

**A HIPERTROFIA DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS  
ATIVIDADES ATÍPICAS: REFLEXÕES A PARTIR DA METATEORIA  
DO DIREITO FRATERO**

**LA HIPERTROFIA DEL SISTEMA JUDICIAL BRASILEÑO Y LAS  
ACTIVIDADES ATÍPICAS: REFLEXIONES DESDE EL METATEORIO  
DEL DERECHO FRATERO**

**SANDRA REGINA MARTINI**

Professora do PPGD-UFMS. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Uniritter. Doutora em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce. Pesquisadora de temáticas ligadas à saúde pública, políticas públicas, sociologia jurídica, sociedade e direitos humanos. E-mail: [srmartini@terra.com.br](mailto:srmartini@terra.com.br).

**KATY BRAUN DO PRADO**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito e Antropologia Filosófica e em Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais pela Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pesquisadora sobre temáticas relacionadas aos direitos humanos das crianças. E-mail: [katybraun@terra.com.br](mailto:katybraun@terra.com.br).

**PEDRO HENRIQUE FREITAS DE PAULA**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Privado. Pesquisador de temas ligados às populações indígenas e ao desenvolvimento sustentável. E-mail: [pedro\\_hfp@hotmail.com](mailto:pedro_hfp@hotmail.com).

**RESUMO**

**Objetivo:** O objetivo deste artigo é analisar a hipertrofia do sistema judiciário brasileiro, de acordo com o histórico do constitucionalismo, e se a imposição de atividades atípicas aos juízes colabora com a redução da eficiência e da credibilidade do Poder



Judiciário na sociedade brasileira, sob a ótica da metateoria do Direito Fraterno.

**Metodologia:** Adotou-se o método dedutivo, com metodologia de pesquisa exploratória e descritiva quanto ao objetivo, qualitativo quanto à abordagem e bibliográfica quanto ao procedimento.

**Resultado:** Contribuir para a revisão e limitação de atribuições atípicas ao sistema de justiça, de modo a permitir que o poder judiciário alcance maior eficiência no exercício de sua atividade-fim, que é a prestação jurisdicional.

**Contribuições:** As contribuições deste artigo residem nas reflexões e elaborações que apresentam um caminho teoricamente diferente no sentido de que a fraternidade pode ser o fundamento para estabelecer as obrigações das instituições e alcançar o equilíbrio e a moderação almejadas pelo sistema de freios e contrapesos, o que contribuiria com uma prestação jurisdicional mais rápida e eficiente.

Palavras-chave: hipertrofia do Poder Judiciário; atividades fiscalizatórias atípicas; Direito Fraterno.

## RESUMEN

**Objetivo:** *El objetivo de este artículo es analizar la hipertrofia del sistema judicial brasileño, de acuerdo con el histórico del constitucionalismo, y si la imposición de actividades atípicas de los jueces colaboran con la reducción de la eficiencia y de la credibilidad del Poder Judicial en la sociedad brasileña, sob la óptica de la metateoría del Derecho Fraterno.*

**Metodología:** *Se ha adoptado el método deductivo, con metodología de pesquisa exploratoria y descriptiva acerca del objetivo, cualitativo acerca del abordaje y bibliográfico acerca del procedimiento.*

**Resultado:** *Contribuir para la revisión y limitación de atribuciones atípicas al sistema de justicia, de manera a permitir que el poder judicial alcance mayor eficiencia en el ejercicio de su actividad fin, que es la prestación jurisdicional.*

**Contribuciones:** *Las contribuciones de este artículo residen en las reflexiones y elaboraciones que presentan un camino teóricamente diferente en el sentido de que la fraternidad puede ser el fundamento para establecer las obligaciones de las instituciones y alcanzar el equilibrio y la moderación ansiadas por el sistema de frenos y contrapesos, lo que contribuiría con una prestación jurisdicional más rápida y eficiente.*

**Palabras-clave:** *hipertrofia del Poder Judicial; actividades fiscalizatórias atípicas; Derecho Fraterno.*



## 1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se discute o esgotamento do sistema de justiça nacional. Seja por questões culturais, econômicas, institucionais ou políticas, não é segredo que o Judiciário brasileiro enfrenta uma carga de trabalho muito superior à sua capacidade de funcionamento. Segundo dados atuais do Conselho Nacional de Justiça, até o final de 2021, o Poder Judiciário tinha 77,3 (setenta e sete vírgula três) milhões de processos aguardando uma solução definitiva. Diante deste panorama, diversas normas foram criadas visando dar maior eficiência à Justiça brasileira. A instituição dos Juizados Especiais, a criação de um Novo Código de Processo Civil - pautado numa prestação jurisdicional célere e efetiva -, a instituição de uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos pelo Conselho Nacional de Justiça, são algumas das medidas implementadas para enfrentar a questão.

