sendo inserido em questões pontuais, com decisões de alcance coletivo, rompendo a redoma da individualidade que ainda impera em nosso sistema processual.

Temos como direito fundamental o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que permite a participação do Judiciário em praticamente todas as situações, desde que provocado pelos cidadãos.

Entretanto, esse mesmo princípio, gravado no texto constitucional como um direito fundamental, cláusula pétrea, e, portanto, inafastável, dá supedâneo a um incômodo conflito.

Conflito este que se apresenta evidente quando verificamos a quantidade de acessos ao Poder Judiciário, asoberbando as pautas dos magistrados por todo o país, causando uma gigantesca morosidade, que afeta a imagem do sistema judicial brasileiro.

No tocante à seguridade social, em especial no período recortado nesta pesquisa, ou seja, o início e o aparente término da epidemia que atingiu o globo, muitos fatores inseriram o Judiciário em questões pontuais, a exemplo da incapacidade em implementar a tele perícia, essencial em momento de cerceamento de locomoção.

Tal ato gerou uma demora excessiva na análise e concessão de benefícios essenciais para a manutenção da vida dos cidadãos. Em suma, a coletividade foi prejudicada, e não há dúvidas disso.

Evidente que a morosidade não é culpa exclusiva da enorme carga de pedidos submetidos à apreciação do INSS, e conseqüentemente do Judiciário, existindo, também, questões administrativas e carência de recursos humanos, problemas com a legislação processual e a cultura do inconformismo.

O fenômeno hipergarantismo caracteriza-se por uma valorização excessiva das garantias e direitos dos cidadãos, e de um “esquecimento” sobre os deveres. Tal terminologia era associada apenas ao Direito Penal, em uma corrente extensiva do garantismo.

Qual o motivo de explanar brevemente sobre o hipergarantismo: simples, boa parcela dos pedidos é feita de informa incompleta, além de o INSS ter que combater um histórico relevante de fraudes e tentativa de burlas, o que torna o processo mais rigoroso, visando a transparência com os valores destinados ao INSS.

Resumindo, há uma febre de direitos e garantias, mas pouco se fala em deveres e responsabilidades coletivas. Junta-se a isso uma visão individualista da sociedade, além do fomento a uma malfadada indústria de indenizações.

Esses fatores somados promovem um resultado perigoso, ou seja, na mesma medida em que o acesso ao Judiciário é um dos principais mecanismos de promoção da cidadania, em sentido contrário, uma demanda acima do bom senso impede que a prestação da tutela jurisdicional seja materializada em tempo razoável.

Princípios que visam garantir a promoção da cidadania, Seguridade e inafastabilidade, abrem uma fissura na eficácia dos processos administrativos e das decisões judiciais, em razão do lapso temporal absurdamente dilatado.

A adequação das lides ao modelo do processo coletivo configura uma importante alternativa no combate a viés individualista que está impregnada na sociedade e que tem contribuído para o amontoado de processos que ainda aguardam a análise dos magistrados.

Diante do exposto, por meio do método hipotético-dedutivo, o presente trabalho visa analisar e refletir sobre essa situação que afeta seriamente a segurança jurídica brasileira, impedindo a concreção da cidadania.

2 A PANDEMIA DE COVID 19 E A EXPLOÇÃO DE DEMANDAS QUE ENOLVEM A SEGURIDADE SOCIAL

No início de 2020, a pandemia de covid 19 surpreendeu boa parte do mundo. Autoridades sanitárias não foram surpreendidas, pois esses fenômenos são cíclicos, a exemplo da gripe espanhola. Inclusive, esse foi um fator comparativo para nos mostrar um cenário futuro em que isso certamente ocorreria, em magnitude igual ou superior.

Contudo, os sistemas de saúde, em aspecto global, não estavam preparados, assim como a Seguridade social, cujo papel está delimitada claramente na Constituição Federal Brasileira: “a seguridade social estabelece que todo cidadão brasileiro tem direito à proteção social do Estado, por meio dos pilares da **Saúde, Previdência e Assistência Social**”. (grifo nosso).⁴

Colapso na saúde, desemprego, que afetou seriamente a previdência social, e logicamente o impacto imensurável na capacidade do Estado em prestar a assistência social.

Os três pilares comprometidos!

Avançando um pouco no tempo, e sem delinear todos os acontecimentos a pandemia, vamos analisar, ainda que de forma breve, os impactos hoje enfrentados pelo Judiciário Federal.

