XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

GILSON JACOBSEN

PATRICIA ELIAS VIEIRA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gilson Jacobsen; José Alcebiades De Oliveira Junior; José Querino Tavares Neto; Patricia Elias Vieira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-664-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso à justiça. 3. Política judiciária, gestão e administração da justiça. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Acesso à Justiça: Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça II, do XXIX Congresso Nacional do Conpedi que teve por objeto discussões sobre Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities que ocorreu nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022 na Univali em Balneário Camboriú recebeu 16 artigos para apresentação e discussão que levaram em consideração o direito à alteridade do saudoso Luis Alberto Warat e, especialmente, que o Acesso à Justiça não consiste exclusivamente em acesso ao Poder Judiciário, mas, ao Sistema e Justiça e, que sejam respeitados democraticamente todos os direitos que resguardem a ordem jurídica justa.

Discussões que transitaram pelo pensamento de Mauro Cappelletti, Boaventura de Sousa Santos, Erik Jaime, Cláudia Lima Marques entre outros autores que à nível nacional, internacional e transnacional elencam o estado da arte do saber jurídico do Acesso à Justiça como tema transdisciplinar que conecta assistência jurídica integral, centros de inteligência, escolas, judicialização da educação, inclusão do morador em situação de rua, justiça restaurativa, excluídos digitais, ODS16, demandas previdenciárias, diálogo das fontes, instrumentalidade do processo, justiça restaurativa, “Qui tam Actions” e inteligência artificial.

Motivos pelo qual, recomenda-se a leitura dos artigos do GT-Grupo de Trabalho, parabenizando os autores e o Conpedi pela excelência da produção científica desenvolvida no evento, pelo aprofundamento das discussões teóricas já exaradas nos textos agora publicados, mas, sobretudo, a importância da produção científica que transcende a individualidade, numa troca de experiências e reflexões consequentes e dialogais.

A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO FUNDAMENTO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA HIPERMODERNIDADE

THE THEORY OF SOURCES DIALOGUE AS A FOUNDATION FOR THE RESOLUTION OF CONFLICTS IN HYPERMODERNITY

Priscila Zeni De Sa [1]
Ubirajara Martins Flores [2]
Feliciano Alcides Dias [3]

Resumo

Este artigo pretende a reflexão acerca da teoria do diálogo das fontes, que consiste na aplicação sistematizada de leis aos casos concretos, para os conflitos da hipermodernidade. No Brasil, tratava-se dessa possibilidade como sendo uma antinomia do Direito, mas com a promulgação da Constituição de 1988 teorias como a do diálogo das fontes tomam folego e sopram novos ares sobre o nosso sistema jurídico no sentido de concretizar o seu equilíbrio e a garantia jurídica do cidadão exigir a proteção de seus direitos. Ainda se aborda a questão do acesso à justiça, enquanto tutela da jurisdição estatal, ao longo das constituições brasileiras, a partir da perspectiva do Movimento da Virada Tecnológica do Processo Civil Brasileiro, bem como, do conceito de hipermodernidade que desembocam na cultura digital, a qual evoluiu ao longo das duas últimas décadas, notadamente nos dois últimos anos, como alternativa ao reconhecimento de meios processuais para a defesa de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalização, Direito civil, Diálogo das fontes, Resolução de conflitos, Hipermodernidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to reflect on the theory of the dialogue of sources, which consists of the systematic application of laws to specific cases, for the conflicts of hypermodernity. In Brazil, this possibility was treated as an antinomy of Law, but with the enactment of the 1988 Constitution, theories such as the dialogue of sources take a breath and blow new airs over our legal system in order to achieve its balance and the citizen's legal guarantee to demand the protection of their rights. The issue of access to justice, as a protection of state jurisdiction, is still addressed throughout the Brazilian constitutions, from the perspective of

[1] Doutora em Direito pela UNISINOS-RS. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Chefe do Departamento de Direito da FURB. E-mail: priscilasa@furb.br

[2] Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Público. E-mail: bira@furb.br

[3] Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Diretor do CCJ da FURB. Advogado e Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br

the Movement of the Technological Turn of the Brazilian Civil Process, as well as the concept of hypermodernity that leads to digital culture, the which has evolved over the last two decades, notably in the last two years, as an alternative to the recognition of procedural means for the defense of fundamental rights and guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalization, Civil law, Dialogue of the sources, Conflict resolution, Hypermodernity

1 INTRODUÇÃO

Hipermodernidade é um termo proposto pelo filósofo Gilles Lipovetsky (2004) para designar uma fase histórica posterior à modernidade, quando havia uma crença de que a tecnologia e a ciência garantiria um futuro melhor a todos.

Ocorre que a modernidade, ainda que alimentada pelas propostas da Revolução Francesa, naufragou em um mar de avanços técnicos e nos horrores do século XX, agitado pelas grandes guerras do qual restou a crença do individualismo e do consumo. Aborda-se portanto, o sistema jurídico a partir de uma nova razão de mundo na qual, além de decretar a falência do modelo liberal, se observa a hipermodernidade face a condição de isolacionismo da sociedade contemporânea.