Como um fenômeno macro, num País de dimensões continentais como o Brasil, e que não envolve somente uma, mas inúmeras causas, que, por sua vez, podem ser analisadas sob diversas perspectivas, a questão do agigantamento do Judiciário demanda um estudo delongado e amplo, o qual obviamente não tem espaço nesta pesquisa. Entretanto, tendo-se a hipertrofia do Judiciário nacional como panorama, o presente trabalho tem como objetivo analisar como a imposição de atividades atípicas aos magistrados colabora para a redução da eficiência e da credibilidade do Poder Judiciário na sociedade.

Para cumprir esta finalidade, o artigo foi dividido em três tópicos. No primeiro tópico será analisada a evolução histórica dos diferentes modelos de constitucionalismo - do clássico ao neoconstitucionalismo - e serão tecidas reflexões que perpassam esses diferentes modelos como um dos principais fatores do processo de centralização dos atos da atividade jurisdicional na figura do magistrado. Na segunda parte será apresentada a atual realidade de hipertrofia do Poder Judiciário nacional, por meio da apresentação de dados estatísticos e, ainda, discutida a indevida centralização de funções e a desaconselhável avocação de atribuições pelos julgadores, notadamente as funções atípicas - as quais poderiam ser exercidas por outros entes ou instituições -, como fatores que podem contribuir para a morosidade e ineficiência na prestação jurisdicional. No terceiro tópico, tendo-se Eligio



Resta<sup>1</sup> comoreferencial teórico e à luz da metateoria do direito fraterno, serão tecidas considerações sobre o papel da fraternidade como uma categoria jurídica e do direito fraterno como caminho possível de interligação entre diferentes instituições públicas para responder as seguintes perguntas: é possível encontrar lugar para a Fraternidade? Cabe buscar a fraternidade na relação entre instituições ou a metateoria do direito fraterno está adstrita à ligação entre pessoas físicas?

A importância da discussão aqui proposta reside na necessidade de pensar novas formas de dar maior efetividade, eficiência e credibilidade ao sistema de justiça nacional - ou, então, ao menos, refletir maneiras de eliminar entraves que dificultam a efetivação destes objetivos. Ademais, nas buscas realizadas em repositórios acadêmicos, para a produção do texto, foram encontrados poucos trabalhos que tratam exclusivamente da problemática aqui abordada.

O método utilizado no texto é qualitativo quanto à abordagem, exploratório e descritivo quanto ao objetivo, e bibliográfico quanto ao procedimento.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E CENTRALIZAÇÃO DO PAPEL DO JUIZ: BREVES COMENTÁRIOS

O termo “constitucionalismo” possui diferentes significados que variam no tempo e no espaço. Da mesma forma, o fenômeno pode ser observado a partir de diferentes feições. Para a finalidade deste trabalho, entretanto, o constitucionalismo será compreendido sob o enfoque de movimentos constitucionais fundados em aspectos políticos, sociais e culturais que visam limitar o poder arbitrário através da

---

<sup>1</sup> Eligio Resta é professor aposentado de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Università di Roma TRE. Professor visitante de várias Universidades brasileiras e latinoamericanas. De 1998 a 2002, foi integrante laico do Conselho Superior da Magistratura, eleito pelo Parlamento, onde foi Presidente da Comissão Conciliar, competente pelo Regulamento. Também foi Vice-Presidente da Comissão de Reforma, da Comissão para a Magistratura Honorária e da Comissão de Formação dos Magistrados. É membro do Comitê Científico da O.N.U. sobre temas que versam sobre legalidade. Está no Comitê Científico do Centro de Preservação e Defesa Social, do qual é sócio-fundador. Atualmente faz parte do grupo de estudos internacionais sobre Constituição Européia. É co-diretor das revistas “Sociologia del diritto”, de “Politica del diritto”; está no comitê de redação de “Dei Deltitti e delle Pene”, “Poder y Control” e “Rivista dell’Amministrazione Pubblica”, “Quaderni del pluralismo”, “Diritto romano attuale” e também no comitê científico das revistas “Democrazia e diritto”, de “Filosofia e questioni pubbliche” e “Minorigiustizia”; está no Comitê de Consulta de Revista “Giustizia e Costituzione”. Colaborou com numerosas revistas italianas e estrangeiras.