Com base em dados, Tatyane Portes Lantier, em seu artigo intitulado “Auxílio por doenças psicológicas cresce durante a pandemia”, aponta para um cenário, no mínimo, preocupante:

De 2019 para 2020 houve aumento de 29% na concessão de auxílio-doença para doenças relacionadas a transtornos mentais e comportamentais. Apenas no primeiro semestre de 2021, foram mais de 108 mil benefícios concedidos para trabalhadores com transtornos mentais e comportamentais, segundo dados do Ministério do Trabalho de Previdência. Segundo o mesmo levantamento, entre os transtornos mais comuns estão: ansiedade, bipolaridade, depressão, esquizofrenia, estresse pós-traumático, fobia social e pânico.⁵

Em recente reportagem, na Folha de São Paulo, cujo título é: INSS contrariou lei ao não implantar perícia remota na pandemia, diz TCU”.⁶

A reportagem ainda menciona que foi descumprida a lei, e que a não utilização da perícia online gerou o represamento de 600 mil processos administrativos, e cerca de 200 mil processos na esfera do Judiciário.⁷

Em argumentação, o Ministério da Economia apresenta um curioso argumento, que retrata a posição do Estado, que nos parece clara ao afirmar que a judicialização “atrapalha” os processos administrativos no INSS. “A judicialização impacta os fluxos de trabalho do INSS e, muitas vezes, acarreta concessão de benefício a partir de decisão judicial.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República Casa Civil-Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28 ago 2023.

⁵ Lantier, Tatyane Portes. Auxílio por doenças psicológicas cresce durante a pandemia. In JornalJuridi. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/auxilio-por-doencas-psicologicas-cresce-durante-a-pandemia>>. Acesso em 27 ago 2023.

⁶ INSS contrariou lei ao não implantar perícia remota na pandemia, diz TCU. In Folha Uol. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/05/inss-contrariou-lei-ao-nao-implantar-pericia-remota-na-pandemia-diz-tcu.shtml> Acesso em: 27 ago 2023.

⁷ Idem.

Nessas situações, a concessão ocorre em fluxo diverso daquele definido para a execução da política pública”.⁸

Segundo Paulo Afonso Brum Vaz, em seu artigo “A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retração judicial”:

O testemunho mais evidente da judicialização da Previdência Social está em que as concessões na via judicial têm aumentado consideravelmente. Para alguns benefícios, oito (8) entre dez (10) segurados obtiveram o benefício judicialmente. Esse reflexo da judicialização, tal como ela mesma, revela uma patológica inversão dos papéis funcionais do INSS e do Poder Judiciário.⁹

Como mencionado anteriormente, não é o objeto do presente estudo dissecar todos os efeitos da pandemia sobre a seguridade social, mas sim apontar para as consequências disso na sociedade, por meio da transferência da cadeia de decisões, da esfera administrativa para a esfera judicial.

3 CARACTERÍSTICAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.

O termo “acesso à justiça” é intimamente vinculado aos direitos humanos. No Brasil, o acesso a justiça está conectado de maneira umbilical com o acesso ao Judiciário, que, em tese, estaria encarregado de promover a justiça. Ocorre que nem sempre o acesso ao órgão jurisdicional garante a efetiva prestação de uma tutela justa.

Esse fenômeno da falta de eficácia ocorre, também, em razão da dificuldade de acesso aos setores administrativos, também responsáveis pela promoção da justiça. Nem todas as situações deveriam ser resolvidas pelo Poder Judiciário, bastando um eficiente labor do executivo, em esferas administrativas, propiciando ao cidadão a resolução de suas queixas, ou proporcionando o cumprimento das normas constitucionais programáticas.

Tal eficácia não ocorre, fomentando então uma demanda por “justiça”, muito acima do bom senso, praticamente impossível de ser atendida.

Ao longo da história brasileira esse acesso não foi tão amplo como é hoje.

A questão do acesso ao Judiciário está relacionada ao regime de governo adotado pelo Estado. Portanto, em um regime democrático esse acesso é bastante amplo.

O art. 1º da Constituição Federal positiva a existência do Estado Democrático de Direito, submetendo seus agentes públicos à lei, e à vontade popular. O fato de, pelo menos na esfera do dever ser, o Estado ser Democrático de Direito, difere muito da realidade enfrentada pelo Brasil, em que o direito deveria ser democratizado e materializado.

Hodiernamente ouvimos o termo igualdade, como se este fosse o estandarte de nossa constituição, que outrora primou pela liberdade.