Nesse contexto, a codificação civil, como sistema que manifesta valores culturais e sociais de uma época, deve ser compreendido como um organismo aberto e flexível, logo, incompleto e evolutivo. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são uma comprovação dessa abertura (SÁ, 2018).

Para o desenvolvimento deste estudo utilizou-se a metodologia de levantamento bibliográfico acerca da aceleração da teoria do diálogo das fontes e a resolução de conflitos na hipermodernidade.

Assim, busca-se, na primeira parte deste artigo, analisar a aplicação da teoria do diálogo das fontes como alternativa viável à resolução dos conflitos, nesse sistema aberto e poroso, partindo-se das premissas da sociedade hipermoderna e da constitucionalização do Direito Civil. Tal teoria pode ser considerada uma possibilidade enquanto quebra de paradigma que gerou efeitos na dignidade da pessoa humana, direito fundamental historicamente construído na legislação mundial.

Ao longo do Século XX, portanto, o Direito Civil experimentou grande influência do Direito Constitucional, ocasionando inegável deslocamento valorativo do direito privado em direção à uma mudança paradigmática de seus institutos, estrutura e linguagem, dentre os quais destacam as cláusulas gerais e os valores de eticiade, sociabilidade e operabilidade. Se antes o Direito Civil era marcado pela igualdade formal do Estado Liberal e pelos inquestionáveis direitos individuais e patrimoniais, essa fase passou pelo crescimento, ao redor do mundo ocidental, de teorias e valores constitucionais que reduziram a distância entre o Direito Público e o Privado (PEREIRA, FERREIRA, 2022, p. 283).

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal Brasileira em 1988, marcou não apenas do final do ciclo militar, mas também desse processo mundial de constitucionalização que

desencadeou a discussão sobre as limitações sociais e políticas impostas pela ditadura. O Brasil, na estréia das suas ações legislativas e jurídicas concebeu um documento moderno e voltado à preservação dos chamados direitos sociais (BEDIN; SPENGLER, 2013, p.143).

Dessa forma, em janeiro de 2003, com a Lei 10.406/2002 passa a vigorar o atual Código Civil Brasileiro. Essa atualização do Direito Civil se valeu, de forma muito presente, da técnica das cláusulas gerais, que pode ser exemplificada pelo princípio da função social da propriedade e do princípio da função social do contrato os quais, por suas teorias conciliam a iniciativa privada e a justiça social. Nessa técnica, a regra positivada não perde atualidade e vai se moldando conforme a evolução social exige. (SÁ, 2018).

No mesmo sentido, na segunda parte deste artigo aborda-se os temas resolução de conflitos e cultura digital, os quais recebem grande impulso a partir do ano de 2015, com a Lei 13.115 de 16 de março, quando passou a vigorar o novo Código de Processo Civil Brasileiro, o qual traz em seu bojo uma série de normas notadamente voltadas ao acesso à justiça e resolução de conflitos, notadamente no que se refere ao acesso à justiça e virada tecnológica na hipermodernidade.

Esse novo diploma, que buscou desafogar o sistema judiciário que se encontrava (e se encontra até hoje) extremamente carregado de processos ativos, inovando com alguns dispositivos voltados à duração do processo e a aplicação de meios adequados de resolução de conflitos. Novamente, fica evidente a intenção do legislador na constitucionalização do direito privado na defesa dos direitos coletivos e sociais na produção de um código (SILVA, 2021, p. 17-19).

Essas inovações, no entanto, passaram também pela observância de princípios sociais e do bem comum, amadurecidos ao longo da história da República Brasileira, promovendo a dignidade humana, mas, também vinculando decisões proferidas em acordãos a todos os juízes e órgãos fracionários. No tocante à culura digital há que se destacar o movimento de virada tecnológica no processo civil que vem ocorrendo ao longo das últimas décadas e que foi acelerado nos últimos dois anos por fatores como o avanço tecnológico caraterístico da hipermodernidade e pelo surgimento de novas espécies de demandas. (DIAS; ARRABAL, 2020, p. 115).

Pretende-se, portanto, alinhar as regras positivadas junto ao sistema constitucional, aliado à normatividade dos princípios, buscando assim a concretização do direito no sistema unitário.

2 O DIÁLOGO DAS FONTES E SUA CONSTRUÇÃO NA HIPERMODERNIDADE

Ao longo da história aprende-se que a Revolução Francesa marcou o fim da Idade Moderna e que, com os ideais do movimento implementados, a sociedade viveria sobre os primados da Liberdade, Igualdade e da Fraternidade. Ocorre que essa revolução incutiu em uma sociedade desigual a liberdade para a posse de propriedades e para o estabelecimento de

contratos para quem detinha a propriedade: os burgueses. Logo, igualdade e fraternidade eram ideias limitadas à burguesia (LIPOVETSKY, 2004, p. 16).