supremacia da lei. Sobre a questão, André Ramos Tavares explica:

[...] não há um único constitucionalismo, mas vários, como constitucionalismo inglês, o de matiz norte-americana e o de referência francesa, por exemplo. Prefere, contudo, falar em diversos movimentos constitucionais - já aqui adotando a ideia de que o constitucionalismo é um movimento político, social e cultural - com 'corações nacionais', o que lhe permite construir uma noção comum mínima para o termo 'constitucionalismo' (TAVARES, 2020, p. 72).

Conforme explica Moraes, o constitucionalismo clássico ou liberal originou-se das Constituições dos EUA, de 1797, e da França, de 1791, "apresentando, dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais" (MORAES, 2020, p. 51).

Alguns institutos nasceram desses regimes como: a) a universalização dos direitos individuais; (b) divisão dos poderes; (c) princípio da soberania nacional; (d) o princípio da igualdade - que se traduz na mudança mais importante de todas, permitindo o estabelecimento de novas instituições políticas. (TAVARES, 2020, p. 86).

Na América Latina, já no século XIX, seguindo ideias propagadas pela Revolução Francesa e consagradas na América do Norte e, de acordo com os interesses políticos daquela época pós-independência, incorporou-se o Constitucionalismo liberal, o qual se pautava pela não intervenção do Estado na esfera privada com o propósito de assegurar os direitos das minorias detentoras do capital, preocupando-se com o aspecto patrimonial em detrimento do enfoque social e desconsiderando o restante da população e suas comunidades, eis que a igualdade estabelecida se limitava ao aspecto formal.

Sobre o tema, Antonio Carlos Wolkmer pontua que o perfil ideológico desse Constitucionalismo ocidental traduziu não apenas o conjunto de valores que se tornaram dominantes para a elite local, tais como o liberalismo econômico, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a centralização burocrática, a concepção monística do Estado de Direito e a supremacia dos direitos, mas, também, a exclusão de segmentos sociais majoritários, como nações indígenas, povos afro-americanos, massas de camponeses agrários e múltiplos movimentos sociais (WOLKMER, 2020, p. 16)

No fim do século XIX e início do século XX, as constituições passaram a conter, além do dever de abstenção do estado, a ideia de fomento à igualdade material, com enfoque social e de cunho assistencialista, podendo ser citado como



marco a Constituição Social Mexicana de 1917, a qual “foi o primeiro Pacto Político moderno que incluía uma declaração ideológica dos direitos sociais e econômicos, como consequência de um processo revolucionário da primeira década do século XX” (WOLKMER, p. 18, 2020).

Em seguida, com o fim da Segunda Guerra Mundial, passou-se a falar em Direitos de Terceira Geração, fundados na ideia de solidariedade e fraternidade, com foco nos direitos transindividuais. Até então vigorava predominantemente a ideia de aplicação da lei, sendo o Poder Judiciário apenas um mecanismo para sua execução, mas, logo após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a concepção de neoconstitucionalismo, a qual se apresentou à América um pouco mais tarde, nos anos 80, como resultado dos processos de democratização da região. Essa nova perspectiva acolhia autores diversos que têm em comum o fato de criticar o positivismo jurídico por sua incapacidade de explicar o moderno Estado constitucional (WOLKMER, 2020, p. 19-20).

Em comparação ao constitucionalismo clássico, o neoconstitucionalismo visa a conciliação entre o positivismo e o jusnaturalismo, com a predominância do critério de ponderação em detrimento da subsunção e prevalência da interpretação da Constituição em todas as áreas e conflitos. Porém, implica na valorização da figura do juiz sobre a do legislador, pois ganha destaque a interpretação dos direitos fundamentais feita pelos membros dos tribunais superiores, legitimando a capacidade dos juízes de criar Direito por meio das suas sentenças (WOLKMER, 2020, p. 21).

No Brasil, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, aduz que essa visão do direito constitucional, pautado na atuação do Poder Judiciário, proporcionou a criação da denominada jurisprudência constitucional:

O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. A juridicização do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à *jurisprudência constitucional*, característica marcante do novo direito constitucional. No Brasil de hoje, a ampliação da jurisdição constitucional, a importância das decisões judiciais e uma crescente produção doutrinária de qualidade proporcionaram ao direito constitucional um momento de venturosa ascensão científica e política (BARROSO, 2020, p. 62).