⁸ Judicialização de Benefícios Administrados pelo INSS (previdenciários e assistenciais). In Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmappoliticas/area/assistencia-e-previdencia-social/gastos-diretos/judicializacao-inss>> Acesso em 27 ago 2023.

⁹ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. Judicialização contra o INSS. 2019. Apud VAZ, Paulo Afonso Brum. A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retração judicial. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2174#_ftn6><http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFEE_Arrazoadado_Tcnico_Judicializacao_INSS_.pdf>. Acesso em: 20 ago 2023.

Por óbvio que recai sobre o Judiciário a promoção da igualdade, ausente nas demais esferas do poder estatal.

Em países menos desenvolvidos, os obstáculos ao acesso dos indivíduos aos órgãos jurisdicionais são provocados por problemas entre os órgãos estatais responsáveis administração da justiça.

É certo que a Constituição Federal lançou sobre os ombros do Judiciário a competência para promover a justiça, quando aplica o direito aos casos concretos. Neste ponto contemplamos o cerne do presente trabalho, ou seja, a banalização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Uma corrida em busca de justiça ocorre neste momento, e o Judiciário está encarregado de promover tal justiça, muitas vezes de forma solitária.

No tocante a realidade brasileira, a palavra acesso é entendida de maneira ampla, não tratando apenas da possibilidade e da facilidade em acessar o Judiciário, mas também do exercício da função jurisdicional, eficiente e regular (segura).

Cappelletti apresenta práticas que auxiliam no acesso à justiça, e denominou tais práticas de ondas.¹⁰

A primeira onda seria o aperfeiçoamento da Assistência Judiciária como instrumento de defesa, em juízo, dirigida àqueles que não possuem recursos para arcar com as custas de um processo, sendo esta primeira onda a mais clara e simples, pois esta ferramenta tem o objetivo de amenizar a demanda das pessoas menos favorecidas, propiciando assistência judiciária de qualidade.

A segunda onda tem o condão de privilegiar o interesse de agir, outrora desestimulado pelo pequeno valor das causas, já que poucos se atreviam a encarar os altos custos de um processo. Nesse cenário de recursos escassos por parte dos litigantes, mostra-se essencial a promoção às instituições responsáveis pela defesa dos interesses transindividuais, os difusos, coletivos e os individuais homogêneos. Aliás, foi com o CDC que a pormenorização de tais direitos ganhou um corpo, sendo este instrumento legislativo considerado da mais alta relevância na tutela dos direitos coletivos.

A terceira onda apresenta uma visão do acesso à justiça mais moderna, ampla, eliminando a restrição de acesso ao Poder Judiciário, porém, aponta como solução para os conflitos a conciliação e a arbitragem.

Como visto, as citadas três ondas se encaixam na realidade brasileira e no que consideramos um real acesso à justiça, porém, por tudo o que foi dito, possuímos sim o acesso ao judiciário, mas nem sempre o acesso à justiça.

4 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.

Como dito anteriormente, o acesso ao Poder Judiciário se reveste da mais alta importância no rol dos direitos fundamentais, encontrando previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV:

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

¹⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Obviamente que o mencionado princípio alcançou este status após um duro e negro período de ditadura. A própria disposição dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988 é uma clara amostra de tal mudança de visão. A pessoa humana ocupou uma posição nova no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal evolução evidencia uma das características dos direitos fundamentais, ou seja, a historicidade. Nenhuma das conquistas ocorreu isoladamente, sendo fruto de batalhas e debates ao longo da história. A humanidade aprendeu com seus erros e evoluiu com seus sucessos.

Contudo, nem mesmo a positivação maciça de direitos humanos fundamentais na Constituição Federal foi capaz de garantir o pleno exercício da cidadania, que, aliás, encontra o seu conceito intimamente atrelado ao exercício dos direitos políticos. Conceito que se mostra insuficiente na delimitação de tão importante atributo da sociedade.

No entendimento de Jose Jairo Gomes, direitos políticos são “as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado.”¹¹

Portanto, é comum ouvir e ler que para ser cidadão é preciso estar com sua capacidade eleitoral ativa regularizada, ou seja, há o entendimento que os eleitores são cidadãos, em uma aparente exclusão dos demais.

Em tempos de universalização de direitos humanos, não podemos deixar de mencionar o importante caráter humano da garantia de acesso a justiça, sendo considerado um direito humano de segunda dimensão.