A partir dessa sociedade, marcada fortemente pela condição de imobilização e de dominação dos indivíduos de classes mais baixas que, para DIAS (2018), da "[...] modernidade vista exclusivamente como uma visão racionalista, instrumental, constituída através da técnica e da ciência [...]" que floresceu a pós-modernidade, fluída, volátil, mais rápida que ocasionou a individualização da sociedade e do sentimento de comunidade em um encadeamento de etapas muito bem delimitadas que se situam, hoje, na atual da pós-modernidade.

> Fase 1: de 1880 a 1950 – fase de consumo essencialmente burguês e que impulsionou a pós-modernidade; fase 2: depois de 1950 – fase de expansão da produção que não fica mais restrita à burguesia e, com ela ocorre a individualização perante as normas tradicionais e; fase 3: depois de 1980, quando surge o conceito de hipermodernidade que atinge parcelas cada vez maiores da população em seu reflexo de globalização política e mercadológica (DIAS, 2018, p. 34).

Nesse sentido fica claro que, a modernidade acabou sem que se cumprissem as promessas do iluminismo de uma vida mais feliz e promissora face os benefícios da racionalidade ou das ciências, e que, a pós-modernidade e logo em seguida a hipermodernidade atingiram a sociedade de maneira muito rápida.

Considera-se que a evolução tecnológica da hipermodernidade (LIPOVETSKY, 2004) e as frequentes quebras de paradigmas, não apenas do conceito de liberalismo, ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX influenciaram a criação de legislações e princípios que garantiram liberdades individuais mas também promoveram direitos sociais ou coletivos.

A teoria do diálogo das fontes é uma tese criada pelo alemão Erik Jayme e que tem em Cláudia Lima Marques sua principal representante no Brasil.

A teoria, basicamente, visa a superação das antinomias no Direito Civil com a integração do ordenamento jurídico. Trata-se de uma tese do Direito Internacional privado, relacionada aos direitos humanos e que têm sido utilizados pelos tribunais brasileiros para alinhar as regras aplicáveis aos casos concretos.[1]

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0000839-37.2012.5.08.0008. 3ª Turma. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado do Pará - STIUPA. Recorridos: Centrais Elétricas do Pará S.A. - CELPA e Outra. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 03 de junho de 2015. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/37.2012.5.08.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAN61AAW&dataPublicacaointeiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true& numeroFormatado=RR%20-%20839-=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=dialogo%20and%20das%20and%20fontes>. Acesso em: 10 jul. 2016.

A teoria prega, basicamente, a aplicação simultânea de regras. Para as situações em que existe uma lei especial, mas que alguns detalhes não seguem as definições expressas, como contrato ou negócio jurídico, apesar de uma lei especial, outras leis podem ser aplicadas de maneira conjunta (MARQUES, 2012). Leis e princípios podem ser invocados conjuntamente, se somando e construindo esse edifício jurídico.

A partir da ideia de pluralismo pós-moderno, afirma Marques (2012), é que o diálogo se apresenta de três modos distintos, mas sempre tendo em vista princípios e regras constitucionais numa interpretação conforme a Constituição: diálogo sistemático de coerência; de subsidiariedade e complementariedade; e de adaptação ou coordenação. O primeiro nasce da aplicação de uma lei central e de um microssistema ao mesmo tempo – servindo uma lei de "base conceitual" para a outra. O segundo, quando uma lei complementa a outra, seja pelas normas, princípios ou cláusulas gerais. E o terceiro parte da aplicação conjunta de duas regras, sendo uma influenciada pela outra e vice-versa. A ideia é fazer com que as leis sejam aplicadas conjuntamente procurando eficiência "funcional do sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo".

Percebe-se que, pela abordagem de Marques (2012), inova-se a regra tradicional da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas pressupõe sempre a aplicação de fontes normativas positivadas, ou seja, sempre a lei. Os diálogos citados pela autora são exemplificados a partir da concomitância do Código Civil, considerado como lei geral, do Código de Defesa do Consumidor, como microssistema, e de leis especiais, tais como a leis de planos de saúde, por exemplo.

A maioria das situações narradas por Marques (2012) tratam da aplicação conjunta do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor, e este com outras regras. Então, por exemplo, os interesses básicos que o consumidor teve ao contratar devem ser desconsiderados e só considerados os interesses econômicos, não da sociedade como um todo o que obviamente inclui os interesses individuais porque se o consumidor não tiver mais confiança quem é que vai comprar? Nesse sentido se faz necessário construir um direito que também veja os interesses individuais e coletivos das pessoas que representam a sociedade, ou, o mercado será desestimulado e a parte da sociedade precisa ter acesso a um determinado produto, como uma moradia, e, até um direito fundamental de moradia precisa ter confiança no sistema jurídico.

Nessa ótica, a possibilidade de aplicação simultânea de leis, que gerava a impressão de conflito normativo, a teoria do diálogo das fontes afirma justamente a aplicação simultânea

de normas buscando, no ordenamento jurídico, restabelecer a coerência na convivência com muitas leis.

A teoria se torna útil ao ordenamento brasileiro pois demonstra a possibilidade de aplicar, os fundamentos do código civil que buscam o diálogo principal, sistemático de coerência como o da construção de um edifício, o do direito privado, que tem por base fundamentos do direito constitucional.