De fato, os controles difuso e concentrado de constitucionalidade efetuado



pelo Poder Judiciário permite que todas as normas e relações jurídicas sejam questionada à luz dos preceitos constitucionais, de modo que se recorre aos tribunais como a *ultima ratio* para a garantia dos direitos fundamentais.

Essa nova concepção do direito constitucional, se de um lado proporciona a evolução do direito, com a pluralidade e sem as amarras formais da lei que não consegue acompanhar as alterações fáticas, por outro, centra-se demais no juiz, abrindo espaço para o ativismo judicial e judicialização da política.

### 3 A REALIDADE BRASILEIRA: HIPERTROFIA DO JUDICIÁRIO E ATIVIDADES ATÍPICAS

O acesso ao Judiciário está expressamente assegurado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (BRASIL, *online*, 1988).

O poder constituinte garantiu que toda ameaça ou violação de direito seja encaminhada à apreciação do poder judiciário, sem necessidade de prévio esgotamento das vias administrativas e, aos hipossuficientes, assegurou o exercício desse direito por meio da Defensoria Pública<sup>2</sup> e gratuidade processual<sup>3</sup>. Em resumo, como explica Barroso (2012, p. 24), “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”.

Ainda que alguns advoguem que o acesso ao judiciário ainda é desigual no país, dados do relatório Justiça em Números de 2022 demonstram que em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano

<sup>2</sup> Art. 134, Constituição Federal: “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

<sup>3</sup> Art. 5º, Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).



de 2021, totalizando 27,7 milhões novos processos. Houve aumento de 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em 2021, em relação a 2020<sup>4</sup> (CNJ, 2022, p.112).

Conforme apurou o CNJ, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação. Desconsiderados aqueles que estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais (CNJ, 2022, p. 104).

Nos tribunais pátrios tramitam desde pedido de fornecimento do remédio mais caro do mundo destinado a bloquear a evolução da atrofia muscular espinhal em uma criança menor de dois anos<sup>5</sup> a pedido de ressarcimento de R\$ 0,01 (um centavo) ajuizado contra uma construtora<sup>6</sup>, passando por pedido de dano moral por rompimento de namoro e estabelecimento de guarda compartilhada de animais de estimação.

Nesta perspectiva, Barroso (2012, p. 25) explica que a judicialização, no contexto brasileiro, decorre do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício deliberado de vontade política, pois se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Naturalmente, como consequência do exercício desse papel central do juiz e do excesso de demandas ou tarefas a ele dirigidas, sem mecanismos de freios, houve proporcional crescimento das expectativas e questionamentos a ele dirigidos, os quais, como não podem ser plenamente atendidos, implicam no descrédito do sistema de justiça pela população. Neste sentido, Resta (RESTA, 2020, p. 67) aponta que a oferta monopolista de justiça foi incorporada no sistema da jurisdição e o levou a altos graus de ineficiência em face do crescimento vertiginoso das expectativas e

<sup>4</sup> Art. 5º, Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> Neste sentido consultar a decisão, disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06102020-Relator-determina-que-Ministerio-da-Saude-complete-valor-de-remedio-milionario-para-tratamento-de-bebe-com.aspx#:~:text=Conhecido%20como%20o%20medicamento%20mais,valor%20por%20meio%20de%20do%20C3%A7%C3%B5es>

<sup>6</sup> Comarca de Ribeirão Preto, 6ª Vara Cível, autos 1029091-31.2018.8.26.0506.



das perguntas a ele direcionadas.

O mesmo autor chama atenção para a existência de uma anômala hipertrofia do sistema judiciário

[...] a minha ideia é que um sistema judiciário chamado para decidir sobre tudo, com poderes muitas vezes discricionários e, nos fatos, pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente o alibi e cobre a forte diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz ser e fazer e aquilo que, na realidade, é e”

As normatizações em excesso e a tendência do direito em colonizar todos os espaços da vida, mencionados por Eligio Resta, implicam no crescimento da litigiosidade, alta taxa de congestionamento e baixo índice de atendimento à demanda, que apontam para os limites da justiça estatal para garantir uma satisfatória composição das lides (VARANO, 2007, p.11-12).