Sobre o tema, a obra de Danniela Annoni esclarece:

Estudar a percepção e evolução dos Direitos Humanos dentro da sociedade é o caminho para se aprofundar a compreensão das relações entre justiça e cidadania e, a partir disso, entendendo sua trajetória evolutiva, não mais conceituá-los como apenas direitos do cidadão, mas como direitos humanos anteriores ao Estado e inerentes a todo o ser humano.¹²

Fruto de constantes evoluções e contínuo reconhecimento, os direitos humanos ganharam força com o surgimento do Estado Democrático de Direito, cuja definição que melhor se encaixa no presente trabalho é a de que um Estado balizado por ordenamentos jurídicos estáveis e que contemplem garantias aos cidadãos se mostra a melhor forma de conter o arbítrio estatal, propiciando a verdadeira liberdade ao cidadão.

Liberdade que está intimamente ligada ao exercício da autonomia, defendida por Emanuel Kant, sendo considerado livre àquele que possui a liberdade de escolher os rumos de sua vida. Os ideais de Kant afrontam o pensamento de Aristóteles, já que este considerava que em uma sociedade as pessoas nasciam com papéis pré-determinados.¹³

Por óbvio que vivemos em tempos diferentes, e que tais pensamentos e conceitos são incapazes de mensurar a importância e a abrangência da palavra cidadania. Hodiernamente, podemos mencionar cidadania como um conjunto de direitos e deveres que insere a pessoa humana na vida política e econômica do país em que vive.

¹¹ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p.4.

¹² ANNONI, Danielle. O Direito Humano de Acesso a Justiça no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008, p.30.

¹³ SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013, p. 248-249.

No Brasil, mesmo existindo alguns instrumentos de participação no processo democrático, como o Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular, ainda estamos distantes de uma participação efetiva na condução da coisa pública e nos assuntos de interesse coletivo.

Como dito, ainda é tênue a participação popular na condução dos rumos do país. Obviamente que tal falta de participação não é resultado exclusivo da falta de instrumentos. Na verdade, os instrumentos, em que pese serem restritos e aparentemente pouco acessíveis, existem e estão a disposição de qualquer cidadão. Como exemplo, a ação popular, que visa combater a lesão ao patrimônio público, cuja sucumbência sequer é imputada ao impetrante, salvo os casos de má fé.

Ocorre em elevado grau um desinteresse social pelos assuntos coletivos. Então, em um cenário de pouca participação, é natural que surjam insatisfações e descontentamentos com a condução de políticas públicas implementadas.

Vivemos em um misto de democracia direta e semidireta, representativa em sua maioria, e direta, nos casos de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Ocorre que o acesso aos representantes eleitos nem sempre é tarefa fácil, recaindo sobre os ombros do cidadão a sensação de que estão abandonados e sem defensores de seus direitos.

Em importante texto, Roberto Amaral defende a morte da democracia representativa, elegendo a democracia participativa como o caminho para o exercício pleno da cidadania. Para tal, faz uso do pensamento de Rousseau:

A crítica rousseauiana aos institutos de representação revela-se nos dias de hoje como irretorquível, e os óbices que chegara a admitir (Considerações sobre o governo da Polônia) à democracia direta nos grandes Estados revelam-se demolidos pelas modernas tecnologias da comunicação e da teleinformática. De outra parte, parece inquestionável o fracasso da democracia representativa – como supomos será demonstrado na sequência –, com seu rosário de vícios e fraudes, ilaqueando a vontade mandatária, transformando o povo em povo-objeto, destruindo o povo-real, o povo legítimo, titular da soberania.¹⁴

Dificuldade de acesso e descrédito gravitam em torno do Legislativo, remetendo os cidadãos diretamente ao único órgão do poder estatal considerado realmente acessível, o Poder Judiciário.

Importante frisar o papel concretista desempenhado pelo Judiciário no tocante a materialização dos direitos inerentes a plena fruição da cidadania.

O acesso às escolas, leitos hospitalares e medicamentos de alto custo são alguns exemplos de intervenções que aproximam a pessoa humana do ideal da cidadania plena.

Embates jurídicos ocorrem entre os que consideram tais intervenções positivas, e entre os que consideram a atitude do judiciário ativista e invasora. Sobre o tema, em recente artigo publicado pela Revista dos Tribunais – Direito Constitucional e Internacional, a celeuma que envolve o a atuação do Poder Judiciário foi pormenorizada:

Certamente a sociedade recorre ao Judiciário, em sua grande maioria, por ver seus direitos fundamentais serem desrespeitados. Questões que poderiam ser resolvidas em um amplo debate na sociedade com a participação dos legitimados e de todos os interessados são submetidas à apreciação do Poder Judiciário.¹⁵

¹⁴AMARAL, Roberto. A Democracia representativa está morta; viva a democracia participativa! In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p.20.