Portanto, a essência da teoria do diálogo das fontes vai no sentido de que normas jurídicas não se excluem, por pertencerem a ramos jurídicos distintos, na realidade se complementam em uma premissa de visão unitária (TARTUCE, 20XX, p. 219), de regras que faz ainda mais sentido na proteção de determinados segmentos da sociedade que estão em maior vulnerabilidade. A soma de leis certas para a sua aplicação conjunta e coerente numa certa ordem e permite uma solução jurídica coerente e protetiva.

A primeira justificativa para a aplicação da tese do diálogo das fontes, conforme Tartuce (2020) tem a ver com a funcionalidade. O inflacionamento legislativo causado entre outros pela cultura digital do mundo pós-moderno, complexo e abundante convive com um grande número de normas jurídicas. Portanto, a subsunção concomitante tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do Código Civil, por exemplo, em determinadas relações obrigacionais, sobretudo contratos, por seu aspecto principiológico e na preservação de valores constitucionais no direito privado atesta a funcionalidade da teoria.

Assim, a interpretação possível da lei, pela Teoria do Diálogo das Fontes, antes de qualquer coisa, é um leme na direção da realização dos valores constitucionais e, é dessa ideia (de harmonia), que deveria vir da aplicação da lei na sociedade dada pela Constituição para o direito privado é uma arquitetura que só pode ser realizada se houver essa aplicação simultânea das normas. (TARTUCE, 2020, p. 220)

Por fim, em se considerando as possibilidades de diálogos com a legislação material havidas no Código Processual Civil de 2015, destaca-se que “[...] a valorização da boa-fé objetiva processual possibilita a aplicação concomitante do CPC/2015 e do /2002, com o intuito de valorizar a conduta de lealdade das partes durante o curso da demanda judicial.” (TARTUCE, 2020, p. 222) e, então, a função social que não pode ser só econômica, contra individual (contra o interesse do consumo) mas tem a ver com as inovações do código civil de 2002.

3 A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A CULTURA DIGITAL

A pós-modernidade, referida anteriormente, foi marcada pelo surgimento de novas máquinas, novos meios de produção estruturada em fontes de energia ligadas ao petróleo e à eletricidade, proporcionaram a expansão industrial para a América do Norte e alguns países da Ásia com base em uma lógica consumista, hegemônica, capaz de tudo absorver e tudo reciclar (LIPOVETSKY, 2004, p.34).

Esse período, compreendido entre 1880 a 1950, nos termos do que destaca DIAS (2017), é compreendido de uma fase inicial de consumo essencialmente burguês, mas que impulsionou a pós-modernidade para a expansão de uma produção acessível a outras camadas sociais que não a burguesia.

Como forma de atender os mercados consumidores emergentes deu-se o início ao trabalho racionalizado, da segunda revolução industrial, da eletricidade e da química que proporcionaram a evolução dos meios de comunicação (telefones, televisão, etc) e contribuíram para o surgimento de novos produtos e serviços, como, por exemplo, alimentos e medicamentos. Ocorre que paralelamente ao processo industrial as populações urbanas foram adensando na mesma proporção que conflitos de classe o que aumentou a tensão entre os países europeus, que eram o grande motor da industrialização mundial em meio ao antagonismo dos sistemas socialistas e os capitalistas. (HOBBESBAUM, 1995, p.529).

O liberalismo econômico desde a Revolução Francesa sofreu um grande desgaste de seus princípios e foi uma das origens das reformas sociais cada vez mais profundas, no sentido de implantar "[...] políticas redistributivas, assistenciais, planificadoras, reguladoras e protecionistas que se desenvolveram em uma degradação que conduzia diretamente ao coletivismo. [...]". (DAROT; LAVAL, 2016, p. 71).

Em meados do século XX até o final da década de 1980, diversos países de grande importância geopolítica alternaram períodos de tensão, guerra e paz e, nessa alternância, o desenvolvimento tecnológico alcançou o seu grande avanço inaugurando uma nova possibilidade de conhecimento. Desse desenvolvimento técnico (no sentido de técnica de fazer alguma coisa) emergiu a Computação ou Cibernética que permeia, hoje, enquanto ciência todas as áreas do conhecimento humano, com suas práticas e formas de interações que aconteceram a partir de mecanismos (como a internet) e que só foram viabilizadas com o desenvolvimento de tecnologia de materiais (LOUSANO, 1969, p.19).

Desse devir surge a Cultura Digital, se constituiu de um movimento tímido dos anos de 1960 do Século XX que evoluiu paralelamente ao desenvolvimento da produção de materiais ao longo de aproximadamente 30 anos até se consolidar, no século XXI. O cenário de desenvolvimento tecnológico tem relação com a garantia de acesso à justiça e a proteção de direitos fundamentais. Merece destaque que, no ano de 2022, por meio da Emenda à Constituição nº 115/2022, a proteção de dados pessoais passa a integrar o rol de direitos fundamentais no inciso LXXIX, do Artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2022).