Não bastasse a função de dizer o direito, atividades atípicas são impostas aos juízes, cuja execução afeta ainda mais a efetividade do poder judiciário. Não se tratam de funções atípicas legislativas e executivas decorrentes da autonomia do judiciário, mas de atribuição que importam em controle externo e desvio de função<sup>7</sup>.

Desde a Magna Carta, de 1215, ao Parlamento é atribuído o controle externo da Administração Pública. No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 71, mantém essa atribuição com o Congresso Nacional. A inovação é o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, na forma do artigo 129, VII, da Carta Constitucional.

O artigo 74 da Constituição<sup>8</sup> prevê a existência de controles internos, limitando o alcance da atividade de controle do poder judiciário às suas próprias atividades. Com efeito, para exercer a contento a atividade jurisdicional - dizer o direito - imprescindível as salvaguardas da imparcialidade, distanciamento e desinteresse. O exercício de funções administrativas de acompanhamento, controle e supervisão de atividades da Administração, macula os atributos de inércia e isenção indispensáveis ao julgador.

<sup>7</sup> A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos.

<sup>8</sup> Artigo 74 da Constituição Federal: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União [...]” (BRASIL, 1988).



É o caso da atividade fiscalizatória de estabelecimentos prisionais, unidades de internação e serviços de acolhimento. A Lei de Execução Penal determina que o juiz<sup>9</sup> e o promotor de justiça<sup>10</sup> inspecionem, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

A mesma sobreposição de funções se estende à fiscalização das entidades que atendem crianças e adolescentes previstas o art. 90 do ECA, as quais também são fiscalizadas pelo Conselho Tutelar. A Constituição Federal, entretanto, alçou o Ministério Público a defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>11</sup>, a quem conferiu poderes para requisitar diligências investigatórias, instauração de inquérito policial e propor ações civis coletivas.

No âmbito do direito infantojuvenil, estabeleceu-se que a preparação de crianças e adolescentes para colocação em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior<sup>12</sup> e a inscrição de postulantes à adoção, de um período de preparação psicossocial e jurídica<sup>13</sup>, orientados pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude. Os juízes das Varas de Família devem providenciar que os fóruns se transformem em locais de convivência entre pais e filhos para atender aos ditames da Lei que dispõe sobre a Alienação Parental<sup>14</sup>. Tais

<sup>9</sup> Art. 66 da Lei 7.210/84: "Compete ao Juiz da execução: [...] IV. inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade" (BRASIL, 1984).

<sup>10</sup> Art. 68, parágrafo único, da Lei 7.210/84: O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio (BRASIL, 1984).

<sup>11</sup> Art. 127, Constituição Federal: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." (BRASIL, 1988).

<sup>12</sup> Art. 28, § 5º da Lei n. 8.069/90: "A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar." (BRASIL, 1990).

<sup>13</sup> Art. 50 da Lei n. 8.069/90: A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. [...] § 3º. A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar" (BRASIL, 1990).

<sup>14</sup> Art. 4º, parágrafo único da Lei n. 8.069/90: "Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz



atividades são típicas da assistência social, conforme previsão constitucional<sup>15</sup>.

Ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente há previsão de que “se a medida judiciala ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”<sup>16</sup>. Esse fundamento permitiu que o CNJ determinasse que juízes tomassem, de ofício, medidas para prevenir ou corrigir situações de risco envolvendo crianças e adolescentes em acampamentos destinados aos protestos políticos do final do último governo, atividades afetas aos conselhos tutelares, polícia e ministério público.

Enfim, o órgão que deve dizer o direito assume um protagonismo e a legitimidade ativa para funções que não lhe são próprias, assumindo uma atitude onipotente e gerando questionamentos quanto à sua imparcialidade.

O Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado voluntarioso em criar funções atípicas para juiz, conforme exemplifica o Provimento nº 61 de 17/10/2017 que dispõe sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional. Caso a informação não tenha sido fornecida pela parte, caberá ao juiz diligenciar para obtê-la junto ao banco de dados de três cadastros públicos<sup>17</sup>.

O poder legislativo, a pretexto de reconhecer a importância de determinados direitos fundamentais, ao delegar ao poder judiciário funções que são da vocação de outros agentes públicos e políticos, embute uma mensagem de desconfiança e descrédito da eficiência e do comprometimento destes com os direitos tão caros que quer garantir. Do mesmo modo, o Conselho Nacional de Justiça comunica que não deseja a cooperação dos demais envolvidos no sistema de justiça, avocando para os

---

para acompanhamento das visitas (BRASIL, 1990).