¹⁵COSTA, Kerton Nascimento; LEHFELD, Lucas de Souza. A intervenção do Poder Judiciário na Administração do Recursos Destinados à Garantia do Direito Coletivo à Saúde: Ativismo ou Concretismo

No texto, foi mencionado a problemática acerca da falta de legitimidade do Judiciário resolver questões que estariam fora de suas atribuições típicas:

Tal atitude não reflete exatamente uma confiança na melhor solução para os conflitos que surgem, mas sim se mostra a única alternativa para os cidadãos que não tem a quem recorrer e uma atraente alternativa para aqueles que “perdem” as disputas no cenário político.¹⁶

Por fim, é lançada luz sobre uma grave questão que permeia a sociedade:

Evidencia-se uma imensa crise que abate a sociedade brasileira, qual seja, a crise de legitimação dos poderes, pois os membros do Poder Judiciário não são eleitos, não são escolhidos pelo povo. Isso não diminui a legitimidade fornecida pelo estado para que aqueles tomem decisões importantes, longe de se afirma isso. Ocorre que essas decisões, sem o cunho legitimados do voto popular, geram questionamentos cada vez mais intensos.¹⁷

Ocorre que, a inserção do Judiciário em diversas situações tem simplesmente o supedâneo do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Apesar da vital importância do aludido princípio, notamos que este da causa à submissão de qualquer assunto a apreciação do Poder Judiciário, gerando uma sobrecarga do sistema judicial, afrontando outro ditame constitucional, a saber, o texto inserido por meio da emenda constitucional 45/2004, o inciso LXXVIII do art. 5º:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É fato que existe no Brasil uma cultura da lide, ou seja, litigar é a regra.

Contudo, hodiernamente nos deparamos com queixas e prejuízos causados pela demora na prestação da tutela jurisdicional.

Como mencionado anteriormente, existe no Brasil a cultura do litígio. Existe também, e esta é certamente mais nociva que a mera vontade de litigar, a cultura protelatória.

Cultura essa que realça a ausência de uma tutela jurisdicional satisfatória e dentro de um prazo razoável.

Apesar dos esforços em combater as diferenças econômicas quando o assunto é o acesso a justiça, não há como negar que um elevado poder econômico pesa muito na balança, quando do outro lado encontra-se um simples cidadão.

O sistema recursal parece um emaranhado sem fim, lançando a sociedade em um mar de descrédito e decepção.

Outro ponto relevante para a lentidão que assola o sistema judicial é a aparente má vontade em solucionar conflitos pelas vias administrativas ou extrajudiciais.

Isso talvez explique o motivo de tanta resistência na adoção de resoluções de conflitos por meio de mediações e conciliações e a prática recorrente das administrações

Judicial? In Revista **de Direito Constitucional e Internacional** 2013. Ano 21- 85 – Outubro – Dezembro – 2013. p.42.

¹⁶Id. Ibid. loc. cit.

¹⁷COSTA, Kerton Nascimento; LEHFELD, Lucas de Souza. Id.p.42.

públicas que indeferem pedidos justos, fomentando uma desnecessária busca pela tutela jurisdicional.

Não há no presente trabalho uma crítica ao amplo acesso ao Judiciário, mas sim uma crítica a falta de um filtro que permita um acesso dentro dos limites do bom senso.

5 É PERTINENTE A RESTRIÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO?

A pergunta é polêmica, não há dúvidas. Limitar o acesso ao Poder Judiciário soa como restrição de um direito fundamental da mais alta relevância.

É entendimento pacífico que os direitos fundamentais só devem sofrer restrições em último caso. O professor João Trindade Cavalcante Filho esclarece que:

[...] a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Segundo a jurisprudência alemã, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade – que se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – é parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁸

Mas e quando o exercício de um direito fundamental atrapalha o exercício de outros direitos fundamentais?

Mencionamos anteriormente que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem contribuído consideravelmente para a sobrecarga do Judiciário.

Como é de conhecimento geral, o lapso temporal entre a petição inicial e o trânsito em julgado de uma questão submetida a apreciação do Poder Judiciário é longo e desgastante, e mesmo depois da decisão proferida, não há garantia de que a parte vencedora na lide alcance seus objetivos, ou que esteja em condições de usufruir do direito tutelado.