A ciência da computação, portanto, de uma maneira mais objetiva já ganhou o texto constitucional da Carta Magna e, da mesma forma, foram acrescidos aos Artigos 21 e 22 da Constituição Brasileira a competência privativa da União para organizar, legislar e fiscalizar a matéria de proteção e tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2022).

Com estas iniciativas a tecnologia vem alçando o patamar de Direito Fundamental, consolidando a sua condição de tema transversal a diversos aspectos da vida humana (social, educacional, profissional, saúde, etc) e ainda a função de subespécie de Acesso à Justiça, portanto, se constituindo em bem mais do que mera ferramenta tecnológica de acesso à jurisdição estatal, mas motivo para a refundação de antigos institutos.

3.1 O Acesso à Justiça nas Constituições Brasileiras

Antes de abordar o estágio atual do direito de acesso à justiça é importante fazer referências, mesmo que brevemente, a como e em que contexto ocorreu a inclusão desse direito fundamental na legislação até a sua concretização nos incisos XXXV e XXXVIII, do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Iniciando o tema, destaca-se, de maneira breve, a cronologia descrita por ESPENGLER (2013) que descreve desde as Ordenações Filipinas, do século XVII (primeiro registro ainda que tímido) de acesso à justiça e que era restrito aos juízes designarem advogados para representar pessoas pobres ou miseráveis.

Da mesma forma em 1824, com a Proclamação da Independência e sob a égide de uma constituição centralizadora e de caráter absolutista, fundada no poder moderador exercido pelo Imperador, se estabeleceu a proteção de direitos civis e políticos garantindo, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio, que dava prerrogativas ao imperador de suspender magistrados, perdoar penas e conceder anistias. (BEDIN; SPENGLER, 2013, p.138)

No final século XIX, com a Proclamação da República e foi promulgada a Constituição de 1891, inspirada na Constituição dos Estados Unidos, sendo introduzido no país a tripartição

de poderes e a independência entre eles. Ocorre que apesar de inspirar ideais democráticos, com avanços no que diz respeito aos direitos individuais, o período histórico coincidiu com a abolição da escravatura e uma grande parcela da população brasileira, constituída de analfabetos e miseráveis, tinham pouca ou senão nenhuma noção de seus direitos. (BEDIN; SPENGLER, 2013, p.139)

Durante a Era Vargas, em 1934, foi promulgada uma nova constituição inspirada nas cartas do México e de Weimar, respectivamente de 1917 e 1919, trazendo o constitucionalismo social no qual os direitos individuais convivem com a organização da Ordem Econômica e Social, a Família, a Educação e a Cultura. No documento percebe-se o avanço do direito de acesso à justiça "no que se refere à criação da ação popular, do mandado de segurança, da criação da justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral e, notadamente, pela assistência judiciária gratuita." (BEDIN; SPENGLER, 2013, p.140).

Na vigência do Estado Novo e da efervescência de partidos políticos antagônicos que disputavam o poder, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934 e outorgada a Carta Constitucional de 1937, na qual foram suprimidas a ação popular e a assistência judiciária gratuita. Há que se destacar, no entanto, que mesmo com a duração do governo Vargas até 1945, em 1943 surge a Consolidação das Leis do Trabalho, configurando-se no primeiro ordenamento brasileiro a dispor sobre direito coletivo. Em 1946, com o final da Era Vargas, foi promulgada nova Constituição Federal, a qual previa, entre outros aspectos: a independência do Poder Judiciário, incorporação do Direito do Trabalho ao Poder Judiciário, além de tornar explicito a universalização do acesso à justiça determinando que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" o que equivale dizer que qualquer brasileiro poderia levar sua pretensão ao Poder Judiciário e este deveria conhece-lo (BEDIN, SPENGLER, 2013, p.140).

O primeiro lampejo de um acesso à justiça foi interrompido por um novo regime ditatorial, 31 de março de 1964, depôs o Presidente João Goulart e que apesar de manter a ordem constitucional, conforme descreve o autor Castro Júnior (2004):

> [...] impôs várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos, iniciando a ditadura militar, através de período de 'caça às bruxas' e perseguições aos que se opunham ao regime ditatorial. [...] A instabilidade desse período político brasileiro provocou efeito extremamente prejudicial ao sistema jurídico brasileiro, tornando-se irracional do ponto de vista da efetividade da norma, em face da ilegitimidade das fontes de direito, ao contrário dos estados Unidos, onde a estabilidade política proporcionou ambiente institucional, desenvolvendo sistema jurídico mais eficiente e sintonizado com as demandas dos cidadãos e agentes econômicos [...] Enfim, a falta de uma cultura política consolidada e a instabilidade do sistema político brasileiro são causas relevantes da ineficiência e irracionalidade do sistema jurídico brasileiro,

> principalmente em face da ilegitimidade da principal fonte de direito do *civil law*: a lei [...] (CASTRO JÚNIOR, 2004, p. 272).