<sup>15</sup> Art. 203 da Constituição Federal: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>16</sup> Art. 153 da Lei n. 8.069/90: “Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 1990).

<sup>17</sup> Art. 5º do Provimento do CNJ n. 61: “Os juízes e os responsáveis pelos serviços extrajudiciais poderão utilizar-se da Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC Nacional), bem como poderão solicitar informações à Receita Federal do Brasil e ao Tribunal Superior Eleitoral para dar fiel cumpro



juízes, funções que podem ser exercidas com êxito por outros órgãos.

O neoconstitucionalismo é um caminho sem volta que estimula a jurisdicionalização dos conflitos e assoberba os tribunais. Os serviços judiciários são prestados sem nenhum tipo de filtro ou barreira de acesso, o que de um lado tem sido essencial para a garantia dos direitos, mas por outro redundando em demora na prestação jurisdicional do Poder Judiciário. A imposição de atividades atípicas aos juízes se mostra antieconômica, em face da sobreposição de tarefas para vários órgãos estatais, e trás prejuízo para a atividade fim de dizer o direito, tendo como consequência a baixa eficiência na oferta de justiça. Isso poderia ser evitado se as instâncias de poder creditassem umas às outras e exercem fraternalmente suas atribuições.

#### 4 A FRATERNIDADE NAS INSTITUIÇÕES: CAMINHOS A PARTIR DO DIREITO FRATERO

O direito fraterno não é um novo direito. Trata-se de uma metateoria que propõe como conceito fundante a fraternidade, aquela do lema da Revolução Francesa que era apregoada juntamente com a liberdade e a igualdade. Diferentemente dos outros dois princípios que foram largamente acolhidos pelo direito e pela política, a fraternidade ficou restrita ao campo da moral e da religião (VIAL, 2006, p.121).

O direito fraterno propõe uma nova forma de análise do direito, não mais sob a perspectiva de um estado soberano infalível, tal qual um pai, mas procedente de um pacto entre iguais, entre irmãos, os quais convencionam regras mínimas de convivência. A comunhão advém desse pacto e não de uma identidade comum que deveria legitimá-la. O direito fraterno não é violento e busca ver no outro um outro-eu. Prescinde das diferenças e rejeita os poderes de todos os tipos para apostar na mediação dos conflitos e na jurisdição mínima, tendo por premissa que os direitos humanos podem ser ameaçados ou tutelados sempre e unicamente pela própria humanidade. É inclusivo, no sentido de definir o acesso universal aos direitos humanos para que todos possam deles se apropriar (RESTA, 2020, pp. 126-7).

Nesse contexto, questiona-se: é possível encontrar lugar para a



Fraternidade? Cabe buscar a fraternidade na relação entre instituições ou a metateoria do direito fraterno está adstrita à ligação entre pessoas físicas?

Falar em fraternidade implica em um compartilhar, em um romper de poderes, em pactos entre iguais, daí a dificuldade desse princípio iluminista se estabelecer nas relações pessoais e interinstitucionais, pois o caminho da força normativa é mais fácil do que o da transformação (VIAL, 2006, p. 14).

Nada impede, entretanto, que a fraternidade seja fundamento para estabelecer as obrigações das instituições, o que, aliás, é de todo recomendado em face do que expressa o preâmbulo da Constituição Federal

[...] nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

O tratamento dos agentes públicos e políticos como iguais entre si na defesa dos princípios constitucionais é, não somente construtivo, como serve de exemplo de amizade política e altruísmo a todo cidadão no relacionamento com seus pares (RESTA, 2020, p. 27).

A Constituição brasileira acomoda harmonicamente os três poderes e as carreiras de estado, bem como reconhece a indispensabilidade da advocacia para a administração da justiça<sup>18</sup>, de modo que não invadir a seara de atuação dos entes que juntos exercem o poder único e indivisível do Estado é indispensável para alcançar o equilíbrio e a moderação almejadas pelo sistema de freios e contrapesos.

O excessivo protagonismo do Poder Judiciário ao avocar para si funções alheias é uma afago ao modelo de direito do “pai”, fundado na autoridade, ao passo que o direito fraterno conclama à instauração do modelo de um direito dos irmãos (RESTA, 2020, 26).