Os altos números de lides individuais, transformadas em processos, acabam assobrando os tribunais, impossibilitando que a tutela jurisdicional seja prestada em um lapso temporal razoável.

Esse é um problema do cotidiano jurídico, e o processo coletivo, como peculiar regime jurídico da coisa julgada coletiva, é uma alternativa atraente para a resolução dessa morosidade, diminuindo os riscos de decisões conflitantes, dos gastos excessivos oriundos dos inúmeros processos individuais, da litigiosidade contida e da pouca efetividade das decisões em processos individuais.¹⁹

Em entrevista concedida em 21/10/2012, ao site Consultor Jurídico²⁰, a processualista Ada Pellegrini Grinover fala sobre a questão da morosidade e do excesso de

¹⁸ Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 jan 2014.

¹⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, op. cit. p. 10.

²⁰ Se o CPC ficar como está, melhor não sair. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-out-21/entrevista-ada-pellegrini-grinover-processualista>> Acesso em 13 jan 2014.

questões submetidas à análise do judiciário, que poderiam ser resolvidas no âmbito administrativo. Realça também a temática do processo coletivo, como forma de promover a celeridade processual. Ao mencionar o novo projeto do CPC, a autora fala sobre a mediação na audiência, realçando sua importância e atribuindo este papel a figura do mediador, em consonância com a resolução 125 do CNJ:

A tentativa de mediação e a audiência de conciliação devem ser obrigatórias. Assim, a parte tem, pelo menos, a oportunidade de conhecer essas novas técnicas, e pode escolher uma delas. Conseguimos, nessa última reunião, que ainda que uma das partes diga que não está interessada na audiência de conciliação, a audiência acontecerá. Mas se as duas partes disserem que não estão interessadas na audiência de conciliação, começa o prazo para defesa.

Nós temos a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu e regulamentou a mediação e a conciliação judiciais. Elas devem ser mediadas por terceiros facilitadores com capacitação mínima para exercerem a sua função. Não deve ser o juiz, como constava no primeiro projeto do Senado.

O projeto prevê o incidente para julgar uma causa só e aplicar o julgamento as outras, mas nós queríamos a possibilidade de transformação de ações individuais em uma ação coletiva. Então, nós introduzimos dois dispositivos no novo texto: quando há repetição de diversas ações individuais com o mesmo objeto, o juiz notifica aquele que pode ajuizar uma Ação Civil Pública. Se ele quiser, a Ação Civil Pública vai absorver as ações individuais. E mais, quando se tratar de uma ação individual, que na verdade tem efeitos coletivos, como, por exemplo, nos casos de telefonia, o juiz transforma a ação individual em processo coletivo — já que ele vai ter que atingir da mesma maneira a todos que se encontram na mesma situação jurídica.

A importância e a necessidade do uso do processo coletivo lança sobre nossos ombros importante tarefa, ou seja, a de expor e discutir os efeitos desta forma coletiva de enxergar as lides, além de fomentar a utilização de tão importante ferramenta, que, em que pese a morosidade do Poder Judiciário, gerada, também, pelos milhares de processos com viés individualista, ainda tem sido pouco utilizada e encontra-se carente de uma regulação adequada, por meio do Código de Processo Civil Coletivo²¹, estancando a adaptação de lides coletivas ao molde individualista que impera no CPC vigente.

O Código de Defesa do Consumidor configura elemento de unificação e sistematização do processo coletivo que é tratado como um microsistema, já que ante a falta de regulamentação específica, utiliza-se um sistema integrado das leis coletivas, como por exemplo, CDC, LACP e LAP²².

Antes ocorria um regramento para cada tipo de ação coletiva. Os art. 83 e 103 do CDC nos permitem afirmar que houve uma tentativa de unificação do regime jurídico da coisa julgada, pois ainda que existam outros dispositivos que regulam a matéria, é no CDC que encontramos o ordenamento geral da coisa julgada coletiva, onde encontramos os conceitos dos direitos coletivos e o regime jurídico da coisa julgada.

Nos direitos coletivos os efeitos da coisa julgada também são imutáveis, porém com peculiaridades, se comparados ao processo civil individual. A coisa julgada que se

²¹Código de Processo Civil Coletivo é alvo de batalha judicial entre Antonio Gidi e Ada Pelegrini Grinover, portanto, sem previsão para sua implementação.

²²Vale lembrar que o art. 21 da LACP determina que as regras processuais do CDC são aplicáveis aos processos coletivos em geral.

formará na ação coletiva será determinada pelo tipo de decisão judicial e da fundamentação adotada como razão de decidir.