O Congresso Nacional foi convocado por Ato Institucional para discutir, votar e promulgar uma Constituição de 1967 a qual, entre outros arranjos concentrou os poderes no Presidente da República, acabou com a independência dos três poderes, interrompeu o funcionamento da própria constituição e converteu definitivamente um regime presidencial em uma ditadura. Ocorre que a carta de 1967 durou pouco e, através do Ato Institucional nº 5, foi suspensa a garantia do Habeas Corpus, além de suspensas, também, as garantias de juízes e ministros do Poder Judiciário. Essa Constituição preocupou-se com a segurança nacional, reduziu a autonomia individual e concentrou poderes na União e no Presidente da República. Esse processo de distensão, lento e gradual, iniciado em 1978, com a edição da Lei da anistia, marcou o início de transformações que efetivaram o direito ao acesso à justiça no Brasil, notadamente, a sua democratização e utilização como ferramenta para concreção de direitos (individuais, econômicos, sociais e coletivos) e que foram materializadas na Constituição Federal de 1988. (BEDIN, SPENGLER, 2013, p.143).

A atual Carta Magna é um grande e verdadeiro avanço para o direito de acesso à justiça no Brasil, uma vez que, traduz efetividade ao direito ao universalizar a jurisdição e recepcionar mecanismos retirados pelos textos das constituições dos longos períodos ditatoriais vividos pelo no país, quais sejam: mandado de segurança, individual e coletivo, e a ação popular.

Cabe registrar, que foi a Constituição de 1988 que elevou o direito de acesso à justiça à condição de direito fundamental (inserido no inciso XXXV do Artigo 5º) no texto constitucional, além da previsão da prestação jurisdicional em um prazo razoável (inciso XXXVIII do Artigo 5º).

Outras garantias (do direito de acesso à justiça) trazidas pela Constituição foram: a consagração do princípio da igualdade material, alargamento do conceito de assistência judiciária gratuita, direito à informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial, previsão de criação dos juizados especiais para julgamento e execução de causas cível de menor complexidade e penais de menor potencial ofensivo, tratamento constitucional da ação civil pública para defesa dos direitos difusos e coletivos novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos, legitimidade aos sindicatos e sociedades associativas defenderem direitos coletivos e individuais, reestruturação e fortalecimento do Ministério Público e elevação da Defensoria Pública como instituição fundamental à função jurisdicional. Destacam-se ainda a constitucionalização de princípios, entre eles o do devido processo legal; do contraditório e da ampla defesa. Da mesma forma as Leis Federais n.º 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90, 8.078/90 e

9.099/95 contribuíram e ainda contribuem para empregar agilidade e garantir o pleno exercício do direito de acesso à justiça aos brasileiros.

De acordo com a organização da Constituição Brasileia, cabe ao Estado a gestão das relações sociais e a garantir o acesso à justiça ao cidadão, seja por via da atividade advocatícia e seja por via jurisdicional.

Considera-se nessas duas possibilidades a forma como o cidadão acessa jurisdição estatal ou como ele tem a garantia do seu direito fundamental de acesso à justiça, sua evolução, resistências e avanços no contexto nacional, notadamente, face às mudanças sociais provocadas ao longo dos últimos dez anos.

3.2 A virada tecnológica brasileira na hipermodernidade

O século XXI tem sido marcado por profundas mudanças no sistema jurídico brasileiro notadamente na área tecnológica. Essas mudanças consistiram no progressivo emprego de sistemas, processos e procedimentos que deram origem a um movimento que se convencionou chamar virada tecnológica do Direito brasileiro. A escolha, portanto, do termo "virada" parece providencial no sentido de fazer referência à virada linguística, uma expressão adotada nas décadas de 1970 e 1980 para destacar o papel da linguagem no que concerne ao reconhecimento da realidade (GRACIA, 2004, p.19).

Dessa forma, no tocante à virada tecnológica e sua proporção, parece claro que o Conselho Nacional de Justiça, no que diz respeito às atividades profissionais ligadas ao Direito, não permitirá nenhum tipo de retrocesso, inclusive levando-se em consideração os indicadores de desempenho dos magistrados brasileiros que melhoraram muito durante a Pandemia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, on line). Na irreversibilidade desse avanço os tempos hipermodernos do Direito brasileiro, em um paralelo ao que é descrito pelo autor francês Gilles Lipovetsky (2004), indica que, novamente a atualidade como período hipermoderno sem que se tenha ultrapassado os estágios da modernidade e da pós-Modernidade.

Com base nessa virada, a resolução de conflitos ou sua prevenção elevou a tecnologia a uma forma, ainda que secundária, de acesso à justiça.

Inicialmente considerada como mera instrumentalização ou digitalização do processo (físico), a virada tecnológica avançou para a utilização de algoritmos e inteligência artificial baseada em antigos códigos binários computacionais.