Eventual inércia dos órgãos competentes deve ser apreciada pelos juízes, mediante provocação, no exercício típico da função jurisdicional, a qual, ao final,

<sup>18</sup> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.



servirá para aperfeiçoar a atuação dos órgãos irmãos a bem desempenharem suas atribuições. O exercício de funções atípicas *extra corporis* comunica falsa autossuficiência e onipotência pelo Poder Judiciário que o afasta fraternalmente das demais instituições.

A divisão fraterna de tarefas para fazer valer o direito não presume a superioridade moral ou política de certos agentes estatais, pelo contrário, considera a unidade de desígnios e de esforços para a consecução dos objetivos comuns. O respeito ao outro deve ser privilegiado, como princípio da lealdade institucional, da qual decorre a necessidade de respeitar as competências alheias e a obrigação de omitir condutas que possam prejudicar a atuação de outras entidades públicas (LEITÃO, 2011, p. 86).

A hipertrofia do Judiciário brasileiro é um fato decorrente do modelo constitucional adotado, a qual tem sido agravada pela imposição de atividades atípicas pelo Poder Legislativo e pelo Conselho Nacional de Justiça. A aplicação da metateoria do Direito Fraternal na atribuição de tarefas a órgãos e instituições públicas é uma alternativa para firmar um relação entre iguais, entre irmãos, retirando o poder judiciário da posição de um pai autoritário. E consequência, os juízes poderão se dedicar sem risco de desequilíbrio de poderes, à função jurisdicional, contribuindo para a realização do Estado Democrático Fraternal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo tomou o lugar do constitucionalismo liberal após a segunda guerra mundial e assumiu destaque na América do Sul a partir dos anos 80, como resultado dos processos de democratização da região.

No novo modelo constitucional adotado passou a predominar o critério de ponderação em detrimento da subsunção e prevalência da interpretação da Constituição em todas as áreas e conflitos, o que implicou na valorização da figura do juiz sobre a do legislador em face da interpretação dos direitos fundamentais feita pelos membros dos tribunais superiores. A juridicização do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à jurisprudência constitucional.



Como consequência do exercício desse papel central do juiz e do excesso de demandas ou tarefas a ele dirigidas, sem mecanismos de freios, cresceu a litigiosidade que redundou em alta taxa de congestionamento e baixo índice de atendimento à demanda, implicando no descrédito do sistema de justiça pela população.

Além de dizer o direito, aos juízes foram impostas pelo legislador e Conselho Nacional de Justiça atividades atípicas, cujo exercício desvia o poder judiciário de suas funções típicas e contribui para a ineficiência do sistema de justiça.

O direito fraterno é uma resposta para o reequilíbrio do poder entre as instituições, pois ao ver o outro poder ou carreiras de estado como um igual, um irmão, o judiciário renuncia ao papel de um pai autoritário e onipotente e assume uma atitude inclusiva, convencionando com outros órgãos de poder as regras de convivência e meios de garantir os direitos fundamentais.

A divisão fraterna de tarefas para fazer valer o direito, a cooperação e a colaboração importa na renúncia à presunção de superioridade moral ou política de certos agentes estatais e considera a unidade de desígnios e de esforços para a consecução dos objetivos comuns. Privilegia o respeito aos demais poderes e agentes do Estado e devolve os juízes à função jurisdicional, por meio da qual está vocacionado a contribuir para a realização de Estado Democrático Fraterno.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. O ativismo judicial in Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, vol. 5, nº 1, p.23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm)



Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Justiça em números 2022.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>

Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Provimento n. 61 do CNJ.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original18595420210303603fdcaad5962.pdf> Acesso em: 12 nov. 2022.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. A fraternidade como categoria jurídica. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 14, p. 79-96, 2016. Disponível em:

<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1290> Acesso em: 16 nov. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RESTA, Elígio. **O direito Fraternal.** 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

LEITÃO, Alexandra. **Contratos interadministrativos.** Lisboa: Ed. Almedina, 2011.

MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. **Revista de direito Brasileira**, ano 5, vol. 10, p. 106-149, 2015. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2951/0> Acesso em: 14 nov. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VARANO, Vincenzo. **L'Altra Giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 1, n. 46, p. 119-134, 2006. Disponível em:

<https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf> Acesso em: 14 nov. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima Schumacher. Pluralismo jurídico e constitucionalismo. In: WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima Schumacher. **Horizontes contemporâneos do direito na América Latina: pluralismo, Buen vivir, Bens comuns e Princípio do "comum".** Criciúma: Editora UNESC, 2020.