Portanto, no tocante aos direitos difusos, caso a sentença seja pela extinção do processo sem resolução do mérito, a coisa julgada será meramente formal. Insta salientar que o referido julgado não inviabilizará a repropositura da demanda coletiva por qualquer co-legitimado, nem tampouco afetará as ações individuais dos interessados.

Na hipótese de a decisão judicial ser pela improcedência do pedido por insuficiência probatória, a coisa julgada será, também, meramente formal, não inviabilizando a repropositura da demanda por qualquer co-legitimado ou interessado.

Se, no entanto, a decisão judicial for pela improcedência da demanda, por motivo diverso da insuficiência probatória, a coisa julgada será material, no que diz respeito ao plano das ações coletivas, e não haverá coisa julgada no que se refere às ações individuais.

Por derradeiro, no caso de a sentença ter declarado a procedência da ação coletiva, a coisa julgada que se formará será material, em ambos os planos, ou seja, no coletivo e no individual. Na ocorrência deste tipo de coisa julgada, a extensão subjetiva do julgado coletivo se dará *erga omnes*, atingindo toda a coletividade, justamente por se tratar da tutela de direitos indivisíveis cuja titularidade não se pode determinar.

A coisa julgada que se forma nas ações que visam à tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* não difere muito daquele tratamento previsto para as ações que buscam à tutelados direitos difusos, porém, afeta a número restrito de pessoas, restrito a grupo, classe ou categoria. O regime jurídico da coisa julgada neste tipo de ação é regulamentado pelo inciso II do art. 103 do CDC, que afirma que a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81.

O que difere a coisa julgada nas ações que visam à tutela dos coletivos *stricto sensu*, em relação àquelas que buscam a defesa dos direitos difusos, é a ampla extensão subjetiva do julgado coletivo. Nos direitos difusos a extensão do julgado se dá *erga omnes*, e nos direitos coletivos *stricto sensu* a extensão se dá *ultra partes*, limitando-se aos membros do grupo, classe ou categoria substituídos pelo autor ideológico. Portanto, o regime jurídico da coisa julgada atinente aos direitos difusos, igualmente se aplica aos direitos coletivos *stricto sensu*, de maneira que a autoridade da coisa julgada, nesta hipótese, tanto em relação à sua formação quanto à sua extensão, também será *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Já nas ações coletivas que almejam à tutela dos direitos individuais homogêneos, a disciplina encontra-se positivada no art. 103, III do Código de Defesa do Consumidor, diferindo daquela prevista para os direitos difusos e coletivos. O mencionado inciso dispõe que, na hipótese de direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

O conceito *erga omnes*, neste caso, abrange todos os titulares desses direitos, que também serão atingidos favoravelmente pela coisa julgada, que não estará limitada a determinado grupo de pessoas, nem tampouco aos limites territoriais do órgão judicial que tenha proferido a decisão, sendo capaz de estender os seus efeitos, de tal maneira que possa atingir qualquer interessado que seja titular de um direito, cuja origem seja homogênea, ou comum, àquele que foi discutido na ação coletiva.

Devemos ainda mencionar, com relação à coisa julgada nas ações coletivas, a possibilidade do transporte da coisa julgada *in utilibus*,

[...] que é a possibilidade de aproveitar os efeitos de uma sentença transitada em julgado em favor de uma pretensão que não foi deduzida no mesmo processo, bastando, para tanto, que o titular da pretensão a invoque, proceda a sua liquidação e a execução do respectivo crédito.²³

Entretanto, a ausência de um Código de Processo Civil Coletivo, e a consequente adaptação de questões coletivas a um sistema processual com viés individualista, em nada contribui para que seja fomentada a prática processual na tutela dos direitos coletivos.

Em uma sociedade cada vez mais dinâmica, com fatos novos, e sua consequente avaliação, esta se encontra distante da tutela plena pelas normas, motivo que nos leva a refletir e discorrer sobre a temática apresentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a crescente demanda pela prestação da tutela jurisdicional tem sido um dos fatores responsáveis pela morosidade do Judiciário.

Não bastasse tal demanda, ainda existem problemas relacionados a recursos humanos em número insuficiente e um sistema antiquado e mal aparelhado.