Para Dias e Arrabal (2020), a tecnologia, hodiernamente, está para o Direito assim como o dinheiro está para a economia pois:

> Semelhante ao que a moeda representou para as atividades mercantis facilitando a troca de bens e posteriormente viabilizando o mercado financeiro, o plano computacional binário representa uma instância de fungibilidade a partir da qual combinações de zero e uns compõem imagens, sons e outras expressões que assumem específicas formas, circulando globalmente em escala e velocidade cada vez maiores. Disto resulta o que a celeridade, o imediatismo, a ubiquidadade, o acesso e o compartilhamento de informações tornam-se valores cotidianos. (DIAS e ARRABAL, 2020, p. 114)

Vista por esse prisma, a ciência da computação, com seus softwares de automação, inteligências artificiais e equipamentos cada vez mais eficientes, se incorpora ao ideário da cidadania e de empoderamento frente as demandas contemporâneas de justiça.

Do ano de 2020, também é necessário registrar, o aumento de soluções coorporativas que garantiu a continuidade das atividades do Sistema Judiciário e consolidou a virada tecnológica do direito brasileiro, iniciada com a digitalização de documentos, a virtualização e, após, a automatização de atividades com a aplicação de inteligência artificial. Essa automatização deu impulso para a implementação de projetos de Inteligência Artificial em todos os Tribunais brasileiros e foi o ponto de inflexão para que o acesso à jurisdição e à justiça não fosse paralisado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, on line)

Ao longo da última década observa-se a crença de que a tecnologia é capaz de garantir, ao mesmo tempo, confiabilidade e efetividade em processos jurídicos. Nesse sentido, a virada tecnológica vai muito além da adaptação procedimental ou instrumental, mas é uma realidade, um [...] ideário específico da cidadania que se traduz em um sentido de empoderamento social frente as demandas contemporâneas, fortalecendo a reivindicação de direitos frente ao Estado [...] (Dias e Arrabal, 2020, p. 115) e, portanto, ultrapassa a questão instrumental do processo jurídico.

Historicamente a virada tecnológica ocorre em etapas, descritas por Nunes (2021), quais sejam: a) virtualização e digitalização que foi a transformação do processo físico para processo eletrônico, b) a automação: que foi a otimização de atividades repetitivas mediante a tecnologia e; c) a transformação gerada pela tecnologia que alterou as interações no mundo jurídico.

Em decorrências dessas etapas, conforme Nunes (2021) a adaptação procedimental, auxiliou no dimensionamento prévio da litigiosidade e emprego de atos processuais pela via eletrônica. Em termos de digitalização, o Brasil demonstra índices que outros países não atingiram pelo mundo o que foi acelerado pela Pandemia do COVID19, no que tange à etapa de virtualização de procedimentos, atos processuais e até mesmo de convívio social.

Acerca da automação, o sistema de *blockchain*, por exemplo surgiu para registro e certificação de autenticidade de transações evitando que dados sejam alterados sem autorização das partes de uma relação jurídica ou comercial. Por outro lado, a ferramenta *wayback machine* preserva versões mais antigas de sites do *world wide web* (www) para, em termos de conteúdo probatório, demonstrar alterações eventualmente ocorridas em páginas web. Com esta ferramenta é possível demonstrar o antes e o agora de uma determinada página de internet para determinar se estas páginas foram acessadas ou não em um site.

Em termos de provas, como referido anteriormente, a ocorrência ou não de fatos é viabilizado em muitas situações através da mineração de dados e de processos, pelo gerenciamento e mudanças em procedimentos e que induz à terceira etapa da virada tecnológica que é a mudança nas interações no mundo jurídico.

Essas mudanças, afetaram a atuação dos atores do sistema jurídico consolidando, conforme afirmado anteriormente, que o movimento da virada tecnológica não diz respeito apenas ao aspecto instrumental, mas também do aspecto procedimental que equivale a terceira etapa histórica da virada tecnológica.

Em decorrência do aparecimento de questões fáticas, relacionadas às questões socioeconômicas atuais, notadamente, àquelas ligadas ao universo eletrônico e que muitas vezes escapam da regulação do Estado passando a outras instâncias que, por sua vez, exercem outras formas de autoridade.

Foi nessa etapa, a de maior expansão da virada tecnológica que, surgiram as *Online Dispute Resolution* (ODR) usadas principalmente na prevenção, gerenciamento e resolução de disputas que é uma forma de permitir disputas *on line* onde o direito estava ausente ou era inadequado, como por exemplo, as relações de comércio eletrônico de produtos e serviços (NUNES, 2021, p.125).

O funcionamento da ODR ocorre por etapas determinadas onde ocorre o i) diagnóstico através de acesso da plataforma e reunião de informações; ii) negociação facilitada por tecnologia; iii) conciliação/mediação através de profissionais humanos, caso restem frustradas as etapas anteriores e; iv) decisão, mediante a análise do caso (NUNES, 2021, p.127).

Acerca da decisão ela pode ser assistida por algum modelo algoritmo ou conduzido mediante a análise tradicional de apresentação de fatos, provas e fundamentos jurídicos. Mas é preciso entender que ela, a ODR, não se constitui de uma forma direta de alternativa de

resolução de conflitos, ela utiliza inteligência artificial o que dinamiza processos e permite o controle sobre o seu funcionamento além de determinar o aprimoramento de algoritmos que identificam padrões em fontes de disputas (NUNES, 2021, p.134).

Nesse contexto, é importante destacar o grupo de litigantes habituais, constituído por bancos, empresas de cartão de crédito e empresas de telefonia móvel, que fazem uso da inteligência artificial (chats bots) e escritórios de advocacia que especializados em tecnologia (legaltechs) que negociam diretamente com os consumidores situações nas quais se perde de vista a isonomia entre as partes e ocorre a tentativa de potencializar resultados de uma ação.

Estendendo o exemplo do uso da ODR's, é necessária a atenção aos processos de justiça pública, nos quais é extremamente importante compreender que parcela da população apresenta problemas de alfabetização, cognição, deficiências físicas, extrema pobreza e analfabetismo digital e portanto, integram um grupo considerável de pessoas excluídas do mundo digital, não apenas jurídico, mas da sociedade como um todo (NUNES, 2021, p.128). Importante registrar, também, que paralelamente ao aumento de soluções coorporativas no desenvolvimento de atividades do Sistema Judiciário (que não são abordadas neste artigo), a virada tecnológica foi consolidada no histórico de digitalização de documentos e posterior automação de procedimentos repetitivos, promovidos pelos Tribunais brasileiros, mas que o estudo coloca sua lente nas interações do mundo jurídico que forma transformadas pelo emprego da tecnologia

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade, especialmente no que tange às questões tecnológicas, exige uma resposta jurídica para que o Direito se alinhe aos anseios sociais. A conclusão aponta que a leitura dos fenômenos da hipermodernidade deve ser realizado a partir dos direitos fundamentais e da teoria do diálogo das fontes.

Essa construção deve acompanhar a forma contemporânea de resolução de conflitos, para que se possa compreender o direito como um complexo de normas, recheado de regras e princípios, que permitem o diálogo e uma aplicação conjunta e simultânea, para, assim, concretizar o acesso à justiça.

Os movimentos de desregulamentação e de flexibilização da legislação tem encontrado na teoria do diálogo das fontes, um suporte que alberga o direito das partes nas relações jurídicas, sejam elas processuais ou não. Ao se admitir a aplicação de normas e leis de forma conjunta e simultânea na análise de situações fáticas resguarda-se princípios e valores previstos

na legislação, ao tempo em que garante a segurança jurídica.

Pode-se observar que, não especialmente o Direito em si encontra-se em transformação com a realidade da hipermodernidade e da cultura digital. No Brasil, o principal foco de observação, a virada tecnológica do Processo Civil, mudou para sempre a forma de acesso à justiça e busca do direito material.

As ferramentas desenvolvidas pela tecnologia da ifnromação e da comunicação permitiram primeiro que o sistema jurídico fosse totalmente automatizado e iniciasse a segunda fase do Direito no Século XXI que é a de refundação de alguns institutos.

O diálogo das fontes permite a construção de respostas fundamentadas no sistema como um todo unitário e complexo, ainda que não haja uma regra expressa para a celeuma, como uma poderosa ferramenta de aplicação do Direito em defesa do equilíbrio e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcos Antonio; VALENTE, Alan Rafael. A estrutura das revoluções científicas de Kuhn: uma breve exposição. **Revista de Filosofia**. vol. 20, n.1, p. 173-192, Amargosa: UFRB, fevereiro 2020.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; DIAS, Feliciano Alcides. Estado democrático e cultura digital. In: DIAS, Feliciano Alcides; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; MELEU, Marcelino (Coords). Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais. Andradina: Editora MERAKI, 2020.

AZEVEDO, Maria Cândida Simon; Engelmann, Wilson. **Da teoria da regulação ao diálogo entre as fontes do Direito**: contributos a partir da obra de Alan Supiot. In: Cadernos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. V.11, n.2, p. 293-313, 2016

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O Direito de Acesso à Justiça e as Constituições Brasileira: aspectos históricos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, jul./dez.2013

BRASIL. Planalto. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais>. Acesso em: 04 maio 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projetos com inteligência artificial no Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: [s.n.], 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 21 de out. 2022.

DIAS, Feliciano Alcides. 2017. **Análise econômica da arbitragem:** a desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Marcos Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRACIA, Tomás Ibáñez. O “giro linguístico". In: IÑIGUEZ, Lupicinio (Coordenador). Manual de análise do discurso em ciências sociais. Petrópolis: Vozes, 2004

Hobbesbaum, Eric. A era dos extremos: O breve século XX – 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Tradução Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOUSANO, Mario G. Giuscibernetica: Machine e Modelli Cibernetici Nel Diritto. Editora Einaudi, 1969.

MARQUES, Claudia Lima *et al*. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual e etapas do emprego da tecnologia no Direito Processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Coords.). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPudivm, 2021.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder judiciário e as cláusulas gerais: parâmetros para concretização no direito civil-constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.
SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. **Acesso à Justiça**: uma análise multidisciplinar. São Paulo: Editora JusPodvm, 2021a.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2020.