A ocorrência da pandemia de COVID 19, que tantas mortes causou, contribuiu diretamente para demonstrar a burocracia e incapacidade administrativa do INSS para atender em tempo razoável a demanda dos segurados.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como dito ao longo do texto, possibilita a qualquer cidadão o acesso ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos, e este princípio é a materialização de um direito humano e fundamental, que não deve sofrer, em hipótese alguma, a supressão do texto legal, constituindo garantia para o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Em que pese a relevância do mencionado princípio, a submissão de toda e qualquer causa ao Poder Judiciário tem contribuído para aumentar a sensação de insegurança jurídica e para o travamento do sistema judicial brasileiro.

Esse asobramento do judiciário é causado, também, pela ineficiência e omissão dos demais órgãos que compõem o poder uno e indivisível do Estado.

Questões que deveriam ser resolvidas no âmbito administrativo são levadas à apreciação do Judiciário, como no caso do INSS, fomentando a cultura da lide e do inconformismo.

Obviamente que a diferença de poder econômico é relevante nesse cenário. Os que detêm um maior poderio financeiro usam essa morosidade para ganhar tempo e dinheiro. O que leva uma empresa ou um órgão estatal a admitir a existência de um direito, mas negar a sua fruição, obrigando que o titular busque na justiça a satisfação à sua pretensão?

No caso dos segurados, que em grande maioria não possuem recursos financeiros para bancar lides demoradas, esse cenário se agrava.

A pergunta ilustra uma realidade que assola a sociedade brasileira.

Diante de uma crescente e inviável demanda, o Poder Judiciário é colocado a prova diariamente, e o resultado não é dos melhores.

²³ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado. 3 ed São Paulo: Método, 2013, p. 230/231.

O direito fundamental de acesso ao Judiciário colide com o direito fundamental a ter a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável. A chama da cidadania que existe na possibilidade e garantia de apreciação de lides pelos magistrados é apagada quando a resolução dessa mesma lide é afetada pela morosidade e falta de eficiência.

Sem dúvida, um filtro a lides individuais deve ser implantado, com a transformação dessas situações em processos coletivos, que propiciariam um julgamento único para questões semelhantes, com os benefícios da coisa julgada coletiva.

Ainda há o impedimento para que o juiz modifique, de ofício, lides individuais para lides coletivas, sob pena de alteração da causa de pedir, porém, tal modificação encontra-se em discussão na implementação do novo Código de Processo Civil.

Não há dúvida que tal mudança seria de grande valia na luta por uma prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável.

Respondendo à pergunta proposta no título do presente trabalho: a judicialização é uma alternativa para o problema, não uma solução.

A sociedade deve ser vista como um todo, com o realce da coletividade. O ponto de vista individualista deve ceder ao olhar coletivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. **A Democracia representativa está morta; viva a democracia participativa!** In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 3 ed São Paulo: Método, 2013.

ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso a Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. Judicialização contra o INSS. 2019. Apud VAZ, Paulo Afonso Brum. A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retração judicial. **In TRF4**. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2174#_ftn6><http://ajupe.org.br/images/pdf/AJUFE__Arrazoadado_Tcnico__Judicializacao_INSS_.pdf>. Acesso em: 20 ago 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República Casa Civil-Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28 ago 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Tri ndadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 27 ago 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Corregedoria lança projeto PETIÇÃO 10, SENTENÇA 10**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21233>> Acesso em: 20 ago 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Consultor Jurídico. **Se o CPC ficar como está, melhor não sair**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-out-21/entrevista-ada-pellegrini-grinover-processualista>> Acesso em: 13 jan 2014.

COSTA, K. N. ; LEHFELD, L. S. ; LUCCHESI, E. R. . **RETROCESSO LEGISLATIVO: O MEIO AMBIENTE EM RISCO**. 1. ed. CURITIBA: PRISMAS, 2017. v. 1. 206p.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

INSS contrariou lei ao não implantar perícia remota na pandemia, diz TCU. In Folha Uol. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/05/inss-contrariou-lei-ao-nao-implantar-pericia-remota-na-pandemia-diz-tcu.shtml> Acesso em: 27 ago 2023.

Judicialização de Benefícios Administrados pelo INSS (previdenciários e assistenciais). In **Ministério da Economia**. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/politicas/area/assistencia-e-previdencia-social/gastos-diretos/judicializacao-inss>> Acesso em 27 ago 2023.

LANTIER, Tatyane Portes. Auxílio por doenças psicológicas cresce durante a pandemia. In JornalJuridi. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/auxilio-por-doencas-psicologicas-cresce-durante-a-pandemia>>. Acesso em 27 ago 2023.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa?** 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013.

Submetida em 10.07.2023

Aceito em 08.08.2023